ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN Gebennensis Ducatus Auditorio Præsidis,

HEMISCHILIAS, SEV, PARS SECVNDA,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

Ad Serenissimum Sabaudiæ Ducem Carolum Emanuelem.

Opus varium, nec illis tantùm qui in foro, sed iis etiam, qui in scholis versantur, longè vtilissimum, ad vera, rectáque iuris principia capessenda, quorum ignoratione pragmatici, vulgaré sque interpretes passim cæcutiunt.



LVGDVNI,
APVD SAMVELEM CRISPINVM.
M.DCIIII.

SERENISSIMO
PRINCIPI CAROLO EMANVELI
Sabaudiæ Duci, Subalpinorum Principi,

ANTONIVS FABER S. P. D.

SOLENT egeni debitores, cùm ad diem non habent totius debiti pecuniam in numerato, partis offerre ſolutionem, in eámque rem creditoris beneuolentiam implorare, vt ab eius facilitate impetrēt per gratiam, quod ab inuito extorquere per executorē non poſſent. Idem & antehac à me factum fuiſſe agnoſco, Princeps Sereniſſime, & nūc quoq; video mihi eſſe faciendum. Nam qui Chiliadem tibi debeo, aut potiùs omnia, pro chiliade collatorū abs te in me beneficiorum, poſt oblatas primùm Decades quinque & viginti, nunc ſecundam partem ex Decadibus totidem conflatam adfero. In ſumma Hemiſchiliadem pro Chiliade, poſtea tertiam quoque partem oblaturus, atque ita tādem, ſi Deus volet, Chiliadem ipſam completurus. Nō adfero excuſationem, quòd ad certam diem non debui: tanto plus enim tuæ humanitati debere me ſentio, qui ſolutionem, quam ſtatim vrgere poteras, in hūc vſque diem expectaſti. Nec rurſus ignoro, ſic iure noſtro cōparatum eſſe, vt ad conſtituendum in mora debitorem,

qui factum & opus promiserit, sufficiat præteriisse tempus intra quod fieri opus potuit, neque factum id fuisse. Sed habeo tamen multa quæ mouere debeant, ne qua mihi ex tot annorum cessatione mora imputari posse videatur. Atque ne RATIONALIA mea commemorem, & quatuor coniecturarum libros interim editos, aliáque opera inchoata quæ in publicum breui, vt spero, sum daturus: tot etiam ferè cõtinuas à sex retrò annis per Galliam, & Italiam peregrinationes, quibus nihil est ad scribendum, præsertim de iure nostro, incõmodius: Vnam mihi excusationẽ illam adferre liceat, quam ex repetito aduersæ valetudinis casu repetere non nisi iustè possum, quòd superiore quinquennio ingentem sanguinis è stomacho deiectionem bis passus, semel in Italia, iterum domi, non solùm intermittere studia per tempus aliquod coactus fui, sed etiam omnem ferè scribendi in posterum, ne addam studendi quoque curam deponere: idque fecissem, si plus apud me imperia medicorum, & amicorum preces, quàm vetera mea de libris nostris benè merendi vota valuissent. Quam tibi excusationem sicut notissimam esse, ita & acceptissimam fore non dubito, cuius video iam à te habitam fuisse rationem, cùm anno superiore vltrò mihi per te oblatam (quę singularis tua fuit benignitas) iuris ciuilis in alma Taurinensi Academia publicè prælegendi prouinciam ne suscipere potuerim, vna hæc res prohibuit, méque his imperiis parére, quod vnum maximè semper volui, vt debui, non permisit. Quæ si à me suscipi prouincia potuisset, Deus bone quàm citò, & quàm facilè Chiliadem absoluissem? Quid enim ferè publicè docere ex Iurisprudentiæ dignitate potuissem, quod non ad pragmaticorum nostrorum, & interpretum errores detegendos, cõfutandósque pertinuisset? Verùm

etiamsi

etiamsi non hæc me,quod mallem,excusatio tueretur, expectandum tamen tantisper fuit,vt explorarem,quid de prioribus nostris Decadibus candidi iuris studiosi sentirent,quid etiam inuidi & maleuoli obtrectatores, vt commodiùs decernerem an institutum prosequi, an deserere potiùs deberem. Comperi autem,nisi me grauissimorum virorum fefellit relatio, placuisse non modò conatũ, sed & ipsum opus nostrum iis penè omnib⁹ quos schola,& quos forũ exercet: adeóque, qui præcipuus laborũ meorũ & finis fuit,& fructus erit,supremas plerasque Curias in emergentibus ex facto quęstionib⁹ decidendis sua iam autoritate comprobasse non pauca ex iis,quæ à nobis non tam innouata sunt, quàm reuocata:& longè aliter pronuntiatũ in multis fuisse, quàm pronuntiandum ab iis fuerat, si receptissimos errores quos refutauimus, pro certissimo iure habuissent. Sed tamen audio etiam esse aliquos, qui non solùm opiniones nostras damnent, quod minùs mirarer, sed, quod grauiùs fero, ipsum etiam propositum nostrum reprehendant, nec dissimulent velle se contra nos scribere ex professo. Quod si facient,eo consilio vt nouum facessant nobis negotium, nostrámque in cœpto opere prosequendo diligentiam remorentur,quam excitare, & adiuuare potiùs deberent,næ maligni sunt, & hoc ipso indigni quos curemus,& quibus respõdeamus. Nõ deerũt,ni fallimur, ex tot studiosis quibus prodesse studemus,& prosumus,quos cura hæc tangat,studiúmque pro nobis respondendi,si,quod vix fieri posse credo,tãtæ dignitatis aut eruditionis erunt reprehẽsores, vt mereantur.At si amici quoque ipsi,& beneuoli obiurgatores videbuntur, erit potiùs quod iis gratias habeamus, eorúmque reprehẽsiones si iniustæ erunt, sine felle excipiamus:sin iustæ,perinde illas beneuolè quoque acci-

piamus. Nũquam certè nos pudebit mutare ſententiã, cuius errorem agnoſcere liceat ex iuſta cuiuſlibet, vel maleuolentiſſimi, aut imperitiſſimi leguleij reprehenſione. Tantam ſcilicet iſtam in erroribus etiam agnitis tuendis pertinaciam iis relinquimus, qui ſcribendo id agunt, vt famam nominis, vanámque gloriam aucupẽtur, potiùs quàm vt publicę cõſulant vtilitati: quaſi indignum ſit bono Iuriſcõſulto, id facere quod à Scæuola, Papiniano, aliíſque nobilioribus Iureconſultis legimus olim factitatũ. Nos verò quid aliud volumus, quid agimus, quid ambimus, niſi vt Iuriſprudẽtia noſtra per nos quotidiè fiat certior, ornatior, illuſtrior? Quid autẽ vel Iuriſprudentiæ, vel noſtra intereſt, an ſcriptis noſtris id contingat, an eorum qui nihil ſcriberent, ſi non priores nos ſcripſiſſemus? Atqui potuimus, inquiunt, etiam nos errare. Quis neſcit? Quis negat? Quare nec offendimur, ſi quis errare nos dicat, dummodò idipſum probet. Sed quidni pariter liceat nobis & eodem iure, aliorũ erroribus adſcribere, quicquid probamus à ratione iuris abhorrere? Neque tamen quicquam eſt, vt audio, quod delicatos iſtos tam malè habeat, quàm quòd pragmaticorum opiniones erroneas, tótque rationibus à nobis confutatas (ſunt enim & ipſi pragmatici veriùs quàm Iureconſulti) Errores appellamus: nimirum licere nobis potuit, vt & pragmaticorum & interpretũ errores reprehenderemus: At non illud licere debuit, ſi iſtis credimus, vt errores dicere auderemus. Iam ergo vicimus, ſi de ſolo nomine & operis inſcriptione, non de re ipſa diſputamus. Sum ego ſanè non equidem Spartanus, ſed tamen priſcæ illius Spartanorum in loquendo libertatis imitator, quibus ſollenne fuit (ſic enim Legatus quidam fertur olim reſpondiſſe Philippo Macedonum Regi conquerenti quòd ſe perfidum Lacedęmonij

monij passim vocitarent) vnamquámque rem propriis, & naturalibus nominibus nuncupare, non verborum ambagibus, ad similitudinem, & adulationem magis, quàm ad exprimendum id quod re vera esset, effectis. Nec planè occurrit etiamnum aliud nomen aut aptius, aut suauius, quo errãtium opiniones exprimam, quàm si errores dicam. Quid enim si *nugas* nominassem, aut *ineptias*? Me isti dicerent vtique blasphemasse. Scribant itaque si volent & quantas poterunt Chiliades DE ERRORIBVS ANTONII FABRI. Per nos certè licet, futurúmque spondemus, vt cùm id facient, non de nomine cõqueramur, sed de re ipsa, si quod Chiliadis inscriptio pollicebitur, autor non præstabit. De illo potiùs conqueri placet, quòd isti de nobis tam malè sentiunt, vt putent scriptis nostris & pragmaticos omnes notari etiam eruditissimos, quales plerosque esse non negamus, & omnia quæ à pragmaticis tradita, vel recepta sunt, omnino reprehendi. Nam quẽadmodum non de aliis, quàm de imperitioribus pragmaticis debellandis cogitamus, ita neque de aliis pragmaticorum confutandis traditionibus, quàm quibus manifestissima, certissimáque iuris ratio aduersetur. Habebunt certè quotquot hanc posteriorem prioris nostræ Hemischiliadis partem siue bona siue mala mente legent, quod iustiùs vel laudent, vel reprehendant. Continet enim quæstiones & nobiliores & difficiliores tractatas à nobis ob hoc ipsum tanto diligentiùs, vt non deesset inuidis quo magis vel ad scribendum inuitarentur, vel quod minus vellem, à scribendo deterrerentur. Vnde spes etiam nec dubia subit fore, vt non minus hæ Decades quàm priores te vnum habeant, Serenissime Princeps, & patronũ & Mecænatem, cuius gratia & patrocinio suffultæ, nihil sibi ab hoc genus hominum, aut calumniis, aut conatibus metuendum

eſſe arbitrentur. Tu enim vnus maximè es inter tot Principes, qui iuriſprudentiæ dignitatem àmas, nihilque optas ardentiùs pro ſingulari tua erga ſubditos, bonúmque publicum voluntate, quàm vt tot profligatis erroribus cedat tandem inſania rationi, falſitas veritati. Vtinam verò laboribus meis aſſequi hoc ſaltem poſſim, vt Iuriſprudentia ipſa ornaméti aliquid ſibi à Caroli Emanuelis Senatore minimo equidem, ſed tanti Principis felici genio fautore maximo accepiſſe aliquando gaudeat, & glorietur. Tu interim ſalue, Princeps inuictiſſime, nobiſque omnibus, ac toti reip. Chriſtianæ diu felix viue.

Dat. Necii 6. Cal. Mart.

M.DCIV.

INDEX

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

Prior numerus errorem, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

DECADIS XXVI.

DECADIS XXVII.

DECADIS XXVIII.

DECADIS XXIX.

DECADIS XXX.

DECADIS XXXI.

DECADIS XXXII.

DECADIS XXXIII.

DECADIS XXXIIII.

DECADIS XXXV.

De

DECADIS XLI.

DECADIS XLII.

DECADIS XLIII.

DECADIS XLIIII.

DECADIS XLV.

DECADIS XLVI.

DECADIS XLVII.

DECADIS XLVIII.

DECADIS XLIX.

DECADIS L.

FINIS INDICIS CAPITVM
SEV ERRORVM.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS VIGESIMA SEXTA.

ERROR PRIMVS.

De liberis positis in conditione.

NON id nunc agemus, vt in quæstione tam trita, & apud omnes vtriusque Iuris interpretes toties, tantísquè contentionibus agitata, noua multa afferamus, sed errorem non modò ineptissimum, verùm etiam perniciosissimum, qui iam ferè vbique inualuit, si facere poterimus, explodemus. Quæstio de illo est, An liberi positi in conditione, sint etiam in dispositione, id est, an vocati & substituti videantur, eo nimirum casu quo quis fideicommisso grauatus est sub ea conditione, *Si sine liberis decesserit*, quæ frequentissima fideicommissorum ferè omnium, quibus hodie vtimur, conditio est, siue ab ascendentibus aut descendentibus, siue ab extraneis relinquantur. Vetus certè quæstio est apud interpretes, sed quæ tamen prudentibus ipsis prorsus incognita fuit, & inaudita. In quorum responsis cùm nihil sit frequentius, quàm vt tractent de fideicommissis sub huiusmodi conditione relictis, nusquam tamen dubitant, vtrum ex eo quòd liberos in conditione posuit testator, de iis ipsis vocandis & substituendis sensisse intelligatur. Neque verò dubitandi causa vlla vel minima esse potuit magnis illis viris, qui quid conditio, quid dispositio & fideicommissum esset, tam bene intelligebant, quàm malè percipere ij videntur, qui rem adeò certi & explorati iuris in dubium deducunt. Nam siue quid conditio sit, inspiciamus, constat nihil aliud eam esse, quàm priuationem, vt ita dicam, puritatis, hoc est, suspensionem actus, qui alioquin purus esset, ac proinde nihil, quia & priuatio ipsa quælibet

nihil est, licèt tale nihil sit, quod efficit vt actus conditionalis, quandiu conditio pendet, pro nullo sit. Conditione autem quandoque existente, pro eo habeatur, acsi ab initio purus fuisset, vt explicauimus pluribus libris Coniectur. cap. 6. & 7. ex *l. cedere diem. 213. D. de verb. signif. l. grege. 13. §. si sub cõditione. D. de pignor. l. potior. 11. § 1. vers. cùm enim. D. qui potior. in pignor. hab.* Porrò quod nihil est, quomodo dispositionem inducere, aut effectum aliquem producere potest? Siue quid fideicommissum sit, attendamus, nemo nescit fideicommissum esse onus & grauamen, ob idque nec in legitima imponi posse. *l. quoniam in prioribus. 31. C. de inoff. testam. iunct. l. si adrogator. 22. § sed an impuberi. D. de adopt.* neque in alio patrimonio, quàm quod proprium fuerit ipsius fideicõmittentis, *l. cohæredi. 41. § cùm filia. D. de vulg. & pupill. substit. l. sequens quæstio. 68. de legat. 2.* sed & hoc ipso esse odiosum, quia non facilè, & in dubio quisquam credendus est onerare velle eum quem honorat, præsertim heredem, pro quo in obscuro semper præsumendum est, eique parcendum, vt Proculus loquitur in *l. Sempronius. 47. eod. tit. facit l. vnum ex familia. 67. §. si rem. eod.* Etsi enim fideicommissa, quæ à defuncto relicta sunt, fauorabilia creduntur, vt & cæteræ omnes defuncti hominis voluntates, quas effectum habere publicè interest, *l. vel negare. 6. D. testam. quemadm. aper. iunct. §. nostra. Inst. de legat. & tit. de fideic. hered. in princip.* nec minùs si extraneis, quàm si descendentibus relicta sint, quandoquidem vtroque casu voluntas testatoris, si nihil repugnet, omnimodo seruanda est, tamen non vsque adeò fauorabilia videri debent, vt facilè & temerè induci possint, id est, tametsi nullis fideicõmissi verbis testator vsus sit, & ad inducendum fideicommissum accommodatis. Fuerunt enim semper fideicommissorum verba quædam solennia, quæ si deessent eo casu, quo tamen manifesta æquitatis ratio suadere deberet vt fideicommissum induceretur, opus fuit Imperatorum Constitutionibus, aut Senatus authoritate, non satis in eam rem sufficiente prudentum interpretatione, vt scripsimus lib. 14. Coniect. cap. 2. & seqq. ex *l. filiusfamiliàs. 114. §. vt quis hæredem. de legat. 1. iuncta l. ex facto. 17. in princip. ad SC. Trebell. d. l. vnum ex familia. 67 §. vlt. de legat. 2. aliisque eiusmodi quàm plurimis locis.* Et quod toties à Iureconsultis nostris proditum est, in fideicommissis solam testatoris voluntatem spectari oportere, *l. penult. de leg. 1. l. cùm proponebatur. 64. de leg. 2. l. hæredes mei. 57 §. cùm ita. D. ad SC. Trebel. l. cùm virum 16. C. de fideic.* non eum sensum habet, quem vulgò interpretes putant, vt ex nuda voluntate fideicõmissum induci possit sine verbis, sed ad fideicommissorum interpretationem pertinet, vt cùm dubitari non potest, quin relicta sint, sed tantùm de iis interpretandis controuertitur, id vnum spectare potissimum debeamus quid testator senserit, non quid scripserit. Quemadmodum & quod dici solet, Etiam nutu fideicommissum relinqui posse *l. nutu. 21. de legat. 3. l. & in epistola. 22. C. de fideic.* necessariò sic accipiendum est, si quis cum testatore collocutus, fideicommissi verba idonea vel dixerit, vel scripserit, ad quæ postea nutu testator responderit. Alioqui fideicommissis plenæ erunt omnes omnium hereditates, si testatoris nutus quilibet pro fideicommisso habeatur. Hicque proculdubio primus interpretum nostrorum error fuit, qui tam absurdæ & improbabili quæstioni causam dedit quòd existimarunt, nullis quoque fideicommissi verbis interuenientibus, fideicommissum ex sola coniectura voluntatis induci posse: quod tamen non magis vllo, vel vno iuris loco, quàm ratione aliqua probare possint. Inde namque inferunt, In proposita specie, cùm Titius heres insti-

institutus est,&c,si si sine liberis decederet, hereditatem restituere rogatus, Titij liberos in conditione fideicommissi positos, per fideicommissum quoque censeri vocatos, propter voluntatem testatoris, quæ illa planè fuit, vt fideicōmissario non solùm Titius, sed etiam Titij liberi præferrentur: *l. Lucius. 85. ad finem. D. de hered. instit. l. cùm pater. 77. §. volo. de legat. 2.* ac proinde, inquiunt illi, vt non minùs iuris haberent quàm fideicommissarius, quod tamen non aliter euenire potest, quàm si sint & ipsi substitutiue alioqui in Titij eorum patris potestate sit, bona hæreditaria alienando ipsos decipere, & eludere, qui tamen fideicommissarium suo iure subnixum, neque per alienationem, neque alia vlla arte decipere potuisset. Sic enim ex sua, aliorúmque omnium qui hâc sententiam defendunt opinione, ratiocinatur Francisc. Mantic. lib. 2. *De coniect. vlt. volunt. cap. 2. num. 8. vers. vnde ego secundo loco.* Non negat ille (vir sanè magnus, & primi inter doctores Italos nominis, nunc inter celebriores Cardinales, & eruditionis, & meritorum fama celeberrimus) vt nec alius quisquam ex eiusdem opinionis assertoribus, verba illa, *Si sine liberis Titius decesserit*, nō esse verba fideicommissi ad Titij liberos vocandos satis accommodata (sunt enim duntaxat verba conditionis, sub qua Titius fideicommisso grauatus est) sed hoc contendunt ij omnes, fideicommissum hoc casu relictum videri Titij liberis ex tacita, & vt loquuntur coniecturata voluntate testantis, quasi non aliter fieri posiit, vt fideicommissario non solùm Titius, sed ipsius etiam liberi à testatore prælati intelligantur. Ita fit, non modò vt testatorem, qui vnum duntaxat fideicommissum adscripsit, de duplici fideicommisso cogitasse velint, sed etiam quod est multò absurdius, vt quæ conditio à testatore adscripta est, & inserta fideicōmisso, ne heres omnimodò fideicommisso illo vnico obstringeretur, ea ipsa faciat, vt in omnem casum, duplicique onere fideicōmissi hæres teneatur. Quo quid obsecro dici potest absurdius, & à testatoris cuiuslibet mente alienius? Sic enim euenit non solùm vt ex conditione inducatur dispositio, contrà quàm disertè scriptum est in l. *Si quis sub conditione, 8. D. Si quis omissa causa testam.* verùm etiam vt conditio & oratio in solius heredis grauati commodum & fauorem adscripta, contra ipsum posita videatur, improbabili prorsus interpretatione, *l. in ratione, 30. § tametsi. in fin. D ad leg. Falcid. l. legata inutiliter. 14. de adim. legat.* Nam quod respondent, nihil fieri contra voluntatem testatoris, cùm heres fideicommisso grauatus sub ea conditione, *Si decesserit sine liberis*, altero fideicommisso obstringitur in casum susceptorum liberorum, dum ne in fauorem eiusdem substituti fideicōmissum hoc secundum inducatur, sed tātùm in fauorem ipsorum liberorum, ego quale sit, intelligere nullo modo possum. Annon enim perinde fit iniuria Titio, cùm ei in vtrumque casum datur substitutus ex causa vnius fideicommissi sub vna tantùm conditione, & in vnum casum duntaxat relicti? Annon fit contra voluntatem testatoris, qui, ne heredem suum omnimodò grauatum esse dici posset, conditionem fideicommisso inseruit, si ob eam conditionem adscriptam nouum fideicommissum in contrarium casum inducatur? Inde enim cōsequens videtur, vt non sit iam in potestate testatoris fideicommissum ab hærede suo relinquere in casum deficientium aut non existētium liberorum, quin hoc ipso vel inuitus eundem obliget nouo fideicommisso, & quod heredi fortasse multo grauius futurum sit, quàm si non propriis liberis, sed extraneo cuilibet hereditatem restituere iussus esset. Etsi namque parentum omnium commune & naturale votum est, vt liberis suis omnia parent,

l.nam etsi.15.D.de inoff testam.l.nihil interest,56.sed nunquid.D.de bonis libert. l.scripto.7.in fin.D.vnde liberi.l.de emancipatis 13.vers.cum enim.C de legit.hared. nemo tamen nescit quantum intersit parentum, nonvsque adeo liberos sibi debitam eorum hereditatem credere, vt non continuis obsequiis putent sibi esse eam promendam: nec sanè potest negari, quin multùm de reuerentia illa quam parentibus liberi debent, possit decedere, si filius intelligat futurum vt vel inuito patre habiturus sit ex fideicommisso hereditatem, quā pater rogatus erat alteri restituere sub ea conditione, si sine liberis moreretur. Vnde fieri necesse est, vt patri, præsertim qui aliquantulum suspectos filij mores haberet, longè durius & intolerabilius onus illud videri debeat, si proprio filio, quàm si extraneo hæreditatem restituere iubeatur, exemplo eius, quod Iustinianus scribit in *l. cum oportet. 6. circa princ. C. de bon. quæ liber.* multis esse grauius, si bona propriis laboribus per se quæsita, postmodum ex persona patris videant ad fratres suos peruenire, quàm si ad extraneos peruenirent. Quanam verò arte, obsecro, prudens testator huic malo mederi possit, si fortè (quod saltem ex hypothesi admitti & euenire potest) liberos Titij quos posuit in conditione, nolit esse substitutos: Nulla prorsus. Nisi vt hoc ipsum expressim caueat testamento, Nolle se liberos Titij ob id solùm quòd eos in conditione posuerit, videri positos in dispositione. At cur à testatore hoc exigamus, vt cogatur declarare non esse se ea voluntate, quam testamenti verbis nullo modo expresserit? Aut quomodo eam cautionem sibi necessariò adhibendam putabit testator, qui ponendo liberos Titij in conditione, de iis vocandis, patrísque substituendis, ne per somnium quidem cogitauit? Sed & eo ipso casu, quo noluerit ille liberos in conditione positos censeri per fideicommissum substitutos, idque expressim declarauerit, ánnon peræquè verum erit dicere, voluntatem nihilominus testatoris eam fuisse, vt substituto non solùm Titius, sed ipsius quoque liberi præferrentur? Vtique. Nec enim eo minùs excludent illi substitutum, & quidem ex voluntate testatoris, vt Papinianus loquitur in *d.l. cum pater.§.volo.de legat.2.* Cur ergo ex eo quod dicimus liberos in conditione positos præferri substituto ex voluntate & iudicio testantis, patiemur inferri quod isti inferunt, esse igitur illos substitutos? Nam & ex iis ipsis, qui volunt posse coniecturas sufficere, vt liberi in conditione positi censeantur vocati, plerique sic existimant, & rectè, debere eas saltem necessarias esse & concludentes, aut valdè probabiles, quod disertè scripsit Tiber. Decianus cons.26. num.87.vol.1.& cons.86.num.12.& 13.vol.3.relatus à Mantica d.c.2.ad fin.lib. 11. Quis autem dicat concludentes esse coniecturas, & necessarias, aut admodum probabiles ad inducendum fideicommissum eas, quæ perinde locum habeant, illo etiā casu, quo fideicōmissum tamen induci testator expressim prohibuerit? Vulgatum siquidem illud est nostrorum brocardicum, *Non probat hoc esse quod ab hoc contingit abesse.ex l.neque natales.10.C.de probat.l. non hoc. 4.C.vnde legit.* Videamus iam quibus legibus in vtramque huius quæstionis partem disputari possit. Qui Accursij sententiam sequuntur, quam nos probamus, & quæ ad hæc vsque tempora, non solùm à Bartolo, veteribúsque interpretibus probata fuit, sed frequentissimis omnium suffragiis receptissima: (primus enim Accursius fuit, qui in d.l. *Lucius.in verb. prætulit.* obseruauit liberos in conditione positos prælatos equidem videri substituto à testatore, sed tamen ab intestato, non ex testamento & fideicommissi iure) ij quàmplurimis & legibus & rationibus optimis mouentur, sed quæ tamen indigent assertore

vt à

vt à contrariæ partis responsionibus & obiectionibus vindicentur. Itaque de singulis videndum nobis est, & ne caput hoc in tot paginas excrescat, separatim de cuiusque loci interpretatione tractandum.

ERROR SECVNDVS.

De dispositione ex verbis merè conditionalibus aliquando inducenda.

PRIMVM & maximè vrget pro nobis ratio illa, quam proximo capite attulimus, quod à conditionis natura & potestate prorsus abhorreat, vt vnquam disponat, cùm nihil sit nisi priuatio, id est nihil. Hoc enim admisso, vel probato, fit necessariò consequens quod volumus, liberos in conditione positos, non posse ex eo videri positos in dispositione. In eam verò rem adferri vulgò solet textus, qui omnium sanè apertissimus & elegantissimus est, *l. si quis sub conditione* 8. *D. si quid omiss. caus. testamen.* vbi Vlpianus quærit, si quis sub conditione dandorum decem, vel qua alia quæ in dando vel faciendo consistat, heres institutus omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem; An huic, in cuius personam collata conditio est, subueniri debeat, illo scilicet prætoris edicto, quo id agit prætor vt voluntates defunctorum tueatur, & eorum calliditati occurrat, qui omissa causa testamenti, ab intestato hereditatem partemvé eius possident, ad hoc vt eos circumueniant, quibus aliquid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato hereditas possideretur, vt Vlp. tractat in *l. 1. in princ. D. eod. tit.* Respondet verò Vlpianus, magis esse vt huic non subueniatur, subindéque rationem reddit, *neque enim hic legatarius est.* Cuius rationis vtique sensus ille est, hunc, in cuius personam collata conditio fuit, non accipere ex iudicio defuncti quod implendæ conditionis causa ei dandum est, neque ex testamento, licet accipiat ob testamentum, ideóq; non esse legatarij, aut fideicommissarij loco habendum, vt ei debeat Prætor subuenire, quomodo procuidubio subueniret, si ex voluntate testatoris deberi intelligeretur, quod conditionis implendæ causa dandum est. Vnde illud etiam fit, vt huiusmodi, quæ conditionis implendæ causa dantur, siue à coherede, siue à legatario, siue à statulibero in Falcidiam non imputentur, quia mortis causa capiuntur, potiùs quàm ex iudicio defuncti, *l. id autem. 76. D. ad l. Falcid.* At ij qui contra nos defendunt, liberos in conditione positos censeri vocatos: respondent textum illum Vlpiani specialem habere rationem, illam nimirum, inquiunt, quòd duo specialia non possunt circa idem concurrere, nisi cùm nominatim id legibus expressum est, ex notat. in *l. 1. C. de dot. promiss.* Hic autem duo specialia concurrerent, Vnum illud, vt destituto testamento, sibique locum vindicante successione intestati, voluntas nihilominus defuncti conseruaretur contra meram iuris ciuilis rationem, *l. ea quam. 14. C. de fideic. l. si nemo. 9. D. de testam. tutel.* Alterum illud, vt conditio disponeret, contrà quàm soleat regulariter. Quæ responsio est illustrissimi Francisci Manticæ lib. 11. *De coniect. vlt. volunt. cap. 2. num. 4.* sed aliena prorsus, vt videre facile est (quod cum bona tanti viri venia dictum sit) à verbis & mente Iurisconsul-

ti,qui non hanc sinæ sententiæ rationem reddit,sed longè aliam,quæ non minùs ex testatoris voluntate,quàm ex iure sumitur, *quòd hic*, cui conditionis implendæ causa dandum fuit,*non sit legatarius*: id est, quòd nihil ei ex testatoris iudicio & voluntate debeatur. Et verò, quemadmodum falsa est illa nostrorum traditio,quæ habet,Duo singularia,duásve fictiones circa idem concurrere non posse,vt alio loco scribemus,quia neque fictiones,neque singularia vnquam inducuntur,nisi manifesta vrgente vel necessitate, vel æquitate,quæ porrò interueniente,& mille singularium, aut fictionum inductionem suadente,totidem vtique induci necesse, aut æquum esset: ita nec illud probari potest,iure singulari receptum esse, vt quū ab intestato possidetur hæreditas,defuncti voluntas conseruetur:quandoquidem id licèt à iuris ciuilis ratione abhorreat,in quantum ius ciuile à prætorio separamus, tamen obtinet iure communi prætorio temperante rigorem iuris ciuilis æquissimè, pro conseruanda voluntate defuncti,coercendáque hæredis auari fraude. Vt proinde verendum non esset,ne duo singularia concurrerent, tametsi admitteremus ex verbis conditionalibus dispositionem induci, si voluntas testatoris hoc ipsum pati posset,quomodo alia pleraque in edicti illius interpretatione singulari iure recepta sunt,ad tuendas defunctorum supremas voluntates,ex sententia Prætoris magis,quàm ex verbis edicti,vt in specie *l.2.l. 4.in princip. & §.1.& §.quanquam.l.quia autem 6.§.penult.l.si non solus.10. in princip. l. Iulianus.26.cum l.seq.§.vlt. D.ill.tit.Si quis omissa causa testam.* Quare nec sibi satisfacit vir doctissimus Mantica in hac responsione, qui ad aliam confugiens ait Vlpianum in d.l. *Si quis sub conditione*, loqui in extraneo, nos autem loqui in coniunctis maxima sanguinis coniunctione: quod tamen apertè commentitium est.Ponit enim Vlpianus simpliciter institutum, quem heredem sub conditione dandorum decem, non addito etiam eo cui decem illa dari debuerint,an coniunctæ personæ,an extraneæ: concipitque generaliter quæstionem, *An huic,in cuius personam collata conditio est, subueniri debeat*; vt intelligamus nihil prorsus referre quisnam ille sit, nec proinde vbi lex non distinguit distinguere nos oportere arg.l. *de pretio.8. D.de public. in rem action.* præsertim cùm generalis quoque sit subiecta ratio, nec tam desumpta ex persona eius cui decem danda sunt, quàm ex natura conditionis, & voluntate testantis: *Neque enim*, inquit, *legatariis est*. Nec valdè dissimiliter confutari potest alia postremáque eiusdem viri illustrissimi responsio,dicentis loqui Vlpianum in terminis simplicibus,nos autem in duplicibus seu compositis, in quibus ex comparatione substituti extranei, & liberorum qui sunt positi in conditione,vehemens oritur coniectura pietatis, quia,inquit, ex charitate & coniunctione personarum pleniorem interpretationem recipere voluntas testatoris solet ex *l.si seruus plurium 50.§.vlt.de legat.1.l.cum alienam.10.C.de legat.* Nam imò verò Vlpianus ea sola ratione mouetur,quòd decem danda cōditionis implendæ causa nullo modo debeantur ex iudicio testatoris,sed mortis potiùs causa capiantur:quæ ratio generalis est,vt diximus,& ex intimis iurisprudentiæ medullis deprompta,cui proinde locus vtique futurus est, etiamsi in terminis duplicibus & compositis quæstio concipiatur. Finge heredem vel ex asse,vel ex parte institutum extraneum, sub conditione dandorum decem vni ex liberis,aut nepoti ex filio testatoris:eíque datum substitutum, à quo pecuniam ille acceperit ad prætermittendam hereditatem, substitutum verò postmodum hereditatem dilapidare, aut vendere,acceptúmque pretium

perdere,

perdere, vt deserit esse soluendo, qui iam fortasse plerosque habebat alios creditores. Constat hoc casu locum esse edicto, *Si quis omis. caus. testament.* non quidem ex verbis edicti, sed ex mente & sententia Prætoris, ita vt is qui pecuniam accepit à substituto ad omittendam hereditatem, perinde conueniri possit à creditoribus & legatariis saltem in subsidium, & post substitutũ excussum, acsi hereditatem ipse possideret, *l. 2. & l. 4. in princip. D. Si quis omiss. caus. testam.* An verò huic filio, aut nepoti, cui decem dari debuerunt, conditionis implendæ causa, ideo magis succurremus, quòd filius ille sit & nepos testatoris, quódque res ei sit cum hærede extraneo, cuius præterea non potest non nisi valdè odiosa esse causa, propter fraudem quam voluit comminisci ad euertenda iudicia sui testatoris? Id sanè consequens esset sententiæ & responsioni supradictæ, quia hoc casu termini, vt ille loquitur, essent duplices & cõpositi, in quibus proinde ex comparatione hæredis extranei, & filij, aut nepotis, vehemens coniectura capi posset pro filio aut nepote, vt hoc saltem videretur habere ex iudicio patris, quod ei conditionis implendæ causa dari pater voluisset, *arg. l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Et tamen in Vlpiani responso illo quod extat in d. l. *Si quis sub conditione*, nihil penitus est, ne verbum quidem, quod facere possit, quominus ad hunc quoque casum id responsum accommodari possit, neque cur non de casu isto æquè ac de alio vllo videri debeat Vlpianus respondisse. Cur ergo diuersitatem iuris sine lege ac sine ratione inducemus? Nam quod subiungit Mantica ex coniunctione personarum pleniorem interpretationem fieri oportere, eò pertinet, vt vel amplietur legatum, vt in *d. l. si seruus. §. vlt. de legat.* 1. vel defendatur quod alioqui esset inutile, vt in d. l. *cum alienam.* non etiam, vt quod testator non voluit, voluisse existimetur. Vnus tantùm iuris locus est, quo maximè nititur ille, & qui certè pro interpretum errore tuendo non parum vrgere videatur. Is est in l. 3. §. vlt. D. *de cõdict. cau s. dat.* vbi ex Vlpiano proponitur, quamuis permissum sit statulibero, etiam de peculio dare implendæ conditionis causa, si tamen vult heres nummos saluos facere, posse eum vetare dare: sic enim fieri, vt & statuliber perueniat ad libertatem, quasi impleta conditione cui parere prohibitus est, & nummi non pereant. Tum subijcitur, *Sed is quem testator accipere voluit aduersus heredē in factum actione agere potest, vt testatori pareatur.* Quod si ita est, consequens fit, vt quod implendæ conditionis causa dandum est, ex voluntate testatoris debitum intelligatur, adeóque quod magis est, proposita in factum actione peti possit. Sed memini iampridem à me obseruatum esse, totam illam additionem Triboniano magis quàm Vlpiano adscribendã videri, quippe quæ non tantùm à manifesta iuris ratione dissentiat, sed ipsam quoque Vlpiani sententiam, cui subiecta est, euertat. Idque docui pluribus lib. 8. Coniecturarum iuris ciuilis, cap. 7. Alioqui cùm locus ille non distinguat quænam persona sit in quam collata fuit conditio dandæ pecuniæ statulibero adscripta, futurum est, vt perinde possis ex eo inferre generaliter & indistinctè inducendam ex verbis conditionalibus dispositionem. Quod tamen falsum esse nec illi ipsi negant, qui eo loco abutuntur distinguentes terminos simplices à duplicibus & compositis, & coniunctas personas ab extraneis. Illud vnũ duntaxat diluendum superest, quod iidem obiiciunt, interdum etiam conditionũ verba disponere, quando ex voluntate eius qui disponendi habuit potestatem, id concipi potest. Sic enim illi post Bartolum, cuius ista traditio est, *ad l. 2. §. videndũ.* qui est vlt. D. ad SC. Tertyl. per text. in l. *fideicommissa.* 11. §. *cùm esset. de*

legat.3.l.in ratione.30.§.tametsi.D.ad leg.Falcid.l.penult.D.de collat.dot.l.denique.8.§.interdum.D.de pecul.legat. At videamus ne non ex istis locis, vt neque ex alio vllo tam improbabilis sententia comprobetur. Nam quod attinet ad §.*cùm esset.& ad §.tametsi.* nulla ibi conditionalia verba proponũtur, sed præcisa illa & absoluta, *Acceptis centum aureis à cohærede tuo portionem tuam ei restituito*, quæ verba à testatore prolata inter cohæredes suos, in quos par & æquale ius ac imperium habuit, vt æquè posset cogere vnum dare, atque alterũ accipere, apta proculdubio sunt ad inducendum duplex fideicommissum, ad quod essent vtique inepta, si per expressam figuram conditionis concepta essent, vt Mætianus loquitur in d.§.*tametsi*. Sensus est, Huiusmodi quidem ablatiuis absolutis vi ipsa & potestate verborum conditionem quandam contineri, *l.à testatore.*109. vbi nostri tractant *D.de condict.& demonstr.* sed tamen multum referre an conditionis figura expressa sit, an non. Si expressa sit, quod fit hoc modò, *Rogo te Titi, vt si Sempronius cohæres tuus dabit tibi centum, tu ei portionem tuam restituas*, certum est, neque actionem vllam Titio competituram aduersus Sempronium, vt det illa centum, neque si Sempronius ea centum dederit Titio, alio iure videri ea peruenisse ad Titium, quàm implendæ conditionis causa: ob idque nec in falcidiam legatorum imputari, in quam scilicet non imputantur nisi quæ hæreditario iure capiuntur. Cùm verò figura conditionis expressa non est, iusso nimirum Titio, acceptis centum à Sempronio cohærede portionem suam ei restituere, non tam conditionis implendæ causa, quàm quodammodo pro suæ portionis pretio ea centum Titius à Sempronio accepisse intelligitur, haud secus acsi eo pretio portionem suam vendere iussus esset, ideóque nec dubitant Iurisconsulti, quin hoc casu ea pecunia in quartam sit imputanda. De illa tantùm dubitant, an duplex hoc casu fideicommissum sit, an vnicum: magísque putat Mætianus ne duplex sit, sed vnicum duntaxat in fauorem Titij, quòd oratio illa magis pro ipso, quàm contra ipsum posita esse videatur. Quod tamen vel ita accipiendum est, si dandæ pecuniæ conditio, in extranei, non in cohæredis personam collata sit, ne alioqui fatendum sit Mætianum ab Vlpiano in quæstione ita dissensisse, vel Triboniano arbitrum suo more agenti adscribenda est tota illa clausula, *Sed id verisimile non est, cùm talis oratio magis ipsius causa, quàm contra ipsum posita videatur*. Verùm hoc obiter, & penè extra rem dictũ sit. Cætera enim omnia, quæ pertinent ad interpretationem & emendationem d.§.*tametsi*, fusiùs explicauimus libro sexto Coniecturarum. Sufficiat nunc probasse, non eam Iureconsultorum sententiam iis locis fuisse, vt verba vnquam conditionalia quicquam disponant, præsertim si expressa sit figura conditionis, quomodo exprimitur, quoties heredi sub ea conditione, *Si sine liberis decesserit*, fideicommissarius substitutus datur. Quod verò pertinet ad l. penult. *D. de collat.dot.l.denique. §.si interdum. D. de pecul.* quàm parum ij loci ad rem faciant, docuimus lib.17. Coniecturarum, cap.17. nec hîc repetemus.

ERROR TERTIVS.

De sententia l.vel singulis 37. D. de vulg. & pupill. substit. & l. cùm proponebatur. 64. D. de legat. 2.

PLERIQVE Iuris loci sunt, de quorum sententia & interpretatione tractant nostri, cùm disputant, vtrum liberi positi in conditione sint in dispositione. Pr æcipui sunt in *l. ex facto. 17. §. ex facto. D. ad SC. Trebell. l. generaliter. 6. C. de instit. & substit. l. Lucius. 85. D. de hæred. instituend.* De quibus iam satis multa scripsimus lib. 17. Coniectur. Sed sunt alij, de quibus in hac Decade tractandum superest. Ac primùm de sententia *l. vel singulis. 37 D. de vulgar. & pupill. substit.* Non quòd valdè necesse sit, (iam enim plura scripsimus lib. 4. Coniect. cap. 11. neque verò mihi vnquam visus est hic locus ad institutam disputationem valdè pertinere) sed vt nequid prætermittamus eorum quæ interpretes adferunt, vt probent liberos in conditione positos: vocatos vel esse, vel non esse. Qui nobiscum negant vocatos esse, moueri etiam solent ex eo, quod in hac lege Florentinus scribit, vel singulis liberis, vel ei qui nouissimus eorum morietur, substituere patrem posse, singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere velit: nouissimo verò si ius legitimarum hæreditatum integrum inter eos conseruari velit. Ex eo namque inferunt, testatorem, qui liberos posuit in conditione fideicommissi, credendum esse iis reseruatū voluisse ius succedendi ab intestato, non etiam acquisitum ius fideicommissi in portionibus parentum. Sed qui contra sentiunt, respondent cum Ripa in *l. centurionum. 159. eod.* tractari eo loco de substitutione directa, quæ non inducitur ex tacita voluntate. *l. iubemus. 29. C. de testam.* Aliam verò rationem esse fideicōmissariæ, de qua nos tractamus quòd ea per solas coniecturas facilè inducatur ex *l. cùm proponebatur. 64. de legat. 2. l. hæredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell.* Alij verò sicut obiectionem non probant, ita neque responsionem: propterea quòd, inquit, etiam pupillaris substitutio inducatur ex verosimili voluntate, & contra verborum significationem, ex *l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pupill. substit.* Itaque respondent differentiam quæ inter pupillarem & fideicommissariam substitutionem hac parte versatur, in eo consistere, quòd ad conseruandam defuncti patris voluntatem, qui bona sua omnia ad pupillum nouissimum voluerit peruenire, nil necesse est inducere tacitā pupillarem, cùm qui priores moriuntur impuberes, neque testando, neque alienando facere quicquam possint, quominus perinde omnia perueniant ad nouissimum ex ordine successionis intestati, atque peruenirent ex testamento si singuli singulis essent pupillariter substituti. Aliud verò esse in liberis positis in conditione fideicommissi, quia certum esse non potest successuros eos patri ab intestato, cùm in patris arbitrio & potestate sit, siue testando, siue alienando inter viuos omnia bona quæ paterfamilias voluit ad liberos in conditione positos peruenire, testatoris voluntatem eludere, nisi aduersus commentum huiusmodi fraudis vnico illo remedio consulatur, vt qui nonnisi in cōditione positi sunt, vocati nihilominus existimentur. Ego neque qualis hæc obiectio sit, intelligo, neque reprehensionem hanc magis quàm Ripæ respōsionem probo. Primùm enim non video qua ratione dici possit in specie *l. vel singulis*, positos esse in-

puberes in conditione pupillaris substitutionis, vt quærendũ habeamus, An idcircò videantur inuicem substituti, necne. Nam vel ponimus singulis impuberibus factam esse substitutionem pupillarem, vel soli nouissimo. Si singulis, dubitationem res non habet, neque locus quæstioni relinquitur, quin vocati sint, qui sunt expressim substituti: sin nouissimo, apparet priores defunctos impuberes non magis in conditione positos fuisse, quàm in dispositione: nisi fortassis de conditione illa tacita sentire velis, quæ in necessarium antecedens subintelligitur & inducitur ex facta nouissimi morientis mentione, cùm fieri nequeat, vt nouissimus quisquam ex liberis moriatur, quin cæteri omnes prædecesserint. Itaque effectu ipso perinde certè est dicere, *Et qui ex liberis meis nouissimus impubes morietur, substituo Sẽpronium*, ac si pluribus scriptum esset, *Si liberi mei omnes impuberes decesserint, nouissimo Sempronium substituo.* Sed tamen multum interest, cùm de inducenda ex vi conditionis substitutione, siue directa, siue precaria disputamus, an conditio expressa sit, an tacitè tantùm subintellecta: quoniam illi ipsi qui volunt liberos in fideicommissi conditione positos vocatos censeri, non de aliis intelligunt, quàm qui positi sint in expressa fideicommissi conditione. Nec quisquam adhuc dixit liberos nonnisi tacitè positos in conditione ex coniectura illa pietatis, de qua Papin. in l. *cùm auus. 102. D. de cond. & demonstr.* censeri debere vocatos: siue quòd non semper par & æqua sit vis taciti & expressi: siue quòd non tam facilè audeant inducere substitutionem, siue directam, siue fideicommissariam, ex cõiecturis, nisi tales illæ sint, quæ ex verbis concipi possint, arg. l. *Gallus. 29. §. quidam rectè. D. de lib. & posth.* Quare non tam ex potestate, quàm ex figura, verbísque conditionis, in qua positi sunt expressim liberi heredis rogati, inducunt illi substitutionem fideicommissariam fauore liberorum, non inducturi proculdubio, si conditio nulla expressa esset. Neque verò nouum est, aliam, maiorémque esse potestatem cõditionis, cuius figura expressa sit, quàm sit alterius, quæ figuram conditionis nõ habeat, licèt ex testamenti verbis colligatur, vt constat ex l. *in ratione. 30. §. tametsi. D. ad leg. Falcid.* Sed etsi poneres nouissimo impuberi sic datum pupillarem substitutum, vt tamen conditio illa expressa esset, *si reliqui omnes impuberes præmorerentur*, non tamen esset hæc conditio eiusmodi, quæ coniecturã vllam præbere posset voluntatis defuncti ad inducendam substitutionem. Non ob id tantùm quòd esset conditio necessaria, & quæ necessariò inest, cuius expressio nihil solet operari, quoties inest eo prorsus modo quo exprimitur, *l. seruo. 47. D. de condic. & demonstr.* Sed ob id etiam, quòd in proposita specie ponuntur liberi in conditione tanquam mortui, non tanquam superstites, ac proinde in eum casum quo non possunt vocari, *l. quidam referunt 14. D. de iure codicill.* Et quemadmodum ij qui liberos in conditione positos volunt esse vocatos, non in alia portione fideicommissum istud tacitum inducunt, quàm in ea quæ fuit patris, ratione illa, quòd positi sint in conditione tanquam liberi, & consequenter respectu eius solius, cuius sunt liberi, non etiam respectu patrui, aut alterius qui patri cohæres datus fuerit. Ita dicendum est, conditionem in quo positi sunt liberi tanquam mortui, non posse inducere dispositionem ex qua vocati videantur, nisi tanquam mortui. Nullam igitur, quandoquidem tanquam mortui vocari non potuerunt. Nisi fortè quis velit dicere vocatos eos in necessariũ antecedens facta substitutione nouissimo impuberi decedenti, sicut dici solet in fideicõmissaria substitutione. *l. Titia Seio. 87. §. Seia libertis. de legat. 2.* sed hoc falsum

est.

est, pugnátque cum d.l. *vel singulis*, quæ ostendit sanè pupillarem substitutionem hac parte à fideicommissaria differre, propter eas rationes, quas nos in hanc rem protulimus lib. 14. Coniecturarum. Ergo quod Florentinus scribit in d.l. *vel singulis*, de iure legitimarum hæreditatum inter fratres conseruato, nihil commune habet cum quæstione nostra De liberis positis in conditione. Neque dubitari potest, quin multum intersit, an liberi positi sint in conditione tanquam mortui, vt in d.l. *vel singulis*: an verò in casum quo superessent patri, vt in ea specie, de qua disputamus, cùm hæres institutus hereditatem restituere iussus est sub ea conditione *si sine liberis moreretur*. Quod verò Ripa ad obiectionem respondet, distinguendam esse substitutionem directam, de qua in d.l. *vel singulis*, à fideicommissaria, quasi hæc faciliùs ex coniecturis solis inducatur quàm illa, mihi videtur prorsus alienum à iuris ratione. Etsi enim in fideicommissis, aut quod idem est, in fideicommissorum verbis & conditionibus interpretandis sola spectanda est voluntas testatoris, tametsi nonnisi ex coniecturis colligatur, l. penult. *de legat. 1. l. heredes mei. 57. §. cum ita. D. ad SC. Treb.* tamen si de fideicommisso inducendo quæratur, non magis sola voluntas, vt loquuntur, coniecturata sufficit, quàm si de substitutione directa quæreretur: nisi cùm vel aliter fieri non potest, vt ea testatoris voluntas quæ expressa est, seruetur, si non in necessarium antecedens fideicommissaria substitutio inducatur, vt in d. §. *Seia libertis*, vel fideicommissaria substitutio per errorem omissa dicitur, probatúrque ex alia testamenti parte, in qua iidem pupillo heredes dati, non tantùm pupillo, sed inuicem etiam fuerint substituti, vt in singulari specie l. *cum proponebatur. 64. de legat. 2.* Rursum, quod contra Ripam disputant alij pupillarem quoque substitutionem ex coniecturis induci posse, ex d.l. *iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupil. subst.* multo improbabilius est. Nam constitutio Diui Marci, quæ ius illud primum induxit vt substitutio directa pupillo facta in vnum casum trahatur ad alterum, non ad tacitam & coniecturatam patris mentem respexit, sed ad fauorem pupilli, cuius certè interest testamentarium heredem habere magis quàm legitimum. l. *Iulianus 42. alias. l. si pupillus. D. de acquir. hered.* Qua de causa non insubtiliter Antonius Goueanus, vt & alia pleraque, obseruauit substitutionem hanc malè ab interpretibus vulgò dici tacitam, quam potiùs à lege subintellectam dicere debuerunt. Tacitum enim illud demum est quod in expresso vi ipsa continetur, l. *cum quid. 3. D. de reb. cred. l. si ita legatum 65. §. illi si volet. de leg. 1. l. seruo libertate. 47. D. de condict. & demonstr.* Nemo autem dixerit illis verbis, *si heres filius non erit*, tacitè contineri casum prorsus contrarium, *si heres erit, & in pupillari ætate decesserit*. Sunt enim casus isti prorsus contrarij, ac proinde quorum expresso vno, alter non modò non tacitè significatus, sed potiùs apertè exclusus videri deberet, ex regula quæ inclusionem vnius vult esse exclusionem alterius, si Marci constitutio testamentorum fauore non interuenisset: nec si tota Iurisprudentia in eam rem conspirasset, id tamen assequi vnquam potuisset. Rescripti Imperatorij autoritate opus fuit vt ius illud induceretur, quia supplendum necessariò fuit, quod ex verbis coniici nullo modo poterat. Iurisconsultorum autem non illud munus est vt suppleant, sed tantùm vt interpretentur: vt proinde dubitandum non sit iis etiam casibus de quibus extent Imperatorum rescripta ab ipsis prudentibus approbata, & laudata, nihilominus in contrarium responsuros fuisse prudenter, si rescripta non habuissent, quoniam aliud est, si quis ex se supplere velit, quod supplere nequeat:

aliud verò si suppletionem ab eo factam, qui supplendi ius habeat, laudare velit, & probare. Idque non obscurè ostendit Modestinus in d. l. 4. *de vulg. & pupill. subst.* in primis illis verbis, *Iam hoc iure vtimur ex Diui Marci & Veri constitutione.* Quid enim aliud id est, quàm dicere ante eam constitutionem aliud ius obtinuisse, & etiamnum si constitutio illa non esset, alio iure vsuros nos fuisse? Sic in specie l. *commodissimè.* 10. D. *de lib. & posth.* institutionem posthumi factam in vnum casum, nec voluit, nec potuit Pomponius trahere ad casum contrarium, ne quidem fauore tuendi testamenti, quod tamen à Iustiniano postea nec iniquè factum est in l. vlt. *C. de post. hæred. inst.* Sic quod ad rem nostram magis pertinet, placuit Imperatoribus induci fideicõmissa plerisque casibus, in quibus fideicommissorum verba deficiebant. Idque vt hoc etiam largiar, ex verisimili & coniecturata mente testantis, nec displicuerunt rescripta illa prudentibus, quibus tamen displicuisset proculdubio audacia Iurisconsulti, si quis fuisset tam ineptus, sibíque tam arrogans, vt quod nonnisi Imperatoris rescripto inducendum erat, propter necessariam suppletionem idipsum voluisset ille inducere propria authoritate. Nec enim quicquam vetat plus licere Imperatori quàm Iurisconsulto, stultúmque videri debere Iurisconsultum, qui sine vllius rescripti aut alterius legis authoritate id velit respondere quod solus Imperator, aut alius, qui legis condendæ ius habeat, possit constituere, tametsi constitutio illa imperatoria summam habitura sit æquitatem, siue quòd tacita voluntas testatoris eiusmodi rescriptum exigat, siue qua alia ratio interueniat, quæ iustum prudentémque Imperatorem mouere possit. l. 1. *C. de legib. l. prospexit.* 12. *qui, & à quibus manum.* Eóque pertinent leges illæ omnes, quas nostri congerunt, vt probent, posse fideicommissum induci ex coniecturis, tum etiam cùm fideicommissi verba omnino deficiunt. *l. filiusfam.* 114. *§. vt quis heredem. de legat.* 1. *l. cùm proponebatur.* 64. *l. vnum ex familia.* 67. *§. vlt. l. peto.* 69. *in prin. de legat.* 2. *l. ex facto.* 17. *in princ. l. qui filium.* 74. *in princ. D. ad SC. Trebel. facit l. Imperator.* 50. *D. eod. l. posthumus.* 12. *D. de iniust. rupt. test.* & aliæ huiusmodi sexcentæ. Quemadmodum autem vnum vel alterum rescriptum Imperatoris fideicommissi verba supplentis ad inducendum fideicommissum, non potuit facere quominus alia rescripta essent necessaria, quoties nouus casus contingeret, qui cum iis de quibus antea rescriptum esset, commune nihil haberet (quoniam rescripta omnia suis finibus coarctanda sunt, nec nisi ad casus suos, aut saltem ad persimiles referenda. *l. Pannonius,* 86. *iuncta l. cum quidam* 30. *in princip. De acquir. hered. d. l. vnũ ex familia* 67. *§. vlt. de leg.* 2. *iuncta l. Pamphilo.* 39. *in princ. de legat.* 3.) ita & fatendum est quotquot extant in libris nostris rescripta Imperatorum, & respõsa prudentum eiusmodi rescriptorum autoritate suffulta, facere nullo modo posse, vt extra eos casus, de quibus Imperatores rescripserunt, aut si qui sint persimiles, liceat nobis leguleiis, & vt hodie passim fit, imperitiori cuilibet inducere fideicommissum ex nudis coniecturis quocunque casu, nullis licèt verbis idoneis in eam rem interuenientibus. Nec quicquam induci potuit toti reipub. perniciosius, quàm quod ineptissimo isto interpretum omnium errore inductum est, vt ex solis coniecturis fideicommissa induci possint. Inde namque tot hodie, tantæque toto terrarum orbe de fideicommissis lites, quibus redundant & æstuant tribunalia non sine maximo amplissimorum patrimoniorum detrimento, & quas aut planè nullas, aut certè multò pauciores, adeóque faciliores haberemus, si iuris scripti rationem interpretum traditio-

nibus

nibus præferre didicissemus. Quare non illud æquè improbo, quod interpretes plerique iactitant, Cæsarea constitutione indigere hanc disputationem, *De liberis in conditione positis*, non equidem quomodo illi putant, difficultatis tollendæ gratia, quæ meo iudicio nulla prorsus est apud eos, qui vel minimũ in iure sint versati, sed ad faciendam Iurisconsultis nostri temporis potestatem, vt ex coniecturata illa testantis mente, quam sibi vltrò comminiscuntur, possint impunè tutáque conscientia contra manifestissimam iuris rationem pro liberis in conditione positis respondere, vt hoc ipso ex fideicommisso vocati & substituti intelligantur. Fefellit omnes interpretes Papinianus, vt fuit ille omnibus non modò interpretibus, sed etiam iuris autoribus cæteris subtilior, in d. l. *cùm proponebatur*, vbi post relatum rescriptum Imperatorum Marci & Cõmodi de supplenda in fideicommisso mutua substitutione, tanquam omissa per errorem, quæ in secundis tabulis intèr eosdem fuerat expressa, rationem subiicit, vt videtur, generalem: *etenim in causa fideicommissi vtcunque precaria voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti.* Inde namque inferunt, parum referre quòd rescriptum sit singulare, cùm rationem habeat generalem: siquidem ratio illa præcipuè est, quæ spectari semper debet ad ampliandam aut restringendam dispositionem. l. *cùm pater 77. § dulcissimis. eodem tit.* Nec animaduertunt Papiniani sententiam illam esse, vt potuerit coniectura admitti ab Imperatoribus ipsis, qui sic rescripserunt, & qui ex coniectura supplere quod testamenti verbis deerat, potuerunt: non etiam vt coniectura quælibet possit admitti à Iureconsulto, vel potiùs leguleio quolibet ad inducendum pro arbitrio fideicommissum, tum etiam cùm causa nulla subest quærendæ precariæ voluntatis. Nam in ea specie, quam Papinianus ex Imperatorum rescripto tractat, dicebatur omissa per errorem substitutio in scriptura fideicommissi pluribus sub conditione relicti. Eiúsque erroris apertissima probatio, & ex eo sumebatur, quòd iidem illi quibus fideicommissum sub cõditione datum fuerat, cùm in secundis tabulis pupillo heredes dati essent, fuerant etiam in ea pupillari substitutione inuicem substituti. Proinde quærebatur voluntas vt reperiretur quod omissum dicebatur. Nam nec solemus quærere nisi quod vel amissum sit, vel omissum. At cùm testator ita simpliciter scripsit, *Si filius meus sine liberis decesserit, restituat hereditatem meam Sempronio:* quid obsecro est quod facere debeat, vt in verbis tam apertis quæras nouam voluntatem tanquam obscuram & latentem, vt ex commentitiis coniecturis inducas fideicommissum, de quo testator nullo modo ne per somniũ quidem cogitarit? An credendus est testator per errorem omisisse substitutionem istam fideicommissariam, quam interpretes inducunt fauore liberorum? Vnde verò errorem hunc coniicimus? An ex eo quòd liberos tantùm posuit in conditione? At quid aliud facere potuit, aut debuit prudens auus, qui ne filium suum proprio erga nepotes fideicommisso obstringeret, noluit positos esse illos in dispositione? Cur non ei licuit à filio fideicommissum vnum relinquere sub ea conditione, *si sine liberis decederet?*, nec idcircò tamen eum duplici fideicommisso in vtrumque euentum onerare? Quòd si in verbis nihil obscurum, nihil omissum dici potest, quænam rogo causa subest quærendæ precariæ voluntatis, vt coniectura possit admitti? Quamquam non sic Papinianus loquitur, *Coniectura potest admitti*, sed *potuit*, vt intelligamus velle eum rationem reddere, propter quam videri debeant Imperatores tam nouum ius non iniquè induxisse, non etiam propter quam citra authoritatem

vllius rescripti debeat quis pari audacia coniecturam admittere ad inducendam precariam voluntatem, præsertim quæ sine causa ibi quæratur, vbi nec eius quærendæ locus, aut color vllus est. Errant igitur egregiè, qui substitutionem, siue directam, siue fideicommissariam induci posse volunt per coniecturas, sed illi magis qui directam & pupillarem æquè ac fideicommissariam. Quod enim Papinianus de precaria voluntate loquitur, in ea ipsa ratione, quam nunc explicauimus, non alium sensum habere potest, quàm hunc, vt si de directa, non de precaria substitutione tractetur, coniectura admitti nō debeat, ne quidem ab Imperatore: tametsi possit Imperator cessante omni coniectura volūtatis nouam substitutionem inducere & supplere, adeóque, quod magis mirum est, institutionem, si fortè alia iusta causa sit propter quam id fieri debeat, vt puta fauor conseruandi testamenti, vt in specie d. l. *iam hoc iure, & dict. l. vlt. C. de posthum. hered. inst.* Dummodo tamen voluntas testatoris non repugnet, inquit Modestinus in dicta l. *iam hoc iure.* Id enim non esset supplere, sed euertere voluntatem, quod non magis Imperator bonus facere potest, quàm prudens Iureconsultus mancam supplere. Interpretari quilibet Iureconsultus potest, in eámque rem coniecturas probabiles admittere, præsertim si de fideicommisso quæratur: supplere nunquam potest, nec si mille concurrant coniecturæ. Imperator non modò interpretari potest legem primam & vltimam *Cod. de legib.* sed etiam supplere, nec tantùm si adsint coniecturæ voluntatis, sed etiamsi nullæ sint, dummodò non desit iusta alia causa. At euertere voluntatem defuncti nec Iureconsultus nec Imperator potest. Solennis enim, & bono quolibet Principe digna vox illa est Honorij & Theodosij in l. *omnium. 19. C. de testam. voluntates hominum audire volumus, non iubere.*

ERROR QVARTVS.

De sententia l. filius familias. 114. §. cùm erit. 13. de legat. 1.

MIRVM est, quàm bene conueniant & conspirent omnia, ad tuendam veritatem, eámque à mendaciis ac erroribus vindicandam. Hic alius locus est, quo probatur apertissimè liberos in conditione fideicommissi positos, ex fideicommisso vocatos non esse. Et tamen adhuc nugantur interpretes, ac quasi non videant obiectionem, quam videre nolunt, sibi placent in quibusdam responsionibus, quibus nihil futilius & inanius fingi potest. Scribit Martianus, cùm quis rogatus est, si sine liberis decesserit, per fideicommissum hereditatem restituere, conditionem defecisse videri, si patri superuixerint liberi, nec esse quærendum an hæredes extiterint patri. Quænam verò poterat esse ratio dubitandi? Annon illa conditio *si sine liberis decesserit*, ad tempus mortis grauati relata fuit? Proinde an vltra tempus illud extendi & porrigi potuit? Minimè verò. Sunt enim conditiones omnes implendæ in forma, vt loquuntur, specifica, & eo prorsus modo quo testator voluit, *vulg. l. qui heredi. 44. l. Mæuius. 55. de condic. & demonstr* Et quemadmodum si conditio ita esset concepta, *si liberos nullos educauerit*, sufficeret ad excludendum fideicommissarium susceptos fuisse liberos, & educatos, licèt postmodum prædefunctos, quoniam nihil aliud requirerent verba conditionis. *l. hæredibus. 77. in princip.*

D. *ad S.C.Trebell.* ita & collata conditione liberorum in tempus mortis, ſi quæratur an conditio extiterit ad fideicommiſſarium excludendum (id enim ſufficit, cùm non fuerit vocatus niſi ſub conditione) non aliud inſpicere poſſumus, aut debemus, quàm vtrum liberi aliqui ſuperuixerint hæredi rogato, necne: & conſequenter inſpecto tempore mortis rogati. Tunc enim neceſſe eſt alterutrum verum eſſe, aut ſuperſtites liberos ipſum aliquos reliquiſſe, aut nullos. Si nullos, vtique conditio extitit, & quidem ita vt poſtea deficere nunquam poſſit. Non enim poſt mortem ſuam ſuſcipere liberos poteſt, cùm ſi qui eo viuo concepti ſint, licèt nondum editi, ij pro iam natis & editis haberi debuerint, præſertim ad excludendum fideicommiſſarium, ſi modò poſtea fuerint nati. *l. is cui.* 18. *D. quand. dies legat. ced. iunct. l. intelligendus.* 153. *de verb. ſign.* Ex contrario, ſi quos liberos ſuperſtites reliquerit, negari non poteſt, quin ipſo mortis inſtanti defecerit conditio, quæ proinde poſtea exire nunquam poſſit. Perpetuum namque eſt, vt ſemel defecta conditione diſpoſitio conditionalis corruat, nec vnquam facta fuiſſe videatur, ſicut in contrarium dicimus ſemel commiſſam ſtipulationem poſtea reſolui non poſſe. *l. habere.* 57. §. 1. *D. de euict.* Quid ergo attinet quærere, an liberi qui eo mortis tempore fuerunt ſuperſtites, atque ita fecerunt vt ſemel defecerit conditio fideicommiſſi, poſtea deceſſerint viuo adhuc fideicommiſſario, aut an heredes extiterint patri, necne? An enim eo minùs verum eſt conditionem defeciſſe? Aut an eo magis verum erit, conditionem quæ ſemel defecerit, poſtea extitiſſe, & impletam eſſe? Quænam ergo apud Mætianum dubitandi ratio eſſe potuit? Ea namque neceſſariò inueſtiganda eſt, vt quid ille ſibi velit, intelligamus. Nulla prorſus, niſi vna illa, quòd videretur teſtator heredis ſui grauati liberos in conditione poſuiſſe, non tam fauore patris, quàm liberorum, vt eorum potior eſſet cauſa, quàm fideicommiſſarij. Quæ eadem ipſa huius conditionis interpretatio eſt, quam faciunt ij qui iuriſprudentia inuita volunt liberos in conditione fideicommiſſi poſitos ex fideicommiſſo vocatos eſſe. Id verò ſi ita eſſet, conſequens videretur, vt ita demum voluiſſet teſtator excludi fideicommiſſarium per liberos heredis rogati, ſi bona illa ad liberos effectu peruenirent. Quid enim referret teſtatoris, an ſuperuixiſſent patris liberi, necne, ſi illo etiam caſu quo ſuperuixiſſent, heredes tamen eſſe vel non potuiſſent, quia fortaſſis exheredati, vel noluiſſent metu fortaſſis onerum hereditariorum abſtinentes ſe à bonis patris? Annon perinde fieret iniuria fideicommiſſario, & voluntati teſtatoris, ſi fideicommiſſarius, quem teſtator nonniſi propter heredis liberos in conditione poſitos excluſum voluiſſet, ſola eorum exiſtentia excluderetur, tametſi ad eos bona iſta non perueniſſent? Ita ſanè: eóque pertinent leges omnes quas congerere noſtri ſolent ad *l. Gallus.* 29. *§. & quid ſi tantùm. de liber. & poſt.* vt probent caſum deportationis trahi ad caſum mortis, & contrà: denique fieri extenſionem de caſu ad caſum, vbi eadem ratio eſt iuris aut voluntatis. Dubitandi ergo cauſam apud Mætianum præbere vnus ille caſus poteſt, ſi liberi in conditione poſiti, non extiterint patri heredes; ſic enim Mætianus apertè loquitur, quaſi nihil intereſſe putet, an dicamus liberos non extitiſſe heredes patri, an verò bona, de quibus reſtituendis rogatus heres fuit ad eius liberos non perueniſſe, ita innuens ſatis apertè, non aliter fieri poſſe, vt bona illa perueniant ad liberos in conditione poſitos, quàm ſi ſint heredes patris, atque reperiant in hereditate. Quod tamen vtique non ſolùm falsò, ſed etiam ſtultè diceretur, ſi in ea ſententia eſſet Mæ-

tianus, vt putaret liberos in conditione positos, etiā esse vocatos. Non enim scribere debuerat quomodo scr psit: *nec quæritur an heredes extiterint*, sed ita potiùs, *nec quæritur an ex fideicõmisso successerint*. Cur enim cogantur heredes esse patris ad ea bona percipienda, quæ pater ex fideicommisso iis restituere debuerit? Annon perinde voluntati testatoris satisfactum dici posset, si ad filios in conditione positos bona illa peruenissent ex fideicommisso, atque si peruenissent iure hæreditario? An fortè dicemus, quod quidam putant filios in conditione positos intelligi quidem vocatos, sed ita tamen si non sint exheredati à patre? Ne alioquin taciti huius fideicommissi inducendi interpretatio materiam liberis præbeat delinquendi. At hoc dici nullo modo potest. Semel enim constitutum fideicommissum fauore liberorum non ob id minùs debitum videri posset, quòd liberi postea ingrati fuisse probarentur. Hactenus enim iis nocere deberet quòd essent ingrati, vt iis omnibus priuarendi essent per exheredationem, quæ habituri erant ex iudicio & ex bonis patris, non etiam iis quæ aliunde, puta ex iudicio & ex bonis aui. *l. 5. D. de interd. & relegat*. Et ob id tanto difficilius ad eam interpretationem decurrere debemus, quæ fauore liberorum inducat fideicommissum in odium patris: ne dum liberis nimium prodesse volumus, non tantùm parentibus noceamus adempta iis testandi facultate, qua ad ingratos liberos exheredandos vti alioqui possent, sed ipsis quoque liberis, quorum certè interest, vt iustæ saltem exheredationis metu, si non amore potiùs, in officio, debitáque parentibus pietate retineantur. Ergo vt hanc dubitandi rationem concludamus, cùm nihil referre Martianus putet, an sic dicamus: *nec quæritur an hæredes extiterint*, an sic potiùs, *nec quæritur an ad filios ea bona peruenerint*, fatendum necessariò est, Martianum id ipsum sensisse, quod nos contendimus. Bona quæ per fideicommissum fuerant relicta extraneo sub conditione, & in casum non superstitum liberorum, non aliter ad liberos peruenire posse, quàm si sint heredes patris, siue ex testamento, siue ab intestato. Non igitur iure fideicommissi à patre debiti, quod vbique cum patris siue testati, siue intestati successione nihil commune haberet, quominus etiam repudiata, aut per exheredationem amissa patris hereditate fideicommissum consequi deberent, quod non à patre, sed ab auo, & de bonis aui accepissent, aut etiam ab extraneo, si testator non heredis instituti pater, sed extraneus fuisse proponatur. Videamus iam quæ fuerit apud Marcianum ratio decidendi. Nam ex ea quoque magis ac magis sententia nostra confirmabitur. Illa vna est, ni fallor, quæ supradictam dubitandi rationem penitus euertit, quòd cùm liberi hæredis rogati in conditione positi sunt, non tam propter seipsos videri debeant positi, quàm propter patrem grauatum, vt qui sub conditione nullorum superstitum liberorum fideicommisso grauatus fuit, in contrarium casum, id est, susceptis liberis qui superuixerint, eo fideicommissi onere liberetur, vi scilicet & potestate solius defectus conditionis, sub qua extraneus fuerat per fideicommissum substitutus. Propterea quòd si vel vno instanti superuixerint liberi, verum est, conditionem illam, *si sine liberis decesserit*, semel defecisse. Ideóque nec postea quærendum est quid de liberis contingat, id est, an moriantur ante substitutum, necne: an sine liberis, an cum liberis: an patri heredes fuerint, necne. Quod & Oldradus, vir certè magnus ex hoc potissimùm loco motus, respondit in consilio illo apud Doctores nostros celeberrimo, quod est 21. incip. *Thema tale est*. Proinde si Marciano credimus, nihil refert an testator heredem

redem suum, siue filium, siue extraneum grauauerit sub ea conditione, *si sine liberis decederet*, an sub illa, *si nauis ex Asia non veniret.* Vtroque enim casu idem euenit, vt si existat conditio, admittatur substitutus, sin deficiat, excludatur. Nec magis credendus est testator, liberos, quos in conditione posuit, inuitasse ad fideicommissum, si patri superessent, quàm nauim si ex Asia veniret. Itaque quid illo Marciani loco dici pro nostra sententia vel fingi potest apertius? Sed tamen respondent quidam post Socinum seniorem in *l. cum auus.col.pen.* D. *de condic & demonstr.* suauiter mehercule & subtiliter, si diis placet: imò verò post textum illum contra nos retorqueri, quasi non alia ratione Marcianus de illo quæri nolit, An liberi heredes extiterint patri, quàm quòd etiamsi non sint heredes, nihilominus ad eos perueniant bona fideicommissaria iure fideicommissi tanquam ad vocatos & succedentes ex fideicommisso. Quod si ita est, ridiculus sanè fuit Martianus, qui volens significare non esse quærendum, An ad liberos in conditione positos ea bona peruenerint, necne; casum illum solum complexus est, quo liberi existerent, aut non existerent heredes patri. Illum verò prætermisit, qui potissimùm exprimendus erat, quo bona ad liberos ex fideicommisso peruenissent. Ex quo apparet, neque Socinum ipsum, neque alium quenquam ex interpretibus vim huius obiectionis satis percepisse. Annon enim æquè fieri potest vt liberi in conditione positi etiamsi ad fideicommissum, ex suppositione, sint inuitati, nolint tamen ex fideicommisso succedere? Quo casu si testator nonnisi ipsorum gratia eos in conditione posuisset, cur ex eorum superexistentia exclusum voluisset? Et tamen non dubitat Martianus, quin hoc etiam casu excludi debeat substitutus, licèt de eo nihil dixerit, quia quod scripsit, non est quærendum, An liberi heredes extiterint, hoc proculdubio sensu scripsit, & ea mente, vt significaret, quærendum non esse, an ad fideicommissi bona peruenerint, quæ vidit vtique nonnisi hereditario iure posse ad eos peruenire. Faciunt verò parum subtiliter illi qui improbata illa Socini retorquutione, quam nec Socinus ipse probat, licèt probetur à Ripa in l. *centurio.num.* 159. D. *de vulg. & pupil. subst.* concludunt tandem textum hunc Marciani ad propositam disputationem nihil pertinere, in quo scilicet non de illo quæratur, inquit, An liberi sint per fideicommissum substituti, necne, sed tantùm, An liberi patri superstites faciant deficere conditionem fideicommissi. Quod Marcianus magis probat, vt in hac conditione, quemadmodum in cæteris non tam effectus iuris, quàm factum ipsum consideretur. At nos non illud dicimus à Iurisconsulto dubitatum aut decisum esse, An liberi positi in conditione sint in dispositione: de quo, non dicam ex prudentibus nemo, sed ne anus quidem prudentum nostrorum temporibus dubitasset, sed ita loquutum Marcianum, vt dubitari non possit, quin pro certo & explorato iure habuerit, quòd sola interpretum nostrorum imperitia fecit controuersum, adeóque penè falsum, liberos in conditione tantùm positos, neque ex fideicommisso, neque alio vllo quàm hereditario iure posse succedere in iis bonis, quæ, si nulli fuissent superstites, ad substitutũ peruenire debuissent. Neque, meo iudicio, si ingenuè agere volumus, effugere hanc obiectionem possunt vlla arte, qui contrà sentiunt.

ERROR QVINTVS.

De sententia §.vlt.l.si quis eum. 16. D.*de vulg.& pup.subst.& de inducenda ex verbis enuntiatiuis dispositione in fauorem liberorum ad l.pater. 17.§.auus.*D.*de dol. mal. except.*

PROBAT etiam optimè hic locus liberos in conditione positos non esse in dispositione: sed tamen quia de institutione l. quitur, non de fideicommissaria substitutione, facilè ab iis eluditur, qui aliam directæ substitutionis & institutionis, aliam fideicommissi rationem constituunt, existimantes posse fideicōmissum induci ex nudis coniecturis, & per suppletionem citra vllam Imperatoris, aut alterius qui legis condendæ ius habeat, constitutionem. Etsi nec desunt qui putent in directa quoque institutione fieri posse vt verba conditionalia disponant. Quam sententiam defendunt omnes qui putant in formula Galli Aquilij filium, qui nonnisi in conditione ponitur, hoc ipso habendum pro instituto, audaciores Bartolo, qui ad *l.Gallus.29.*D.*de liber. & posthum.* scripsit sufficere ad nepotis institutionem, vt filius sit heres ab intestato, quos & ex recentioribus, quod magis miror, sequitur Didac. Couarr. Iurisconsultus sanè pereruditus, & in iuris nostri principiis meliùs versatus, quàm vt tam absurdū & supinum errorem probare debuerit, in Comment.ad cap. *Raynutius. §.3. num.9.extr.de testam.* Quo magis laborandum nobis est, vt hic error penitus explodatur, ne tanti viri authoritate allecti, plerique posthac in eundem impingant. Non potest autem refelli apertiùs, quàm ex hoc ipso loco Pomponij, quem in manibus habemus. Pomponius ita scribit, Si suo testamento perfecto, alia rursus hora pater filio testamentum fecerit, adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valere, & tamen patris testamentum ratum manere. Nam & si tibi & filio pater testamentum fecisset, deinde tibi tantùm, vtrumque superius rumperetur. Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi heredem instituat sub ea conditione, *si viuo se filius decedat*, posse dici non rumpi superius testamentum, *quia*, inquit, *secundum non valet in quo filius præteritus sit.* Quæ verba quid aliud sonant, obsecro, quàm quod volumus ex illis cōditionalibus in institutione positis, *si filius meus viuo me decedet* (quæ formula est Galli Aquilij) non videri filium institutum? Mirórque sanè Didacum, quasi locum hunc nunquam viderit, nihil prorsus ad eum respondere, quod nec pro Didaco facere quisquam possit. Nam qui tentant respondere, nihil aliud respondent, nisi quod iam diximus, agere Pomponium de institutione directa, quæ non inducitur ex tacita voluntate, *l.1. D.si tab.testam.ex tab.l.iubemus.29. C.de testam.l.heredes palàm 21.D.qui testam. fa.poss.* Nos verò loqui de substitutione fideicommissaria, quæ inducitur etiam per coniecturas ex *l.cùm proponebatur 94.de legat.2.* Admittentes consequenter in formula Galli Aquilij, quę tota ad institutiones, non ad fideicommissa pertinet, filium in conditione institutionis nepotis positum, pro instituto haberi non posse. Nam quod idem subiiciunt, In specie à Pomponio tractata filium fuisse institutum in primo testamento, quod ruptum non est per posterius, in quo fuit ille præteritus, & magis interesse filij vt succedat ab intestato, vel ex primo testamento, magis confirmat quod nos volumus, non valere posterius testamentum, tanquam in quo sit præteritus filius, quod vtique valeret, adeóque prius rumperet, si ex verbis

bis conditionalibus institutio induci posset. Illud verò non minùs miror eundem Didacum nihil respondere ad §. *in omnibus. d. l. Gallus*, vbi Scæuola disertè scribit, In omnibus illis speciebus, de quibus tota ex lege dixerat, illud seruandum esse, vt filius duntaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus: diuersúmque esse in nepote & pronepote qui possunt impunè præteriri. Quid enim necesse esset in formula Galli Aquilij, quæ conditionem illam necessariam, ac perpetuam habet, *si filius meus me viuo morietur*, præmittere filij institutionem, si ex hac ipsa conditione institutio induci posset? aut quomodo posset præteriri nepos, quem ad vtilem pronepotis institutionem necesse est non minùs quàm filium poni in conditione? Neque est contrarium quod in l. *si mater 33. §. vlt. De vulg. & pup. subst.* Africanus scribit, Si filius & ex eo nepos ita heredes instituantur, vt Gallo Aquilio placuit, & nepoti si heres non erit, Titius substituatur, filio herede existente, Titium omnimodò, id est, etiamsi nepos natus nõ fuerit, excludi. Quo potissimùm loco Didacus abutitur, vt probet sub Galli formula filium esse institutum. Debet enim id necessariò ita intelligi, si filij institutio præcesserit, verbis expressis & ciuilibus directis concepta, ex consilio aut potiùs præscripto Scæuolæ in d. §. *in omnibus*: quamuis de eo nihil Gallus Aquilius constituerit, nec noui quicquam induxerit, propterea ius vetus certum & exploratum esset de liberis suis heredibus omnimodo instituendis aut exheredandis, neque aliud ignoraretur, nisi qua ratione institui posset nepos posthumus ex filio superstite tempore testamenti, quippe qui eo tempore posthumus alienus videretur, cuius institutio omni iure prohibita erat, cùm tamen fieri facilè posset, vt mortis aui tempore reperiretur suus, atque ita rumperet successione testamentum, in quo se præsertim inueniret: quemadmodum à nobis pluribus tractatum est lib. 9. Coniectur. ex quo peti volumus cætera ad hanc tractatum pertinentia, si quis plura scire volet, præsertim quod spectat ad §. *idem credendum. d. l. Gallus*. de cuius etiam sententia nescio quid somniat Didacus, quod nos nõ probamus. Quod verò idem Didacus obiicit ex Iuliano in l. *cùm in testamento 37. de hered. instit.* cùm in testamento ita scribitur, *Si filius meus me viuo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto*: duos esse gradus heredum, quia nullo casu vterque ad hereditatem admittitur, non minùs leue est. Semper enim meminisse oportet, quod monet Scæuola in d. §. *in omnibus*, in omnibus his speciebus, quæ ad Galli Aquilij formulam pertinent, ponendum esse in necessarium antecedens, quòd filij institutio specifica ex formulis præcesserit, sine qua, sicuti testamentum iure nouissimo valere non posset, quòd sui heredis præteritione prorsus nullum & iniustum esset, ita nec institutio posthumi nepotis, quæ eo testamento contineretur. Sed non putant Iureconsulti necesse, quoties de Galli Aquilij formula tractandum habuerunt, eam filij institutionem exprimere, cùm de ea nemo dubitaret quin & præcedere deberet, & quibus verbis eam concipi oporteret: neque verendum existimarent, ne aliquando eueniret, vt qui se prudentes auderent dicere, in ignorationem iuris adeò crassam dilaberentur, vt crederent posse valere testamentum in quo suus heres esset præteritus, vel posse dici filium institutum, quem testator in cõditione duntaxat posuisset. Obiicit idem Didacus, verba enuntiatiua disponere fauore liberorum ex eleganti illo respõso Scæuolæ in l. *pater 17. §. auus. D. de doli mali except.* vbi cùm proponeretur auus nepotibus ex filia legasse singulis centena, & adiecisse hæc verba: *Ignoscite: nam potueram vobis ampliùs relinquere, nisi me Fronto pater vester male acce-*

pisset, cui dederam mutua quindecim quæ ab eo recipere non potui. Placet Scæuolæ, si aui heres ab his nepotibus patris sui heredibus petat quindecim, videri eum facere contra voluntatem defuncti, atque ideò doli exceptione summoueri posse. Sed ego quæro, An hoc ideò quòd verba illa enuntiatiua *potueram vobis amplius relinquere, &c.* disponant fauore liberorum, vt putat Didacus? Minimè. Nam si disponerent, dicendum esset, quindecim illa, quæ Fronto testatoris gener socero debuisset, saltem per fideicommissum relicta videri nepotibus, non quidem ab herede aui, sed à Frontone ipso patre, eodémque testatoris debitore, posteaquam Diui Pij constitutione inductum fuit vt à debitore quolibet fideicommissum vtiliter relinqui possit, *l. si pecunia 77. de legat. 1. l. cùm quis decedens 37. §. pater. in fin. de legat. 3.* Quod si ita esset, sequeretur Frontoni ipsi competituram doli exceptionem aduersus heredem aui, si aduersus Frontonem heres agere, & quindecim petere vellet. Id enim vnum est quod facit vtile fideicommissum a debitore relictum: quòd si à creditoris herede posteà debitor vrgeatur, habet contra eum doli exceptionem, vt Vlpianus eleganter & apertè scribit in d. l. *si pecunia:* & tamen non Frontoni ipsi exceptionem doli accommodat Scæuola, sed Frontonis liberis, nepotibus testatoris ex filia, iisque non tanquam fideicommissariis, sed tanquam heredibus patris conuentis ad soluenda quindecim quæ pater debebat. Accommodat autem Scæuola exceptionem doli, non quasi hæc quindecim fuerint nepotibus relicta (neque enim potuit relinqui liberatio iis qui nihildum eo tempore debebant) sed quia voluntas testatoris non obscura est: quòd si à Frontone quindecim illa sibi debita consequutus fuisset, aut si Frontonem ipsum erga proprios liberos obstringere fideicommisso voluisset, etiam hæc ipsa quindecim nepotibus reliquisset. Indéque nimirum euenit, vt quamuis heres aui nihil dolo malo facturus fuerit, si ea quindecim à Frontone petiisset, quia non fuerat testator ea voluntate, vt Frontoni ipsi nullo modo fauere vellet, faciat tamen dolo malo & contra voluntatem, si à Frontonis heredibus, iisdémque testatoris nepotibus petat, quia cùm testator dixerit ea se nepotibus relicturum fuisse, si ab eorum patre solutionem habere potuisset, addita etiam dictione illa *ignoscite*, ad enixissimam voluntatem demonstrandam, multò magis credendus est voluisse, vt si quando ab iis peteretur, haberent illi ius retentionis per exceptionem doli, ne efficaciter vrgeri possent. Cæterùm aliud est ex verbis conditionalibus, aut enūtiatiuis inducere exceptionem doli: aliud inducere dispositionem, siue fideicommissariam, siue directam. Dispositio nunquā inducitur sine verbis dispositiuis, licèt aliquando inducatur per interpretationē verborū in alium casum aut sensum, quàm in quem dispositū fuit, vt in specie *l. qui filium 74. in princ. D. ad SC. Treb. sunct. l. ex facto 17. in princ. eod. l. filiusfa. 114. § vt quis heredem. de legat. 1.* At exceptio doli facilè inducitur ex quocunque indicio voluntatis: & ratio est, quoniam nō solùm dolo facit, quisquis heres offendit vel in minimo testatoris sui voluntatē, quam ex cōtrario implere, & cui omnino parere debeat: sed etiā, quia doli exceptio, vt & alia quælibet, nō alij accōmodatur, q̄ possidenti, cuius proinde causa hoc ipso quod possidet, lōge fauorabilior videri debeat, q̄ si non possideret, sibiq; per actionē consulere vellet, quomodo sibi consulere necesse est liberos, qui in cōditione positi hoc ipso velint etiā inuito patre dicere se vocatos. Possuntq; in hanc rē etiā afferri quæ scripsi in *Coniect. li. 17. ca. 17. de sentētia l. pen. D. collat. dot.* Nec leue, meo iudicio, argumentum ex s̄ dicto Scæu. respōso pro sentētiā nostra sumi potest.

Nam

Nam si in specie *d.§. auus*, verba enunciatiua quæ dispositiuis propiùs vtique accedunt, quàm conditionalia, nihilo magis fideicommissum inducunt, ne quidem fauore nepotum, quibus prospicere auus tanto studio desiderauerit, & quorum patrem odio habuerit, aut de quo saltem iustam se habere crediderit querelæ causam; quis putet nepotibus in conditione tantùm positis vsque adeò fauere auum voluisse, vt eos propriè filio prædilecto, & ob eam causam instituto voluerit per fideicommissum substitutos? Præsertim cùm in specie illa quam Scæuola tractat, nihil interfuerit patris, an socero heredive soceri, cui quindecim debebat, ea quindecim redderet, an propriis liberis, quorum equidem debuisset malle esse debitor, qui iam omnimodo debitor erat. Vnde illud factum est, vt creditor à debitore suo, etiam cui nihil relinquat fideicommissũ vtile relinquere possit, *d. l. si pecunia 77. de legat.* 1. At in eo casu quem tractamus, negari certè non potest, quin filij heredis instituti, rogatique de hereditate si sine liberis decesserit Sempronio restituenda, intersit quàm maximè ne susceptis ex se superstitibúsque liberis fideicommisso, nullo teneatur, cùm alioqui futurum esset, vt omni onere fideicommissi liberatus foret, haberétque liberam eorum bonorum administrationem, quæ in casum contrarium, id est, si sine liberis decessisset, Sempronio restituere debuisset. Verùm hæc ad Scæuolam adnotasse sufficiat. Quod verò idem Didacus, ne quid prætermittamus, post alios obiicit ex *l. denique* 8. *§. interdum D. de pecul. legat* peculium intelligi legatum aliquando in necessarium antecedens, tum etiam cùm re vera legatum non est, vt puta, si statuliber conditionis implendæ causa centum ex peculio dare iussus sit, multo minus ad rem facit. Vt ex iis constare potest, quæ nos in illius loci explicationem scripsimus *d. cap. 17. lib. 17. coniect.* Neque enim repetere placet nobis. Illud verò satis mirari non possum, virum doctissimum in hoc suo errore tam pertinaciter tuendo, non solùm à veteribus illis prudentibus, manifestáque iuris ratione, sed à seipso etiam dissentire. Fatetur enim, contenditque toto illo §. 3. liberos in conditione positos, non censeri vocatos, ne quidem ex fideicommisso, nec si coniecturæ illæ concurrant, quas plerique ex interpretibus sufficere arbitrantur, adeo vt si quando, inquit, iudex ab ea communi opinione recedere velit, non temerè id facere debeat, sed cautè admodum, & attentè: perpensis scilicet coniecturis ex quibus deprehẽdi possit eam fuisse testatoris voluntatem. Cur enim verbis conditionalibus inducamus directam institutionem potiùs quàm substitutionem precariam? Pugnat sanè id cum cæteris omnibus interpretibus, ex quibus reperias vel vnũ, qui vnquam dixerit directam institutionem potiùs quàm fideicommissum ex conditionalibus verbis induci. Omnes contrà clamant facilius esse vt fideicommissum ex eiusmodi verbis conditionalibus inducatur, quòd, vt putant nudis coniecturis contentum sit, quàm directa institutio, quæ nisi directis & ciuilibus verbis fieri nunquam possit. Quæ interpretum, præsertim Ripæ, responsio est ad eam obiectionem quæ pro nobis fit ex d. §. vlt. *l. si quis ex. 16. D. de vulg. & pupill. subst.* Quanquam non video quid facile respondere possint ad constitutionem nouam Constantini in *l. quoniam indignum 15. C. de testam.* quę induxit, vt directa quoque heredis institutio non modò directis verbis fieri possit, sed etiam inflexis & obliquis. Denique quibuscunque, dum constet de mente & sententia testatoris. Quæ constitutio magnam certè intulit iuri veteri plagam. Illud enim ipsum est quod olim de fideicommissis solis dicebatur, Non esse spectanda verba fideicommissi, sed sententiam quibuscunque verbis

dum testator sensisset vt hereditas sua restitueretur. *l. vbi purè 19 §.1.* secundùm emendationem & interpretationem nostram, quam ad eum locum protulimus lib.4.Coniectur.cap.8.Nam si respondeas pro interpretibus hoc etiamnum ex iure vetere superesse, vt neque institutio, neque substitutio directa induci possit sine verbis, & ex nudis coniecturis, quomodo fideicõmissum induci & olim potuisse & hodie posse volũt; dicã neque sine verbis induci posse fideicõmissum, aut olim olim potuisse, quãtæcunque coniecturæ concurrerẽt, fuisseque non solũ aliqua verba necessaria, sed eiusmodi quoque illa esse debuisse, vt dubitari nõ posset quin testator de hereditate sua restituenda sensisset vt Paulus loquitur in d.l. *vbi purè*.§.1. Proinde cùm tota directarũ precariarúmq; substitutionum differentia in eo consisteret, quod directas verbis directis fieri necesse erat, precarias verò inflexis & obliquis, cõsequens videtur vt si hodiè precaria inflexáque verba sufficere possunt ad directam institutionẽ, aut substitutionem, nulla supersit differentia inter directas & precarias voluntates. Atque ita paulatim fiet, vt qua audacia interpretes, tanquam noui quidam supremique Imperatores fideicommissum ex nudis coniecturis inducunt, nullis licèt dispositiuis verbis interuenientibus, eãdem possit & debeat quilibet dicere directam quoque institutionem aut substitutionem ex nudis coniecturis & sine verbis vllis induci oportere. Quod tamen quàm longè futurũ sit à mẽte Constantini, apparet ex ipsa constitutione, quæ non verba tollit, sed verborum duntaxat distinctionem & solemnitatem, vt liceat hodiè testatoribus vti quibuslibet verbis, neque referat an imperatiuis & directis facta sit institutio an inflexis. Secundùm quam constitutionem dubitandum non est, quin si quis testamento ita dixerit aut scripserit, *Volo, aut cupio vt Titius sit heres meus*, valeat institutio, & quidem iure directo, ac tanquam directa, quę tamen olim, tanquam facta precariis verbis, eo iure valere non potuisset. Ergo quemadmodum nemo hucusque dicere ausus est directam institutionem aut substitutionem induci posse ex nudis coniecturis, si verba dispositiua, siue directa, siue precaria nulla sint, (tametsi nihil aliud requirat lex Constantini, nisi vt eo loquendi genere formata sit institutio, per quod liqueat voluntatis intentio: neque dubitent affirmare interpretes, manifestissimam quoque videri voluntatem, quæ non nisi ex iudicijs colligatur & ex coniecturis:) Ita neque ferre illos possum qui precariam voluntatem ex solis coniecturis inducunt, nec illos proinde qui ex verbis conditionalibus fideicommissariam substitutionẽ induci volunt, negantes tamen peræquè directam induci posse. A contrario igitur, cùm negari non possit vt ad tuendam obiectionem nostram redeamus, quin etiam hodie post eam Constantini legẽ verum sit quod olim prudentibus placuit, instituto nepote ab auo, sub hac conditione *si filius se viuo morietur*, non idcirco institutum intelligi filium, sed præteritum, ita vt nullum ex eo iniustúmque fiat testamentum, cuius fauor aliòqui contrariam potiùs sententiam suadere deberet, si non nimis euidens iuris ratio obstaret. Ita & fatendum est, testatore ita scribente, *si filius meus sine liberis decesserit, Sempronium substituo*, nepotes in conditione fideicommissi Semproniani positos, nõ magis per fideicommissum, quàm directò patri substitutos intelligi oportere. Ex quibus apparet quàm falsum illud etiam sit (adeo leuior error in grauiorem degenerat) quod respondit *Curt. iun. cons. 169.* & Didacus probat d.§.3.nu.8. Si quis derogans futuris testamentis disponat, & dicat velle se habere successores eos qui ab intestato à lege vocãtur, & addiderit, placere sibi vt valeat ea dispositio om-

ni meliori modo; censeri eum instituere heredes illos, qui ab intestato sint successuri: propterea quòd, inquiunt, ea institutio necessaria sit ad tollenda futura testamenta, & ex clausula adiecta colligatur intentio testantis: Quasi verò ad habendum heredem testamétarium sufficiat nuda voluntas, quod nos iam refutauimus: Multóque tolerabilius est, vt stulta & inanis voluntas intercidat testatoris, qui, cùm posset secundùm leges testari, noluit, quàm vt tot monstris inducendis via patefiat, vniuersáque iuris ciuilis ratio pro tuēdis interpretum ineptijs conturbetur. Fateor patremfamilias qui se testamentum facere dixerit, si iis verbis vsus sit, quæ nos retulimus, posse fortassis videri testamentum fecisse, & heredes scripsisse legitimos successores, quia nihil planè refert, an quis heredem scribat an successorem, & ad hunc præcipuè casum pertinet supradicta lex Constantini, quæ tollit penitus momenta & scrupulosas solennitates verborum. Sed vt ea voluntas, quam testator nomine testamenti non donauerit, fiat testamentum, ob id solùm quòd adiecta sit clausula, *omni meliori modo*, præsertim ad præcipiendā testatori alterius testamenti faciendi facultatem; nec probare possum, nec concoquere. Qui video Bartolum quoque in *l.1. num.22. D. de iur. codicill.* in ea esse sententia, vt existimet clausulā illā *omni meliori modo*, in minus solenni voluntate appositam ius testamenti comprehendere nunquam posse, tanquam quòd sit perfectius & maioris solennitatis; licèt omnia testamenti solennia concurrant. Sed & si verum amamus, fieri non potest vt valeat testamentum, quo non alius heres institutus sit, quàm quisquis ab intestato successurus est. Heres enim institui nisi ita, vt certè demonstretur, nemo potest, *l. quoties 9. §. heres 9. D. de hered. instit.* quia certum debet esse iudicium testantis, vt Vlpianus tractat in Titulis, tit.22. Quid verò incertius, quàm quis cui sit ab intestato successurus? Nec simile est quod admittimus valere fideicommissa ab intestato relicta hoc modo, (*Quisquis mihi heres bonorúmve possessor erit, eius fidei committo*) *l.3. l. ab intestato 16. D. de iur. codic.* Etsi namque id illa ratione comparatum est, quòd credatur paterfamiliās sponte sua relinquere successoribus intestati legitimam hereditatem, vt Paulus scribit in *l. conficiuntur 8. §.1. D. eod.* Longè tamen aliud est testari: Aliud verò, non testando tacitè subsequi legis voluntatem. Nam eius qui testatur, certum iudicium esse debet eo ipso tempore quo testatur, quod tamen tale esse nullomodo potest, si non alios sibi successores eligat, quàm quos ei ab intestato morienti lex datura esset. At legis iudicium semper certum est, quia nec priùs se lex interponit, quàm paterfamiliās moriatur, quo demum instanti sicut certa est quis tum sit proximior, ita & quis ab intestato sit successurus: neque rursum negare ille potest quisquis tandem sit, quin succedat ex tacito iudicio defūcti, in cuius scilicet potestate & arbitrio fuit facere testamentum, atque ita impedire ne quis vnquam legitimæ suæ successioni locus relinqueretur.

ERROR SEXTVS.

Ad l.1.c.de pact.l.heredes mei 57.§.cùm ita.l.qui filium 74.D.Ad SC. Trebell.l.in bonus 6.C.eod.

PRÆTEREA eas leges, quas interpretes adferre solét,vt probent liberos in conditione positos nō esse ex fide.commisso vocatos, de quibus tota hac decade diximus,semper mihi visæ sunt etiã hæ,quas huius capitis inscriptio prę se fert ad rem nostram maximè pertinere. *In l.1.C. de pact,* proponebatur pater quidam institutis duobus filiis Philino & Licinio Frontone ,petiisse à Philino vt si vita sine liberis decederet,hereditatem, id est portionem suam hereditariam Licinio fratri restitueret,Philinus cùm nullosdum liberos tempore diuisionis haberet,ac vereretur ne fideicommissi conditio eueniret, quæ in eo erat , vt per singula momenta euenire posset, pactum cum fratre fecerat de dando ei sextante,vt incertum conditionis euentum redimeret, sibique liberam de toto portionis suæ residuo disponendi facultatem compararet.Posteà filium susceperat,Philinum etiam nomine,illóque superstite decesserat.Filius hic de pacto inter patrem & patruum inito conquerebatur , quasi sine causa pater patruo sextantem portionis suæ dedisset,cùm nihil iuris in Philini portione Licinius vnquam habuisset,aut habere potuisset,neque viuo Philino, quia tandiu deficere poterat , fideicommissum præmortuo fortassis Licinio *l.Statius Florus. 48.§.Cornelio Felici.D.de iur.fisc.*neque eo mortuo,quòd superstite filio decessisset,atque ita fideicommissi conditio defecisset, Imperatores Seuerus & Antoninus negant hunc audiendum , ratione illa quæ in principio legis ponitur, quòd conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum videatur.Volunt ergo fuisse in patris potestate, vt de bonis, quæ, si sine liberis decederet,restituere fratri iussus erat,liberis transigeret,eorúmq; patrē alienaret, tametsi posteà decesserit superstitibus, quos testator posuerat in conditione fideicommissi. Proinde dici non potest filium illum Philini in conditione positum patri suo per fideicommissum tacitum fuisse substitutum;alioqui vel ex ipsius interpretum nostrorum traditionibus cōsequens fieret non valuisse pactionem,quam in præiudicium nepotis tacitè substituti filius ad suum commodum fecisset,cùm huiusce quæstionis, *An liberi positi in conditione sint in dispositione* , totus effectus ille sit,vt si fateamur esse vocatos, non potuerit de iis pater pacisci , aut aliter disponere in præiudicium liberorum.Nec quod respectu patris , cui spes fideicommissi remissa est , iniquum pactum ex euentu videri non potest, facere deberet , vt eo minùs audiendus esset filius,volens reuocare sextantem illum alienatum à patre , si vocatum se probare posset. Non enim sunt ista contraria , Pactum non esse iniquum intuitu patris,neque tamen filio damnosum esse debere, si de bonis filij factum fuerit. Dices fortasse, In specie d. l. 1. filium in conditione positum heredem fuisse patris qui de fideicommisso pactum fecerat (quo enim alio iure, vel colore de pacti iniquitate conqueri potuisset?)proinde mirum non esse si alienationem sextātis à patre factam impugnare nequeat, licèt ex fideicommisso vocatus dici possit,quando tanquam patris heres factum ipsius præstare omnimodo

nimodo teneatur *l. cùm à matre* 14. *C. de rei vindicat. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alien. l. siue possessio* 14. *C. de rei euict. l. vindicantem* 17. *l. Seia* 73. *D. eo.* Sed respondeo, vt maximè verum illud sit, filiū, eūdémque fideicōmissarium, si patris heres sit, reuocare non posse alienationem fideicommissi quam pater fecerit (quod tamen non caret dubitatione apud nostros interpretes propter nullitatem alienationis factæ contra legis prohibitionem, & de quo alibi nobis ex proposito tractandum erit) nihilominis probari apertissimè ex d. l. 1. Philini filium in conditione positum, ex fideicommisso vocatum non fuisse, quoniam alioqui non illa tantùm ratione repellendum eum Imperatores rescripsissent, quòd patris pactum iniquum non fuisset, cùm ea ratio filio ex propria persona venienti nocere non potuisset, sed illa potissimùm quòd patri heres extitisset, sibique pacti paterni improbandi facultatem omnem præripuisset, vt in *d. l. cùm à matre*, aliisque suprà citatis. Sed & obseruandum est, illo etiam casu, quo filius, idémque patris heres factum ipsius adprobare teneatur, non eo minùs tamen posse illum suo iure, & ex persona propria controuersiam earum rerum facere quas defunctus perperam alienauerit. Sed tantum hactenus ei nocere quòd patris hereditatem agnouerit, vt vel doli exceptione repelli possit, vel iure hereditario de euictione conueniri, *d. l. vindicantem, & d. l. Seia.* Itaque vel vtrumque, vel alterutrum saltem exprimere Imperatores debuissent, si in ea fuissent opinione, vt positus Philini filius in conditione, quem videbant quasi heredem patris conqueri de pactionis iniquitate, ad fideicommissum ex propria persona deberet admitti. At contrà, non nisi de pacti æquitate tractant, vt appareat, si pactum initio inspecto adeò æquum fuit, vt ab ipso patre qui pactus est, reuocari non potuerit, nihil iuris habere filium superstitem ad illud ex propria persona reuocādum, esséque illum ipso iure sine actione, ita vt neque de doli exceptione contra ipsum opponenda tractandum sit, neque de euictione per ipsum præstanda: quomodo tractandum esset si liberi in fideicommissi conditione positi, essent in dispositione. Alius locus qui pro sententia nostra facere maximè videtur contra liberos in conditione positos, est apud Papinianum in *l. heredes mei* 57. *§. cùm ita. D. ad SC. Trebell.* de cuius interpretatione satis certè obscura, & tamen pereleganti, scripsimus copiosè lib. 14. Coniect. dicemus nunc id tantùm quod ad propositam quæstionem pertinebit. Pater ita scripserat: *Fidei filiorum meorum committo, vt si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat. Quod si vterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* In hac specie cernimus liberos positos in conditione, nec sub vna tantum, sed (quod multo potentius esse creditur) ad inducendum ex coniectura fideicommissum sub duplici: liberos, inquam, non qui sint extranei testatori, sed qui sint ex descendentibus, id est, nepotes ex filiis, de quibus multo minùs dubitant interpretes, quin vocati videri debeant, ex leuioribus quoque coniecturis. Cernimus etiam testatorem digressum fuisse ad plures gradus substitutionum, iisdem nepotibus in vtriusque substitutionis conditione positis, substitutámque vltimo loco neptē, quæ vtique aut minùs fuerat dilecta, aut non plus certè quàm nepotes in conditione positi, per quos voluit auus eam excludi: Quæ vna etiam est ex præcipuis coniecturis, quibus nostri volunt bonum iudicem moueri debere, vt liberos in conditione positos habeat pro vocatis. Et tamen Papinianus qui in eo ipso §. scribit in fideicommissis voluntatem maximè spectari oportere, quíque idem scripserat in *l. cùm proponebatur.*

64 *de legat.* 2. in causa fideicommissi vtcunque precaria voluntas quæreretur, coniecturam ab Imperatoribus admitti potuisse, tot licèt coniecturis hîc concurrentibus, non dubitat quin liberi in cor ditione positi nõ sint vocati. Supponit enim pro re certa, & de qua dubitare nemo possit suprascriptis verbis nõ nisi duas substitutiones fideicommissarias cõtineri: Vnam, quam ille expressim & disertè primã vocat in fauorẽ fratris superstit s, si priorem sine liberis decedere contingeret: Alteram, eámque secundam in Claudiæ neptis commodum, si vterque filius sine liberis moreretur. Sic enim scribit, *absurdum esse respondi, cessante prima substitutione partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit auus, si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset.* Atqui secundùm eos interpretes, qui putant liberos in conditione positos esse in dispositione, dicendum esset, propositis verbis quatuor contineri substitutiones: Vnam, & quidem primam, in fauorem nepotum ex eo filio qui prior cum liberis diem suum obijsset: secundam, in fauorem fratris superstitus si prior sine liberis decessisset: tertiam, in fauorem nepotum qui ex alio filio nouissimo decedente superessent: quartam & postremã, quæ Claudiã testatoris neptem ad nouissimi sine liberis defuncti hereditatem inuitaret. Ita nãque omnes, qui contra nos sentiũt, interpretes ratiocinãtur, Testatorẽ, qui sic loquitur, *si filius meus sine liberis decesserit, restituat hereditatem Sempronio*, duplex facere fideicõmissũ, vnũ tacitum, idque anterius pro liberis grauati, si quos ille moriẽs superstites reliquerit, alterum expressum, quo in casum contrarium nullorum superstitum liberorum Sempronius vocatur: quomodo tractat illustriss. Card. Mantica, *lib.* 11. *De coniect. vlt volunt. cap.* 2. *num.* 7. *vers. sed ad istum. in fin.* vbi scribit in hæc ipsa verba, *& maximè quia tale fideicommissum debet restitui à patre, qui primùm intelligitur grauatus restituere filys, & si sine filijs decesserit, extraneo substituto.* Et sanè siquis fateatur fideicommissum aliquod esse inducendum fauore liberorum, quos testator posuerit in conditione, siue sint illi ex descendentibus, siue non, eum fateri etiam necesse est, primum illud fideicommissum esse, non secundum, quia licèt prius sit, vt quis liberos non habeat, quàm vt habeat, tamen ex quo quis liberos habere cœpit, prius est vt mori possit cum liberis, quàm vt sine liberis: ac proinde conditio illa tacita, quam interpretes sibi fingunt, vt fideicommissum hoc tacitum comminiscantur, *si decedet cum liberis*, præcedit illam quæ in expresso fideicommisso expressa est, *si sine liberis decesserit*, cùm vtraque ad mortis tempus referatur. Vt taceam fideicommissum hoc tacitum, quod est induci ex sola conditione expressi fideicommissi, *si sine liberis decesserit*, non etiam ex subsequentibus illis verbis dispositiuis, *restituat hereditatem Sempronio*, ideóque non posse non præcedere, cùm conditio semper præcedat dispositionem, tùm etiam cùm ordine scripturæ posterior est, quia nec aliam ob causam adscribitur, quàm vt dispositionem suspendat, siue tacita conditio sit, siue expressa, *l.* 1. *vbi not. & pass. D. de condit. & demonstr.* Falsum igitur esset, quod scripsit Papin. in d. §. cùm ita primam esse substitutionem illam, quæ facta est in fauorem fratris expressim substituti, si verum esset quod nostri volunt, tot præsertim coniecturis concurrentibus, quot in Papiniani specie concurrebant, liberos præmorientis in conditione positos pro vocatis habendos esse. Quod si in ea specie non habuit illos Papinianus pro vocatis, rogo, quonam alio demum casu vocati intelligentur? Indéque nimirum est quod Imperator Zeno in *l. iubemus* 6. *C. ad SC. Trebell.* postquàm eum casum

casum tractauit, quo pater vel mater filio, seu filia filiis vel filiabus ex æquis vel inæquis partibus institutis, inuicem seu simpliciter quosdam ex his, aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit, partem suam superstiti seu superstitibus restituere; subiicit alium casum tanquam nouum & penitus diuersum, necdum tactum, quo pater vel mater filio seu filia institutis, vt in superiore, heredibus, rogauerit eos easve nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel proneptibus suis ac deinceps restituere hereditatem. Nam cùm vtroque casu idem prorsus iuris Zeno constituat, vt omnimodo ex fideicommisso detrahatur Trebellianica, nec per imputationem redituum, vt anteà, sed de rebus ipsis hereditariis, quid attinebat casum hunc subiungere, si ita ius erat vt liberi in conditione positi hoc ipso per fideicommissum substituti viderentur? An non positi erant in fideicommissi extraneo relicti conditione primo casu? Quid ergo potuit Zeno apertius scribere, vt ostenderet patrem non aliter fideicommisso erga proprios liberos obstrictum videri debere, tametsi positi sint in conditione, quàm si expressim sit rogatus? Et verò si ex eo solo quòd liberi positi sunt in conditione, censeri deberent vocati, dicendum esset statim atque rogatus heres liberos suscepisset, cogendum eum restituere propriis liberis hereditatem tanquam ex puro fideicommisso. Quid enim possis comminisci vt fideicômissum hoc tacitum facias conditionale potiùs quàm purū? Nam cùm inducatur per interpretes ex coniecturata, vt loquūtur, mente testātis, qui ponendo liberos in conditione, ostendit fuisse illos sibi prædilectos: non erit bona consecutio, si ex eo quod fideicommissum extraneo relictum fuit conditionale, velis inferre & hoc quoque conditionale esse debere. Conditio enim illa est, quæ facit vt appareat, si nostris credimus, extraneum fuisse minùs dilectum quàm liberos heredis grauati. Cur ergo à minùs dilecto ad magis dilectum argumentabimur, vt non nisi sub conditione vocatus æquè videatur qui magis dilectus fuit? Sed & diuersatis ratio manifesta est, quia fideicommissum expressum conditionem expressam habet, *si sine liberis heres decesserit*, tacitum verò illud quod ab interpretibus inducitur, nullam conditionem habet, neque expressam, cùm sit ipsum tacitum: neque tacitam, cùm tacita conditio in fideicommissis numquam inducenda sit, at ne quidem alia dilatio vlla quæ impediat ne fideicommissum statim peti possit, si non ex verbis ipsis testamenti inducatur *l. vxorem* 41. §. *vlt. de legat.* 3. vbi apertissimum & elegantissimum in hanc rem extat Scæuolæ responsum. Nam cum heredis fidei commisisset tastator, vt Seiæ vxori vniuersam hereditatem restitueret, deinde & ipsius fidei commisisset in hæc verba, *A te, Seia, peto vt quicquid ad te ex hereditate mea peruenerit, exceptis his quæ tibi suprà legaui, reliquum omne reddas, restituas Mæuiæ infanti dulcissimæ; A qua Seia satis exigi veto, cùm sciam eam potius rem aucturam, quàm detrimento futuram*; & quæreretur an statim Mæuia fideicommissum à Seia petere posset: respondit Scæuola, nihil proponi cur non posset: tametsi ex verbis illis, quibus prohibebatur exactio cautionis, posset capi coniectura non improbabilis dilati in tempus mortis fideicômissi, cùm eorum præcipuè legatorum & fideicommissorum nomine cauendum sit, quæ in diē aut sub conditione relicta sunt, *l. 1. & tot. tit. D. vt legat. nomin. caueat.* licèt de præsenti quoque fideicommisso, si non statim præstetur, cauendum sit; quoniā moras nōnullas exercitio iudicij habet, vt Paulus scribit in *l. etiā* 15. *eod.* Sed & coniecturā voluntatis non leuē illud præbebat, quòd testator ita dixerat, *cū sciā eam potius rem aucturam, quàm detrimēto futurā.* Quid enim aut commodi &

augmenti sperare, aut detrimenti timere debeas in bonis fideicommissariis ab eo qui statim fideicommissum restituere cogi possit: Sed tamen non eo minus Scæuolæ iudicium est, fideicommissum purum esse, quia iis verbis relictum erat, quibus nihil continebatur per quod videri deberet conditionale, aut in diem. Longéque diuersa species est, de qua idem Scæuola respondit in l. *epistolam* 75. §. *vlt. D. ad SC. Trebell.* vbi rogota nuru his verbis, *Rogo te vt id quod ex bonis meis ad te peruenerit, facias peruenire ad filium tuum,* placet Scæuolæ, non statim, & iam nunc debere nurum restituere fideicommissum, sed ad tempus quo nurus moreretur, fideicommissum aptádum esse. Nimirum quia verba illa *facias peruenire*, habent tractum temporis successiui, & satisfacit testatoris voluntati nurus, quæ facit vt post mortem suam ea bona peruenire ad filium suum possint, nisi quis probabilius putet ea ratione motum Scæuolam, quòd filius, cui fideicommissum præstare nurus iussa erat, in patris sui potestate adhuc constitutus proponeretur. Nam vbi purè fideicommissum datum est, si adiectum sit, *Rogo des filio tuo, faciásque vt ad eum perueniat*, rescriptum est videri in id tempus dari, quo capere possit id, quo sui iuris fiat. *l. vbi purè* 19. *in princip. eod.* Sed & cùm Titia heredis instituti liberos habentis filij fideicommisisset, vti rem suam vniuersam restitueret filiis ipsius heredis, liberisve eorum, cùm ipsi petiissent, sine vlla iuris cauillatione, idem Scæuola noster respondit his verbis, *cùm illi à te petierint*, conditionem fideicommisso adscriptam non videri, *in l. Titia* 86. *De condic. & demonstr.* licèt dubitari soleat etiam in stipulationibus an ea verba códitionem præ se ferant. *l. si decem cùm petiero* 44. *De verb. obligat.* subiectáque nepotum post filios mentio apud Scæuolam non parum suadere videretur, testatricem de eo fideicommisso vtique sensisse, quòd non statim restituendum esset. Verùm ea ratio Scæuolam perpetuò monet, quòd quoties inducitur fideicommissum, nec verba vlla proponũtur, ex quibus códitionale videri debeat, necessariò pro puro habendum est. Ita fiet vt si quod fideicommissum fauore liberorum inducatur ex illis verbis, *si sine liberis decesserit*, non possit illud non esse purum, cùm dici non possit qua conditione, aut qua die suspendatur. Nam si dicas, Imò verò ea ipsa verba ex quibus tu fideicommissum hoc tacitum inducis, esse conditionalia: Respondebo esse conditionalia, quòd ad extraneum substitutum, quem non aliter ad fideicommissum admitti testator voluit, quam si grauatus heres sine liberis moreretur: sed quod ad liberos pertinet, nullam prorsus conditionem adscriptam esse: tacitam verò subintelligi nullam posse, nisi eam quæ tacitè inest, & quæ nonnisi ridiculè exprimi potuisset, *si liberi aliqui erunt*. Quomodo enim possis heredis grauati liberos ex fideicommisso vocare, nisi si qui sint? Ergo qui ex illis verbis, *si filius meus sine liberis decesserit, volo vt restituat hereditatem meam Sempronio*, audent inducere fideicommissum pro nepotibus positis in conditione; fateri eos necesse est perinde esse ac si testator dixisset, *si filius meus liberos susceperit, volo vt iis restituat hereditatem*: quo casu nemo dubitaret, quin fideicommissum purum esset, statimque restituendum petentibus, quandocumque nepotibus, siue pater, idémque heres scriptus paternam hereditatem agnoscere nollet, eludendi fideicommissi gratia, *l. cogi.* 16. §. *si pater, & seq. D. ad SC. Trebell.* siue vltrò se immiscere vellet, cùm nouo iure quo vtimur, ex Iustiniani cõstitutionibus nihil per filium acquiratur patri extra causam peculij profectitij, nisi quod ad vsumfructũ, *l. cùm oportet* 6. *& vlt. C. de bon. quæ liber.* proindéque cesset ratio illa quæ olim fideicommissi exactionem in id tempus differebat, quo filius sui

sui iuris factus esset, vt diximus ex rescripto, de quo in *d. l. vbi purè 19. ad SC. Trebell.* Instabis fortasse; Multũ interesse, an testator ita scripserit, *si filius meus liberos susceperit, volo vt ijs restituat hereditatem*, an verò fauore liberorum positorum in conditione illa, *si sine liberis decesserit*, fideicommissum tacitum inducamus, propterea quòd prioris generis fideicommissum, vtique purum esset, vt diximus: Posterius verò non possit esse non conditionale, quando ex conditione illa inducatur, *si sine liberis decesserit*, in contrarium scilicet casum, & sub contraria conditione. *si cum liberis decesserit.* Et hoc sane est, in quo interpretes omnes meo iudicio falluntur. Nam animaduertere debuerunt id quod sub cõditione ademptum est, sub contraria conditione datum, aut ex diuerso, quod sub conditione datum est, sub contraria ademptum intelligi, *l. aliquando* 107. *De condit. & demonstr.* quod ad vnam eamdémque personam attinet. Sed cùm fit transitus à persona in personam, nulla ratio est, vt quod sub vna conditione vni datum fuit, non nisi sub altera & contraria datum alteri videatur, cui dari potuit purè. Idque tanto magis in proposito locum habere debet, quod, vt ex interpretum sententia iam diximus, fideicommissum illud tacitum, quod volunt ipsi inducendum esse fauore liberorum, quos testator in conditione posuit, natura prius & anterius est eo quod non nisi sub conditione relictum extraneo fuit. Proinde nihil causæ est cur ob expressam illius conditionem debeat suspendi, cùm quod prius est, ab eo quod posterius sit, pendere non possit. Sed & obseruandum est, in conditione illa, *si sine liberis decesserit*, conditionem non esse in verbo illo *decesserit* (esset enim ea conditio mortis omnimodo extitura, & consequenter non faceret fideicommissum conditionale, aut in diem siue certum siue incertum, quia per modum conditionis adscripta esset, non etiam per modum diei & temporis, quomodò faceret conditionem, diémque incertam si testator ita scripsisset, *cùm morietur*, vt in *l. 1. §. dies autem D. de condit. & demonstr. iunct. l. quòd si* 18. *D. de condict. indeb.*) sed in illis verbis, *si sine liberis*, quia licèt certum sit heredem aliquando moriturum, incertum tamen est, an cùm liberis, an sine liberis sit moriturus. Contraria igitur conditio non illa videri debet, quam interpretes putant, *si cum liberis decesserit*, sed illa potiùs, *si cum liberis vixerit*, quæ nihil prorsus ab hac distat, *si liberos susceperit*. Nam & verbo *decesserit* contrarium hoc est *vixerit*, tametsi poneres eo verbo *decesserit*, non tam dilatam in tempus mortis, quàm expressam conceptámque fuisse conditionem. Neque rursus quæ ratio prudentem testatorem mouit, vt conditionem illam *si sine liberis* ad tempus mortis conferret, eadem facere potest, vt contraria conditio *si cum liberis*, in idem mortis tempus collata videri debeat. Voluit enim testator, & debuit conditionem illam *si sine liberis*, ad tempus mortis heredis grauati accommodare, siue filius is esset, siue extraneus, vt heredi suo faueret. Et quidem duplici ratione, cogitans nimirum fieri posse vt heres hic liberos susciperet, quibus eam ipsam hereditatem, si vellet ex testamento aut ab intestato relinquere, prohibendus non esset, aut etiam, vt quamuis liberos superstites nullos relinqueret, extraneus tamen ille per fideicommissum substitutus præmoreretur, atque ita grauatus heres fideicommissi onere liberaretur. *l. Statius Florus* 48. *§. Cornelio Felici. D. de iur. fisc.* At susceptis semel liberis, nihil est propter quod moueri testator debeat ne purum faciat fideicommissum, si quod pro liberis facere velit: quia nunquam contra parentis votum capienda est ominosa illa interpretatio, quæ non aliam rationem habeat, quàm quòd liberi ante patrem mori possint, vt eleganter Papi-

nianus respondit in *l. cùm tale 72. in princip. & §. 1. D. de condit. & demonstr. l. Iulianus 26. in fin. D. si quis omiss. caus. test.* Præsertim cùm mortuo quoque filio ante patrem, siquidem superstitibus ex se liberis ad eos quoque eandem hereditatem peruenire posse æquum sit, & ex aui ipsius voto *l. cùm auus 102. De cōdit. & demonstr.* Sin liberis nullis relictis, redeant bona illa ad patrem, à quo per fideicommissum abscesserant, sic euenit vt nulla fiat iniuria patri, nulla voluntati testatoris, in eo, quòd tacitum huiusmodi fideicommissum pro liberis in conditione positis purum constituatur, si nulla in eo fit, quòd nullis fideicommissi verbis interuenientibus inducatur. Cúmque conditionum omnium, quę in futurum conferuntur, triplex natura sit, quarundam quæ ad id tempus quo testator adhuc viuat, aliarum quæ ad id, quo iam sit mortuus, nonnullarum etiam quę ad alterutrum pertineant; constat eas quæ sunt tertij huius generis, in quarum numero hæc vtique est, *si liberos susceperit*, quandocunque siue viuo siue mortuo testatore impleri posse, & impletas prodesse *l. conditionum. 91. eod. tit.* Quo tamen admisso, illud etiam euenire necesse erit, vt quamuis liberi illi, quibus tacitum fideicommissum relictum volunt, viuo patre decesserint, nihilomagis admittatur extraneus, qui huic ipsi heredi, si sine liberis decederet, fuerat per fideicommissum substitutus. Cùm enim non tantùm duo fideicommissa sint, sed etiam duo gradus fideicommissi, consequens est, vt nullo casu vterque admittatur, quemadmodum de duobus gradibus heredum Iulianus scribit in *l. cùm in testamento 37. de hered. instit.* Et tamen non eò minùs verum est posterioris fideicommissi conditionem existere, grauatúmque heredem qui liberos aliquando susceperit, iis tandem præmortuis sine liberis decesserit, *l. ex facto 17. § si quis autem. D. ad SC. Trebell.* Cur ergo fideicōmissum intercidet cuius conditio extiterit? An non prorsus absurdum est, vt ex fideicommisso expresso tacitum inducamus per quod destruatur expressum? An potiùs, ne id eueniat, fideicommissum aliud etiam tacitum, tertiúmque inducemus, quo rogati intelligantur liberi vt purum illud fideicommissum à patre acceptum substituto restituant in eum casum quo patri prædecedant? At quid si rursum præmortuis liberis, substitutus quoque extraneus præmoriatur? Cur dicamus rogatos intelligi liberos, vt ei fideicommissum restituant, qui possit & ipse numquam admitti? An verò probabilius arbitrabimur, vt bona quæ ex priore fideicommisso à patre grauato ad liberos in conditione positos peruenerunt, postmodum ad patrem ab intestato recurrant, vt nouo secundi fideicommissi onere in fauorem extranei substituti pater prematur? Ista verò omomnia quàm absurda sint, quis non videat? quis non fateatur? Nam si dicas huiusmodi absurdis omnibus viam præclusam iri, si fideicommissum, quod interpretes tacitè inducunt pro liberis in conditione positis, conditionale non purum esse admittamus: conditionem verò illius hanc esse, si filius, aliúsve, quisquis ille sit, heres grauatus sine liberis decesserit, vt mortis tempus proinde expectari oporteat: replicabo absurdius illud fore, si fideicommissum iam per se commentitium pro conditionali habeamus, nec tamen conditionis verba vlla proferre possimus, vt iam probauimus ex *l. vxorem 41. §. vlt. de legat. 3. l. Titia 86. de condit. & demonstr.* Itémque si conditionem fideicommissi ad mortis tempus referamus, de quo testator in hunc casum nihil dixerit. Nihil enim prohibet liberos in fideicommissi conditione positos esse, & ita tamen, vt non idcircò mortis tempus inspici oporteat, vt in specie *l. heredibus 77. D. ad SC. Trebell.* vbi cùm testator ita scripsisset, *Vósque liberi charissimi, hoc fideicommisso*

inuicem teneri volo, donec binos liberos educaueritis, id eſt, *ſi binos liberos non educaueritis:* reſpondet Scæuola, fideicommiſſi onere liberatos eſſe heredes filij qui binos liberos procreauerat, licèt ſuperſtites eos non reliquiſſet, quia nimirum conditio in qua poſiti erant liberi, ſic concepta erat, vt de mortis tempore teſtatorem cogitaſſe dici nõ poſſet. Sic & in ſpecie l. *qui filium* 74. *in princip. eod. tit.* teſtatore, qui filium & filiam habebat, ad filiam ita locuto, *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint*, licèt Imperatori placuerit, quod nulli prudentum placere potuiſſet, fideicommiſſum ex eiuſmodi verbis induci, ac ſi rogata eſſet filia, vt ſi priùs moreretur quàm liberos ſuſciperet, fratrem heredem faceret (quod ipſum ad fideicommiſſi cauſam ſufficere Senatus voluit, *d. l. ex facto. in princip. eod. l. filius familias* 114. *§. vt quis heredem. de legat.* 1.) nemo tamen hucuſque perinde dixit, filiæ liberos, quos negari non poteſt in conditione poſitos eſſe, ad fideicommiſſum aliquod tacitum inuitatos videri debere, ſiue matri ſuperuixerint, ſiue prædeceſſerint: tametſi certum ſit vtroque caſu, & ex quo nati ſunt, facere illos vt extinguatur fideicommiſſum fratri alioquin debitum à ſorore. Quidni verò ita concepto fideicommiſſo, *reſtituito hereditatem Sempronio, ſi liberos nullos ſuſceperis*, æquè dicemus relictum eſſe ſuſceptis quandocumque liberis tacitum fideicommiſſum, adeóque purum, cùm nulla mortis mentio facta ſit, atque inducimus conditionale in caſum & tempus mortis quoties ſic concepta eſt conditio, *ſi ſine liberis deceſſeris*? An non vtroque caſu liberi poſiti ſunt in conditione? An non vtroque caſu, ſi interpretibus credimus, prælati ſunt ſubſtituto, tanquam magis dilecti minùs dilecto? Nam ſi dicas, quod ſtatim occurrit, fideicommiſſi verba illa fuiſſe, *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint*, ac proinde teſtatorem hoc ipſo teſtandi facultatem permiſiſſe videri in caſum contrarium, quo liberi eſſent: quæ teſtandi facultas expreſſim data fideicommiſſi taciti coniecturam penitus excludit. In promptu reſponſio eſt, argumentum hoc à contrario ſenſu nihil aliud concludere, quàm vt in præiudicium fratris, quem alioqui ſorori ſubſtitutum pater voluerat, poſſet illa teſtari: At non in præiudicium liberorum, ſi qui eſſent tempore mortis & conditi teſtamenti: quibus ſcilicet fideicommiſſum deberetur ſtatim ex quo ſuſcepti eſſent, non expectato tempore teſtamẽti aut mortis: quemadmodum enim dubitandum non eſt, quin fideicommiſſum, quod ex eiuſmodi verbis inductum Imperator voluit, finiatur ſtatim atque filiæ nati ſunt liberi, propter verba illa quæ in eam rem ſunt aperta, *donec liberi tibi ſint*, vt & in *d. l. heredibus*, verba illa, *donec binos liberos educaueritis*, faciunt, vt educati liberi quamuis prædefuncti efficiant deficere fideicommiſſum, ita & dicendum eſt, finito eo fideicommiſſo aliud incipere, ſi quod fauore liberorum induci poſſit, cùm Paulus ſcribat, placere Imperatori vt ea ſcriptura ſic accipiatur, acſi pater filiam rogaſſet vt hereditatem ſuam reſtitueret, nimirum ſi liberos nullos ſuſciperet. Ergo ſicut in ſpecie *d. l. qui filium*, nemo hucuſque dixit liberos in conditione poſitos debere credi vocatos: Ita neque vocati videri debent in ea ſpecie, quam nos tractamus, cùm quis hereditatem reſtituere rogatus eſt ſub hac conditione, *ſi ſine liberis morietur*.

ERROR SEPTIMVS.

De hereditate delata monacho postea mortuo ante aditionem: An possit monasterium eam adire, vt etiam vulgari substituto præferatur.

TRACTATVR hæc quæstio ab vtriusque iuris interpretibus maxima, non tantùm contentione, sed etiam opinionum dissensione, vt inter ceteros attestatur Iulius Clarus in §. *Testamentum. quæst.* 30. vbi ait periculosam esse quæstionem propter tam multa & tam magna argumenta quæ in vtramque afferuntur. Canonistis defendentibus hereditatem, in qua Monachus sit institutus, ipsi monasterio rectà delatam intelligi, vt nullo facto Monachi opus sit ad eam acquirendam: quam opinionem sequitur etiam Couarruuias, ad *cap. num.* 21. *De testam.* Legistis contrà affirmantibus factum Monachi esse necessarium, nec nisi eo adeunte hereditatem, monasterio acquiri posse. Ex qua dissensione illa etiam nascitur, quòd Monacho ante aditionem decedente, aut repudiante, non dubitant Canonistæ quin hereditas nihilhominus trãsmittatur ad monasterium, in eáque monasterium substituto præferatur: indéque disputant àn monasterium, an verò solus Abbas adire possit: Legistæ verò vtroque casu excludunt monasterium, & consequenter admittunt vulgarem substitutum. Illam autem quæstionem, vtrum monasteriũ an Abbas adire possit, planè otiosam & ineptam arbitrantur. Neque verò facilè potest Clarus decernere vtra opinio prævalere debeat, sed in id tandem incidit, vt putet Canonistarum opinionem sequendam esse in foro Ecclesiastico, Legistarum verò in foro sæculari. Video tamen Bartolum distinguentem ad *l.* 1. *num.* 23. *& seq. D. de vulg. & pup.* An Monachus repudiauerit, an verò decesserit ante aditam hereditatem. Monacho ante aditam hereditatem mortuo, negat monasterium admitti, quia nec pater admitteretur ante aditionem defuncto filio familiâs extra casum, *l. si infanti* 18. *C. de iure delib.* id est, præterquam si filiusfamiliâs infans proponeretur. Monacho verò repudiante, vult admitti monasterium, quia, inquit, & pater admitteretur filio familiâs repudiante ex *l. vlt.* §. *sin autem in secunda & seq. C. de bon. quæ lib.* Concludit enim Bartolus *ad d. l.* 1. *num.* 21. Monachum, qui, quòd in monasterij iure ac potestate sit, filiofamiliâs aut seruo æquiparandus videatur, in hoc tamen magis esse similem filio quàm seruo, & Monachalem, vt inquit ipse, subiectionem magis esse filialem, quàm seruilem. Si esset comparandus seruo, repudiatio ipsius noceret monasterio, & prodesset substituto. Nam id in seruo nolente adire, & cui vulgaris substitutus datus fuit nominatim, constitutum est vt eius repudiatio faciat substituto locum in *l.* 3. *C. de hered. instit.* Nec aliud iuris in filiofamilias olim fuisse credendum est. Sed vt hodie aliud esse Bartolus crediderit, & post eum ceteri, fecit noua constitutio Iustiniani in *d. l. vlt. de bon. quæ lib.* qua inductum est contra omnem planè iuris rationem, vt filiofamilias nolente adire eam hereditatem in qua fuerat ipse institutus, liceat patri adire per se, eámque hereditatem sibi acquirere, ac si fuisset ipse ab initio institutus. Ego verò non possum satis mirari cur putent nostri tam difficilem & periculosam esse hanc quæstionem, de qua si veram Iurisprudentiam consulamus, ne minimam quidem, nisi me valdè fallo,

dubitandi

dubitandi rationem inueniemus. Esto enim quod volunt Canonistæ, Monachum neque habere velle, neque nolle, sed ex imperio sui superioris ac prælati pendere: *Can. nolo: & can. non dicatis.* 12. *q.* 1. *si religiosus. De elect. in* 6. nullum rerum dominium esse penes Monachum, nullamque administrationem. §. *illud. Nou. de Monachis.* non sibi etiam, sed monasterio acquirere. *c. statutum.* 18. *q.* 1. Denique solius monasterij contemplatione in dubio relictum præsumi, quidquid Monacho relinquitur: *cap. requisiuisti. De testam.* (nam nec dubitari potest quin hæc omnia vera sint) quænam tamen causa est, cur ex eo Canonistæ inferant monasterio hereditatem acquiri posse nullo facto Monachi intercedente? Aut cur non liceat nobis de seruo dicere, non esse aditionem ipsius necessariam, vt hereditas, quæ ipsi instituto delata fuit, domino acquiratur, contrà quàm scriptum sit in *d. l.* 3. *C. de hered. instit.*? Nam & similiter verum est nihil posse seruum sibi acquirere aut proprium habere, sed acquirere omnia domino, etiam inuito, *l. etiam.* 32. *D. de acq. rer. dom. l. seruus vetante* 62. D. *de verb. oblig.* neque voluntatem vllam habere intelligi, nisi quæ sit meri facti, cùm non minus necesse habeat parere domino, quàm Monachus Prælato, imò multo magis, quia etiamsi quid improbum per se ac malum ei imperetur, parére tamen cogitur: ideóque à pœna excusatur, præterquam si tale factum sit quod in se habeat atrocitatem facinoris, *l. is qui puteum.* 11. §. *an ignoscitur.* D. *quod vi aut clam. l. seruus.* 20. D. *de oblig. & act.* cùm tamen Prælato mala & improba iubente non cogatur Monachus obedire. Sed & in iis quæ iusta sunt & bene imperata, non potest negari quin etiam Monachus hanc volũtatem retineat quæ est facti, & qualem seruus quoque habet: (alioqui neque obedientiæ votum violare, neque damnationem æternam demereri Monachus vnquam posset, si voluntatem nullam haberet. Cur enim damnatur quisquis vnquam ex Monachis nisi quia vult peccare, cùm non vult obedire? Habet igitur Monachus & voluntatem, & noluntatem illam quæ est meri facti; & quæ tamen vsque adeò requiritur in aditione, tùm etiam cùm filius, aut seruus patri aut domino acquirit hereditatem, vt si filius, aut seruus iussu patris aut domini adeat quidem hereditatem, sed fallens, id est, non habens illam adeundi voluntatem, quam fingit se habere, nihil agat. l. *qui in aliena.* 6. §. *vlt. al. l. eum qui metu verborum.* D. *de acq. hered.* Illud vtique non nego Monachum heredem institutum non posse adire hereditatem, nisi cum autoritate & consensu superioris, in quo omnes consentiunt. Sed nego id fieri eo quòd nullam habeat voluntatem, vt malè nonnulli putant: at ex eo potiùs, quòd cùm Monachus acquirat omnia monasterio, si posset adire sine autoritate superioris, monasterium heredem faceret, atque ita ipsum oneribus hereditariis inuitum & ignorans obligaret: quod esset iniquum, vt de omnibus qui in aliena potestate sunt, scriptum est in *d. l. qui in aliena. in prin.* Nec rursus ad rem facit, quòd quoties Monachus instituitur, non nisi monasterij contemplatione in dubio institutus intelligitur. Nam & idem in seruo dici potest, qui neque vllam testamenti factionem ex persona propria habere potest, sed tantùm ex persona illius, cuius contemplatione ipse heres instituitur, siue dominus ille sit & proprietarius, siue vsufructarius, *l. non minus.* 31. D. *de hered. instit. iuncta l. si serui.* 21. *& seq. vide vsuf.* & tamen non eo minùs factum serui in adeundo necessarium est, vt per eum acquiratur hereditas ei, cuius contemplatione institutus fuit. Idem igitur in Monacho dicendum est, vt sine aditione non possit

monasterio acquirere hereditatem. Et sanè quid absurdius est, quàm vt qui in aliena est potestate, aut faciliore, aut alio modo heredem alium faciat, quàm quo posset ipse fieri heres, si esset sui iuris? Atqui si esset sui iuris non fieret heres nisi adeundo, præterquàm si suus & necessarius heres proponeretur. Ergo si vel filiusfamilias, vel seruus, vel monachus sit, heredem alium facere non poterit nisi adeundo præterquàm si agas de hereditate, quæ ipsi tanquam suo & necessario heredi deferatur. Hanc enim certum est ipso iure acquiri, & citra vllam aditionem, vt per filium possit interdum fieri heres pater, & quidem necessarius qui fuerat exheredatus, vt in *dicta l. qui in aliena. 6. §. interdũ. D. de acquir. hered* idque sicut in seruo expeditum est, & sine dubitatione, ita & in monacho ab omnibus admitteretur, nisi illi qui pro monasterio respõdent, persuasum sibi haberent monachum filiofamiliâs potiùs, quàm seruo æquiparandum esse.

Nam in filiofamiliâs diuersum ius esse putant, vt non solùm adeundo, sed etiam repudiando possit heredem facere patrem: imò nonnisi repudiando; cùm si adeat, licèt consentiente, adeóque iubente patre, fiat heres ipse, nec faciat patrem heredem: non quidem si veram iuris rationem inspicias, sed si ius nouum intuearis, quod induxit Iustinianus in l. vltima, & in l. *cùm oportet 6. C. de bonis quæ liberis*; vbi fecit non solùm vt filiusfamiliâs ab extraneo heres institutus, dummodò non contemplatione patris possit adeundo sibi hereditatem acquirere, quantum ad proprietatem, saluo patri solo vsufructu: sed etiam vt filiofamiliâs nolente adire iussu patris, liceat ipsi patri perinde adire suo nomine & commodo, nec tantùm vsumfructum, verùm etiam proprietatem sibi acquirere ac si solus ipse ab initio fuisset institutus. Videamus tamen ne hæc ratiocinatio duplici errore labefactetur. Vnus ille est, quòd isti Bartolum secuti, putant vsque adeo producendam & extendendam esse Iustiniani constitutionem, vt pater præferri debeat vulgari substituto, cùm hoc solo colore aut exemplo moueantur, vt pro monasterio itidem contra substitutum respondeant: quod ipsum tamen quàm falsum sit, docebimus in errorem septimum Decadis trigesimæ tertiæ. Alter in eo est, quòd volunt Monachum filiofamiliâs comparandum esse potiùs, quàm seruo, quod æquè falsum est.

Etsi enim fateor non illibenter, quod vult Bartolus, subiectionem Monachalem esse filialem potiùs quàm seruilem, cùm sit subiectio in Domino, qui pro diuina sua bonitate nos omnes pro filiis habet, non pro seruis: quantum tamen ad causam acquirendi pertinet, non potest dubitari quin Monachus seruo rectiùs quàm filiofamiliâs comparetur, cùm sit ille omnino incapax acquisitionis, quomodo & seruus, adeo vt nec monasterio, vel Abbate consentiente possit proprium quidquam habere, non magis quàm seruus, nisi eo prorsus modo, quo etiam seruus dicitur impropriè habere, nimirum conniuentibus domini oculis conniuentis, quod nec facere, nec permittere potest.

At filiusfamiliâs semper fuit capax acquisitionis, inspecto etiam iure vetere, eo scilicet demum casu, quo pater sibi per filium acquiri nollet. Hodie verò hoc ampliùs capax est acquirendi sibi, etiam inuito patre, nisi cùm heres institutus fuit, aut aliquid ei relictum ipsius patris contemplatione. Hæc enim distinctio non minùs hodie necessaria est, quàm olim fuit in iis omnibus quæ filio-

liofamiliâs relinquuntur, An patris, an filij contemplatione relicta sint, *l. filiusfamilias 42. D. de cond. & demonstr.* quæ distinctio in seruum ideò cadere non potest, quia est omnino incapax acquisitionis. An verò in Monachum cadere magis poterit, quàm in seruum? Nullomodo; quia etsi vellet quis monachum instituere, ipsius, nõ monasterij contemplatione, nihil tamen ageret, quia id nihilomagis Monachum acquisitionis capacem facere posset, nec si monasterium, vt dixi, consentiret. Cui consequens est, vt quemadmodum instituto seruo, indistinctè verum est fuisse illum institutum contemplatione domini, nec tantùm in dubio, sed etiam præcisè & absolutè, nisi cum vel plures sint domini, vel vnus proprietarius, & alter fructuarius: vt in *dict. l. si serui.* ita & instituto Monacho, qui nec plurium monasteriorum Monachus, nec in vnusquam vsufructu esse potest, absolutè & necessariò dicendum sit, fuisse Monachum monasterij contemplatione institutum, cùm prorsus necesse sit vel monasterio acquiri quod Monacho relictum est, vel nulli. Ex quo illud etiam sequitur, vt etiamsi quis admitteret, quod nunquam admittam, filiofamiliâs magis, quàm seruo æquiparari Monachum debere, non alij tamen filiofamiliâs esset comparandus, quàm ei qui patris contemplatione fuisset institutus. Atqui fatentur omnes interpretes, & verè, in eo filiofamiliâs qui patris sui contemplatione sit institutus, nihil à Iustiniano innouatum esse, vt nec in ceteris quæ ad profectitij peculij casum pertinent: (quippe quæ non minùs hodie patri per filium pleno iure acquirantur, atque olim acquirebantur.) Habent enim pro peculio profectitio non tantùm id omne quod profectum est à patre in filium, sed etiam si quid ab extraneo relictum sit filio contemplatione aut occasione patris, ex *l. sed si plures 10. §. in adrogato, D. de vulgari & pupillari substitutione.* Ergo etiam retenta mala illa comparatione & Monachi & filij familiâs, qua sola Bartolus mouetur, adhuc verum est hereditatem Monacho delatam non posse acquiri monasterio, nisi facto & aditione Monachi intercedente. Neque verò habent quod ad hoc respondeant qui hodie Bartolum sequuntur, nisi quòd coguntur absurdius dicere Monachum non rectè filiofamiliâs aut seruo comparari, quia neque libertatem amittat, neque patrem reuereatur, sed prælatum & superiorem. Quæ tamen ratio nihil aliud concludit, quàm quod admittam libentissimè, Monachum reuera neque filiumfamiliâs esse, neque seruum, sed non facit ea res quominus benè comparetur seruo quantum ad causam acquisitionis, cùm cetera omnia inter eos sint similia, nisi quòd neque seruus Monachus est, neque Monachus seruus. Sunt autem isti meherculè suaues, cùm interrogati, qua ergo ratione velint monasterio acquiri hereditatem Monacho delatam sine vlla aditione, si filijfamiliâs & Monachi comparationem reiciant. Respondent, non ea se niti comparatione, neque rursum Iustiniani constitutione in *l. vltima. C. de bonis quæ liberis*, quæ non de Monacho, sed de filiofamiliâs loquitur, verùm ea iuris ratione, qua nititur constitutio de filiofamiliâs hereditatem adire recusante, nimirum quòd factum filij, qui patri subiectus est, non debeat iuribus patris præiudicare, nec emolumenti acquisitionem ei impedire, cùm tamen ea ratio niti possit, vt patre adeunte, nullum ipse filius præiudicium aut damnum sentiat. Quasi verò quod à Iustiniano constitutum est in *d. l. vlt.* sit ex aliqua iuris ratione, ac non potius ab omni ea iurisprudentia

quæ prudentum veterum fuit, omninò alienum. Cùm ergo neque iuris ratio vlla faciat pro Monasterio, præsertim contra vulgarem substitutum, neque vlla lex aut constitutio siue Iustiniani, siue alterius Imperatoris qui autoritatem habuerit noui iuris constituendi, quid aliud superest quod dicant isti qui pro monasterio contra substitutum respondent, nisi quod agunt Imperatorem, imò plus quàm Imperatorem, qui sine ratione, sine lege & sine exemplo id noui iuris inducunt in Monacho & monasterio, cui iuri simile nihil vspiam inueniatur? Nam nec æquitas illa quam isti pro iuris ratione adferunt, facere posset vt hereditatem filiofamilias patris contemplatione delatam posset pater sibi acquirere, filio ipso recusante adire, qua, vt dictum est, ea hereditas filio relicta contemplatione patris esset peculij profectitij, in quo nihil innouatum voluit Iustinianus, & in quo ius vetus tale fuisse constat, vt non magis pater sine filio acquirere sibi posset hereditatem filio delatam, quàm dominus sine seruo delatam seruo. *l. 15. qui heres. 13. §. vltimo. l. si quis mihi bona 25. §. iussum. l. placet. 79. D. de acquirenda hereditate.* Tametsi nemo dixerit minorem esse æquitatem succurrendi patri, cuius filius contemplatione patris institutus est, quàm si non contemplatione patris institutus esset. Minùs namque iniuriosum patri foret, quòd ei noceret repudiatio filij qui propter seipsum fuisset institutus, quàm illius qui propter patrem. Cur ergo non permittimus patri, vt filio recusante adeat hereditatem quę ipsi filio fuerat delata patris contemplatione? Nimirum quia nulla de eo lex lata est quæ iuris rationem abroget, iuris autem ratio repugnat. Nec sufficit vt nescio quis commentitius color æquitatis faciat pro patre ad inducenda ea per quæ iurisprudentia tota peruertatur, nedum violetur, aut vt cuilibet liceat in quacunque quæstione abuti ea sententia qua vsus est commodatissimè Iureconsultus, *in l. secunda. item Varus. D. de aqua pluuia arcenda. Hæc æquitas suggerit, tametsi iure deficiamur.* Alioquin obsecro, quid erit certi & explorati in toto iure nostro, aut quod ab istiusmodi ęquitatis cerebrinæ audacia possit vel Papinianus ipse rediuiuus vindicare? Nihil prorsus. Non igitur audiendi sunt isti qui contra iuris rationem manifestam, & sine autoritate vlla, siue Pontificiæ, siue ciuilis constitutionis pro monasterio, respondent, vt hereditatem, in qua non monasterium, sed Monachus scriptus fuit, possit monasterium per se, & sine Monacho adire, adeò vt vulgari substituto sit præferendum, siue Monachus viuat, necdum repudiauerit, siue iam repudiauerit, siue denique defunctus sit. Qui tres tantùm casus sunt in quibus potest esse locus quæstioni: Illa verò ratio in qua sibi placent, nonnulli post Ripam ad *legem primam, numero. 150. & sequentibus, de vulgari & pupillari substituto*, quòd Monachus sit pars monasterij, suamque voluntatem in monasterium transtulerit, vt proinde tum quoque, cùm recusante Monacho monasterium adit, videatur nihilominus ipse Monachus adire ratione maioris partis habita, & communis consilij ac voluntatis Monachorum: Nescio an eam nimis subtilem, an nimis ineptam debeam dicere. Quid enim stultius quàm fictioni tribuere, vt pro adeunte habeatur ille quem ponimus expressim repudiare? Quid hoc aliud est, quàm facere vt imagine veritas ipsa rei & natura adumbretur? Quod tamen fieri debere negat Papinianus in *l. filio. 23. D. de lib. & posth.* At neque verum est Monachum transferre in monasteriũ suã illam voluntatẽ, quam

uam nos supra diximus esse facti, & necessariò requiri ad adeundum. Quanuam nec hoc sufficeret nisi probaretur etiam transtulisse propriam institutionem. Eius enim est adire testamentariam hereditatem cui ex testamento elata fuit hereditas per legem, *l. delata* 151. *De verbor. signif.* Non alij autem lege defertur ex testamento quàm ei qui fuit institutus, cùm facto testamento existimet ad suum officium pertinere vt testatoris voluntatem subsequatur. Porrò verum est in ea specie quam tractamus non monasterium, sed Monachum institutum fuisse, nec fieri vllo modo potest vt hoc ipso monasterium stitutum videatur, quoniam, esse quidem heredē, iuris est: ideóque facere poest ius vt per alium quis heres fiat, quemadmodum euenit in filio familiàs & seruo: At esse institutum facti, est non iuris. Quæ autem sunt facti, nec sont, nec possunt in alium transire, siue dominus ille sit, siue pater *l. Maeuius.* 4. *De cond. & demonstr.* Neque igitur in monasterium transire potest: & ob nimirum dicitur hereditas deferri Monacho, non monasterio, in *l. Deo nois.* §. 1. *C. de episc. & cleric.* Indéque etiam illud est quod scribit Iureconsultus *l. pretia rerum.* 63. *D. ad leg falcid.* eum qui heres institutus est, non idcirco ctum esse locupletiorem priusquam hereditatem adierit. Non enim rationem illam hoc habet, quòd ius adeundi non sit in bonis instituti, vt vulgò creitur (quomodo enim posset adeundo sibi hereditatem acquirere is qui ius ipm adeundi in bonis nunquam habuisset, aut quomodo fieri potest vt quis abeat ius adeundi, nec habeat in bonis suis?) sed quia ius adeundi nullius vtiitatis est, nisi secuta demum aditione per eum ipsum qui ius habet adeundi, ùm in alium transferri nullo casu nullóque modo possit. Secuta verò aditione, on iam de iure adeundi tractandum est, sed de hereditate ipsa adita, cuius ditio semper acquisitio est. Non igitur locupletior factus videri potest is qui deundi ius habet, sed is demum qui adiit. Quod cùm ita sit, multo absurdius st dicere locupletius factum esse monasterium, ob id solum quod Monachus ierit institutus, quamdiu aditio non est subsecuta, vt ratiocinatur Paulus irca personas serui heredis instituti, dominique ipsius in *d. l. pretia.* Ex eóque um i etiam potest responsio ad æquitatem illam commentitiam, qua diximus noueri hodie illos qui ex recentioribus Bartoli sententiam defendunt. Esset nim iniquum lædi ius patris per filium, ius domini per seruum, ius monaterii per Monachum heredem institutum, & recusantem adire, si ex eo iure deundi, quod habet filius, vel seruus, vel Monachus, pater ipse, aut dominus, ut monasterium iam aliquid acquisitum habere intelligeretur. Sed cùm non olùm pater ipse non intelligatur factus locupletior antequam filius adierit, nec dominus antequam seruus, nec similiter monasterium antequam Monachus: at neque filius ipse, vel seruus, vel Monachus heres institutus, & cui lex tribuit ius adeundi, nihil certè caussæ est cur conqueratur pater sibi aliquam iniuriam fieri per filium, aut dominus per seruum, aut monasterium per Monachum adire recusantem, quia non lædit alium is qui acquirendi occasionem amittit, nisi per consequentias quæ hac in re attendi non debent: Ita vt nec creditores ipsi, qui fauorabiliores esse solent, propterea quòd certant de damno vitando, vllam tamen iustam causam conquerendi habeant aduersus debitorem qui delatam sibi hereditatem adire noluit, licèt eo animo vt creditores suos damno adficeret, qui alioqui ex eiusmodi hereditatis aditione suum cōsequi potuissent *l. quod autem.* d. §. 1. *D. qua in fraud. cred.* & tamen nemo nescit edictum illud prætoris, *De reuocandis ijs quæ in fraudem creditorum gesta sunt,*

niti potissimùm æquitate, vt & cęteras omnes edicti partes. Frustrà igitur faciunt, qui nugatoriam istam æquitatem implorant contra rationem iuris, vt faueant monasterio aduersus substitutum. Nam quemadmodum heredis institutio est facti, vt diximus: ita facto opus necessariò est ad acquirendam hereditatem. Et, vt ait Iulianus in *l. ei qui 43. D. de condic. instit.* non potest acquiri hereditas, nisi id egerit scriptus heres, per quod acquiri hereditas solet, id est, nisi hereditatem adierit, vel se gesserit pro herede, quibus duobus modis declaratur animus acquirendæ hereditatis. At, inquiunt, ea potius sequenda sententia est, quæ religioni fauet, cùm ipsi quoque Ethnici scripserint summam esse rationem quæ religioni fauet. *l. sunt personæ 43. D. de relig. & sumpt. fun.* Ego verò, si dubia res esset, aut si religionis fauor aliquis, aut periculum in eo versaretur, libentissimè, vt deceret, pro religione responderem. Sed non video, quis in eo sit fauor religionis, vt hereditas monacho delata acquiratur monasterio citra monachi aditionem, an verò facto aliquo monachi opus sit & aditione. Videtur autem mihi, semperque visa est religiosa res, iurisprudentia, quam ideo a nullis qui religioni, vt par est, fauent, non tam irreligiosè tractari conuenit, vt imperito cuique liberum sit eam violare. Sum ego certè religiosior, quàm vt id facilè ferre possim, si modò is essem, cui liceret Iurisprudentiæ dignitatem aut illæsam tueri, aut læsam vindicare. Iuris porrò rationem in proposita specie facere, vt substitutus vulgaris monasterio præferendus sit omni casu, quo monachus heres institutus desierit velle, aut posse adire, puto ex iis satis constare quæ hoc capite scripsimus, si ea præsertim iungas quæ pro substituto vulgari, non minùs contra Bartolum, quàm contra patrem disputabimus in Errorem septimum Decadis 32. Quorum omnium summa illa est, quòd conditio illa vulgaris substitutionis, *si institutus heres non erit*, proculdubio existit monacho repudiante, aut ante aditam hereditatem decedente, quia semper verum est, extraneũ institutum (de hoc enim agimus, qui non adierit, nec adire ampliùs possit) neque heredem esse, neque adire ampliùs posse. Adiicio, *nec adire amplius potest*, quia quandiu in eo est institutus, vt adire possit, non fit locus substituto. Potest autem adire monachus, nón solùm quandiu non repudiauit, sed etiam post repudiationem, si contra vel citra monasterij, hoc est, superioris sui voluntatem repudiauerit, quia repudiationem illam monasterio nocere æquum non esset, quomodo nec filiifamiliàs, nec serui repudiatio nocet patri, aut domino, quominus possit filius aut seruus, qui solus repudiauit, adhuc adire, iubente quandocunque patre vel domino, si modò velit adire. Si enim perseueret nolle, interim excludetur pater, excludetur dominus, excludetur monasterium, neque tamen substitutus admittetur, quandiu poterit ad me adiri hereditas ex institutione. Hæc quanquam sufficere poterant, vt tota hæc quæstio satis diligenter tractata videretur, cogor tamen addere mirum videri mihi, parùmque probabilem illorum opinionem, qui in hac ipsa quæstione de monacho ante aditam hereditatem defuncto, distinguunt, An monachus ignorauerit delatam sibi fuisse hereditatem, an verò scierit: vt, si ignorauit nihil monasterio noceat, quòd viuente monacho adita non fuerit, sed ad monasterium pertineat, non tanquam transmissa, verùm tanquam ei acquisita ipso monacho adhuc viuente. Si verò sciuit, & ante aditionem intra annum decesserit, monasterio annale tempus concedatur: post annum verò, illo defuncto, monasterium excludatur; *ex l. cum antiquioribus. 19. C. de iure delib.* saluo ipsi auxilio in integrum restitutionis intra quadriennium, *ex cap. 1.*

e restit. in integ. sunct. cap. 1. eod tit. in 6. Quęro enim, cùm Monachus ignorauit elatam sibi fuisse hereditatem, cur eo magis videri debeat hereditas monasterio acquisitá, quàm si Monachus sciuisset? An fortè facilius est in extraneo herede, vt ignorans fiat heres, aliúmve faciat heredem quàm sciens? At si è contrario Monachi necessaria est aditio, vt probauimus, quanto magis necessaria erit ipsius sciẽtia, sine quo nec aditio vlla esse potest? Rursus, cùm iidem aiunt, Omnia iura Monachi acquiri monasterio, & consequenter etiam hereditatem Monacho delatam; quęro ab iis, quęnam ista consecutio sit? An fortè hereditas quę Monacho delata solùm, necdum acquisita fuit, potest computari in numero siue bonorũ, siue iurium quę Monachus in monasteriũ transtulerit, religionem profitendo? Aut quæ nam ratio est, vt hereditas monacho delata, prius ut facilius acquiratur monasterio per monachum, quàm ipsi monacho acquiri potuisset si sui iuris fuisset? Atqui nõ ob id solùm, quòd Monacho delata fuisset, eam sibi Monachus acquisiuisset, nisi secuta demum aditione. Ergo neque monasterio per monachum acquisita dici potest ob id tantùm quòd fuerit delata. Præterea quod addunt de iure deliberandi ex *d. l. cum antiquioribus*, quid obsecro commune habet cum verbis aut sensu illius constitutionis? quidem id agit constitutiõ, vt ius deliberandi quod defuncto competiit, transmittatur intra annum ad eos duntaxat qui sint heredes transmittentis. In quo genere monasterium esse, nec quisquam adhuc dixit, nec isti ipsi audent affirmare. Postremò quod addunt etiam post annum defuncto monacho saluum esse monasterio intra quadriennium restitutionis auxilium: planè non video qua ratione verum esse possit. Nam etiamsi monasterium heredis iure cẽseri posset: non alia tamen restitutio ei competeret, quàm quæ defuncto cõpetisset. Ne plus iuris tribuamus heredi, quàm defuncto. *l. Pannonius. 86. D. de acq. hered. l. 1. C. de restit. milit.* Atqui nulla restitutio potuit competere monacho quamdiu vixit, quia liberum habuit adire quandocunque, monasterij prælato iubente: ergo nec post ipsius mortem restitutio vlla monasterio competere poterit. Neque verò ad hunc casum potest vllo modo accommodari quod scriptum est in *d. l. Pannonius. & in l. cum quidam. 30. in pr. eod. tit. D. de acq. hered.* vt constabit ex iis, si legentur, quæ scripsimus 14. coniect. cap. 1.

ERROR VIII.

De impensis in alienam rem factis, siue à bona fidei possessore, siue à pradone.

TRACTATA iam fuit à nobis hæc quæstio in Coniecturis, sed non piget hîc retractare, quia tanto dignior est quæ in Chiliadem hanc referatur, quanto periculosiores sunt errores, qui in foro, quàm qui in scholis inualescunt, præsertim quum interpretum authoritate adiuuantur. Ait Caius in l. *adeò 7. §. ex diuerso. D. de acq. rer. dom.* & post eum Iustinianus *in §. ex diuerso. Instit. de rer. diuis.* Si in tuo solo ex mea materia ædificauerim, non tantùm esse te dominum ædificij totius, sed etiam dominum materię meæ, quippe quam vltrò videor alienasse hoc ipso, quòd sciens ædificaui in tuo solo, & consequenter, non modò quandiu ædificium constat, vindicatio materię mihi non competit, sed nec si ædificium diruatur: quoniam materia quæ semel mea voluntate desiit esse mea, nunquam potest in dominium meum reuerti, nisi aliquo ex his modis, quibus dominia iure gentium, aut ciuili acquiruntur: ita igitur fiet, vt diruto ædificio, quod ego ex mea materia in tuo solo ædificaueram, materiæ vindicatio, quę mihi competere non potest, tibi competere debeat, tanquam domino. Quòd si ædificium constet, multò minor dubitatio est, quin tibi competat vindicatio ædificij, cùm sis dominus soli: sed tamen placet dandam mihi exceptionem doli, si sic vindices, vt neque offeras pretium materiæ, neque mercedes fabrorum, & cætera impendia quę in ædificium feci. Sed hoc ita, si fuerim bonæ fidei possessor: id est, si non tantùm emerim bona fide aream tuam, aut aliter eam acquisiuerim, cùm putarem eam esse venditoris mei, aut donatoris: sed etiam si eadem bona fide durante ædificauerim. Nihil enim refert an sciuerim alienam tempore acquisitionis aut tempore ædificationis. Nam si alterutro tempore sciuerim alienam, non possum obiicere exceptionem doli, cùm sim ego ipse in dolo, nedum in culpa, qui temerè ædificauerim in eo solo quod sciebam alienum esse, d. *§. ex diuerso. & l. Iulianus. 37. D. de rei vind.* vbi Vlpianus ex Iuliano scribit, si in aliena area ædificauerim, cuius quidem bonæ fidei emptor fui; verùm eo tempore ædificaui, quo iam sciebam alienam, nihil mihi debere prodesse exceptionem, scilicet doli mali, quamuis sim sollicitus de damno vitando, & id semper agat legislator quantum potest, ne quis in damno moretur. Ratio est, quoniam nō debui; inquit, iam certus alienam esse aream in ea ædificium ponere. Sed hoc mihi concedendum est, vt sine dispendio tuo tollam ædificium quod posui, id est, vt non fiat deterior conditiò areæ, quàm esset, si non ædificatum fuisset. In quo non habet difficultatem, quod dicimus dandam bonæ fidei possessori exceptionem doli mali contra dominum vindicantem ædificium, non oblatis sumptibus, si habeat ille vnde sumptus reddere possit. Inducta est enim exceptio doli ad hoc ne cui dolus suus per occasionem iuris ciuilis prosit contra naturalem æquitatem *l. 1. §. 1. de dol. mal. & met. except.* In proposito autem id euidenter contingeret, si domino rem suam vindicare nullis oblatis sumptibus permitteretur. Captaret enim dolo malo occasionem iuris ciuilis, allegans superficiem cedere solo, & vindicationem superficiei ei competere, cui competit vindicatio soli, vt consequeretur lucrum ex damno possessoris, quod vtiq;

abhor-

abhorret naturali æquitate. *l.nā hoc natura.14. De cond.indeb.l.iure naturæ reb. D.de reg.iur.* Sed tamen recipit hæc etiam æquitas suas distinctiones, præcipuè verò duas: quarum prior est illa, quòd si qui fructus percepti sunt à bonæ fidei possessore, etiam ante litem contestatam, compensandi sunt cum sumptibus, nec retentio competit ædificij, nisi eorum sumptuum nomine qui excedunt fructuum perceptorum quantitatem, vt Papin. scribit *in l.sumptus 48. D. de rei vindicat.* quamuis fructus percepti à bonæ fidei possessore ante litem contestatam non veniant in vindicationem, sed illi tantùm qui post litem côtestatam percepti sunt tanquam à malæ fidei possessore percepti; nisi qui ante litem contestatam percepti sunt, sint extantes, vt alio loco dicemus, *ex l.certum 22. D.de rei vindic.* Aliud enim est restitui fructus, aliud compensari, nec nouum est compensari multa quæ peti non possunt, vt puta, si quid naturaliter debeatur, *l.etiam 6. de compensat.* Omnis enim actio exigit rationem iuris, aut saltem æquitatis ciuilis, vel prætoriæ, compensatio sola naturali æquitate contenta est. Quæ porrò in proposita specie non deest ad minuendam sumptuum, quos bonæ fidei possessor repetere vult, quantitatem: cùm non alia ratio sit (propter quam permittendum ei sit repetere sumptus, retinendo rem) quàm ne alioqui moretur in damno, eique bona fides sua noceat, quod accidere non potest, cùm ex fructibus ab eo perceptis consulitur ipsius indemnitati. Altera distinctio est, an dominus habeat vnde possit sumptus restituere bonæ fidei possessori, an non. Si habeat, tunc demum obtinet quod huc vsque diximus, repellendum eum exceptione doli mali si vindicet ædificium non refusis sumptibus. Sed si non habeat, iniquum est cogi eum ob id carere re sua, aut vt eam consequatur, carere laribus & sepulcris auitis, vt loquitur Celsus in l. *fundo 38. D. de rei vind.* id est, vniuersitatem ceterorum suorum bonorum. Nam sepulcra cùm sint religiosa, vendi nô possunt sine vniuersitate bonorum, *l.quædam 26. de acq. rer. dom.* Ergo hoc casu hactenus dumtaxat indulgebimus possessori quantumuis bonæ fidei, vt ei permittatur tollere ea tantùm quæ possunt tolli, dummodò tollendo non faciat deteriorem fundum quàm si in eo non fuisset ædificatum, *d.l.in fundo.* Sed neque hoc ipsum ei permittendum est, si paratus sit dominus tantum ei dare quantum habiturus ille est his rebus ablatis, vt puta, si eas vendendo, vel iis vtendo aliqua ratione nôn possit consequi emolumentum nisi ad centum vsque, quamuis impenderit quingenta, poterit tamen dominus oblatis centum impedire ne tollantur, & consequenter, si sublatæ res illæ nullius omnino vsus futuræ sunt possessori, puta, si tectoriû induxerit, & picturas corradere velit, non erit ei permittendû, quia nihil inde laturus aliud esset quàm quod domino noceret. Sed & aliquando euenire potest vt possessor quâtumuis bonæ fidei non possit deducere impensas à se in alienam rem factas, si fortè tales sint quæ non possint tolli, nec habeat dominus vnde eas restituat, vt accipiendum puto quod scriptum est in l. *sin autem 27. in fin. D. de rei vind.* vbi ait Paulus, si puerum meum cùm possideres, erudieris, non idem esse obseruandum, quod obseruatur si insulam ædificasses in area mea. Nam quod ædificasses, pati possem vt tolleres: at fieri nequit vt à puero meo quem erudieris, tollas eruditionem, fortè si pictorem eum, aut librarium feceris. Neque tamé debeo cogi carere seruo meo, nisi fortassis eum venalem habeam, & plus consecuturus sim propter eius artificium *l. fortè 28. cum l.seq. D. de rei vind. iuncta l.si seruos 25.* vbi est textus elegâs *D.de pignerat.act.l. veluti 6. D. de impens.in res dot.fact.* Neque enim vlla mihi fit iniuria, cùm res mea, quam ve-

nalem habeo, remanere iubetur penes possessorem, vt indemnitati ipsius consulatur, dummodò consulatur etiam meæ: quod ita demum fit, si deducto eo quo pretiosior res facta, tu mihi ad reliquam æstimationem condemneris, vt scriptum est in *d.l. in fundo. 38. D. de rei vind.* à quo nec alienum est quod in l. seq. Vlpianus ait redemptores qui suis cæmentis ædificant, statim cæmenta facere eorum in quorum solo ædificant, statim, inquam, id est sine vlla alia declaratione voluntatis, quia hoc ipso quod ex sua materia in alieno solo ædificant, dominium materiæ quod habent vltrò alienant. Sed illud multo difficilius est, quod dicitur malæ fidei possessorem non esse iuuandum exceptione doli mali ad retinendas impensas quas in rem alienam fecit, quasi possit ei culpa obijci cur sciens in alieno solo ædificauerit. Etsi enim ex mera iuris ratione id verum est, & scriptum quàmplurimis locis, vt in *d.l. Iulianus. 37. D. de rei vind. l. domum. 5. C. eod.* adeò vt qui sciens in alienam rem impendit, donare dicatur, *l. seruus. 27. § si oliuam. D. ad l. Aquil.* dubitatio tamen ex eo nascitur quod scriptū est in *l. planè. 28. D. de pet. hered.* vbi post expressam rationem illam iuris, quòd prædo de se queri debeat, qui sciens in alienam rem impendit, subiicitur statim: *Sed benignius tamen est in huius quoque* scilicet prædonis *persona haberi rationem impensarum. Non enim debet*, inquit Paulus, *petitor ex aliena iactura lucrum facere: & id ipsum officio iudicis continebitur, nec doli mali exceptio desideratur.* Qui locus, mirum est quantas interpretibus nostris etiam recentioribus tenebras offuderit. Accursius, quem veteres sequuntur, putauit distinguendam petitionem hereditatis à vindicatione: itemque bonæ fidei possessorem à prædone: Non quidem in necessariis & vtilibus impensis (vtrasque enim in vtraque actione vult deduci posse per exceptionem doli à quolibet possessore) sed quantum ad voluptuarias duntaxat, vt in petitione hereditatis possit etiam prædo voluptuarias tollere, si sine rei detrimento id possit facere, ex l. *vtiles. 39. D. de pet. hered.* in rei verò vindicatione non possit. *arg. d. l. domum. 5. in fi.* quæ cùm loquitur de tollendis impensis, vtilium duntaxat meminit, non etiam voluptuariarum. Cuiacius verò 10. obser. 1. prorsus contrariam, eámque valdè nouam opinionem primus induxit, vt in hac quæstione non sit separanda petitio hereditatis à vindicatione, neque bonæ fidei possessor à prædone, nec denique impensæ necessariæ & vtiles à voluptuariis, sed tantùm mera iuris ratio ab æquitate: vt si inspiciamus meram iuris rationem, nullæ omninò impensæ in neutra actione tolli possint ab vtrouis possessore: sed si inspiciamus æquitaté, omnium impensarum ratio haberi debeat eodem modo in vtroque possessore ex ratione illa generali æquitatis, ne petitor ex aliena iactura locupletetur, *d. l. planè*, quę sola tantum virum fefellit. Quod ait ille de mera iuris ratione, nullam habet difficultatem, quia ratio non patitur vt debeā tibi quidquam præstare pro ea re quæ sit tota mea, quomodo certum est meam esse quæ solo cohæret. Rursus quòd nullam agnoscit differentiam inter vindicationem & petitionem hereditatis, mihi summopere placet. Nec enim posset quisquam pro Accursio probabilem aliquam adferre diuersitatis rationem, vt apparebit ex sequentibus nostris locis qui de vtraque actione loquuntur. Sed quod vult nullam esse differentiam inter bonæ fidei possessorem & prædonem, tam improbabile est, vt putem nihil posse dici improbabilius. Video enim differentiam illam perpetuò obseruari, nec tantum à Iureconsultis in *d. l. vtiles. 39. §. 1. D. de pet. hered. d. l. sin autē. 2. §. vlt. D. de rei vind.* in illis verbis, *Per errorem insulam ædificauit.* d. l. *Iulianus 37.* vbi ob hanc causam lex requirit vt bona fides emptoris interuenerit, nō tātùm emptionis tēpore, sed etiā ædificationis *d. l. in fundo 38.* in verbo

prudens: quod nihil aliud est, quàm bona fide *d.l. sumptus* 48. in illis verbis *à .e fidei possessore factis*, & passim eodem *tit. l. si in area* 33. *in fin.* in illis verbis, *si s enim existimans se heredē esse. D. de cond. indeb. d. l. adeo.* 7. §. *ex diuerso. in fin. de acq. rer. dom.* & aliis plerisque Pand. locis, sed etiā in rescriptis Imperatorū, *d. l. domū.* 5. *& l. si sciens.* 11. *C. de rei vind.* Quorsū enim tā enixè quęrerēt illi an ssessor esset bonæ fidei, an prędo, si idē ius in omnibus seruari oporteret? Nec lles cum Cuiacio respōdere locos illos pertinere ad summū iuris rigorē, non à ad æquitatē. Nā præter id quod prudentes nostri cùm in cæteris omnibus, in hac quæstione nihil aduersus æquitatē responderūt, sed è contrario ad æitatē præcipuè respexerūt, vt in *d. l. in fūdo.* 38. *& l. sumptus.* 48. *de rei vind.* illud a constat Imperatoribus esse hoc solemne, vt nunquā rescribant de summo e cōtra æquitatē, sed semper de æquitate & effectu rei: alioqui non tā rescrissent, quàm cōsulētes decepissent. Mea igitur sententia est, separandū esse bofidei possessorē à prędone, non in sūptibus necessariis, sed in vtilibus & voluariis. Nō in necessariis, quia cùm necessarij dicātur, qui si facti nō essent, res t peritura aut deterior futura fuisset *l. impensæ.* 79. *de verb. sig. l. impēsæ.* 14. *D. imp. in res dot. fact.* dubitandū nō est quin eorū nomine competat doli mali ceptio cuilibet possessori, siue bonę fidei ille sit, siue prædo, *d. l. domū. & d. l. pla*. Cū in dolo malo sit dominus qui perseuerat rē petere, nō refusis impēsis, quę factę non essent, res ipsa hodie, aut nulla, aut saltē deterior extaret. Neq; hoc su potest vsurpari cōtra prędonē ratio illa quę in vtilibus impēsis locū habet, od imputare sibi debeat prædo, qui in alienā rem vltrò impēsas fecerit. Qua um frōte posset dominus hoc imputare, qui nō factis impēsis rē ipsā in totū, it saltē pro parte amisisset, *arg. l. si extraneus.* 33. *vers. Nec enim quisquā iudex. D. de iur. dot.* Nec rursus remediū illud potest adhiberi quod adhiberetur in vtilibus, vt tollātur, quia nūquā permittitur possessori vt tollat impēsas quas fet, nisi cùm potest eas tollere sine læsione prioris status rei *d. l. domū in fin. d. l. ulianus.* 37. *cū l. seq. D. de rei vind.* Atqui fieri nequit vt necessarię impēsę tollār sine detrimēto rei, cùm, si factę nō essēt, hoc ipso res peritura fuisset, aut deerior facta. At in vtilibus impēsis dico meliorē esse debere conditionē bonę fiei possessoris, quàm prędonis, nec minùs in petitione hereditatis quàm vindicatione, vt scilicet bonę fidei possessor habeat exceptionē doli ad eas deducēas. i. habeat ius retinēdę ipsius rei in quā factę sūt, ac si sua esset, quousq; earū mpēsarū nomine plenissimā indēnitatē sit cōsecutus. i. quatū reuera impēdeit quãuis nō extet amplius tota impēsa quā fecit, adeò vt nō tātū in vtilibus im ēsis id locū habeat, sed etiā, quod magis est, in voluptuariis *d. l. planè. in fin. l. seq. .1. D. de petit. her.* Qui loci, quāquā de petitione hereditatis, nō de vindicatione oquātur, quod vnū decepit Accursiū accōmodantē suo more iuris rationē ad eges, nō vt oportuit, leges ipsas ad iuris rationē, tamē ad vindicationē quoque tēdi cōmodè possūt, ita ex ea parte qua tractāt de bonę fidei possessore, vt cōtat ex *d. l. in fūdo.* 38. *D. de rei vind.* vbi sicut de bonę fidei poss. agitur, ita & de im pēsis et voluptuariis, quãuis nōnisi de tollēdis iis tractet, quoniā eū tractat asū quo dominus præ inopia refūdere illas nō possit) quàm ex ea parte qua tra tāt de malę fidei possess. vt mox dicemus. At malę fidei possessor impēsas vtiles deducere nō potest per exceptionē doli mali, sed tātùm tollere si sine rei detrimēto id facere possit, siue petitione hereditatis, siue vindicatione conueniatur, *d. l. domū. & l. Iulianus, l. sūptus.* 48. *D. de rei vind. d. l. fin aut.* 27. §. *vlt. D. eod. l. adeo.* §. *ex diuer.* 12. *vers. certè. D. de acq. rer. dom. d.* §. *ex diuers. Inst. de rer. diuis. l. * *hoc.* 14. §. 1. *cō. diuid.* & aliis sup. citatis locis, qui quoties loquūtur de doli mali

exceptione possessori danda, toties de bonæ fidei possessore loquuntur, ad exclusionem prædonis, qui sanè nonnisi ridiculè possit alij opponere exceptionem doli, cùm fuerit ipse prior in dolo præterquam quòd ad necessarios sumptus pertinet, vt suprà diximus. Nec obstat Paulus in *d.l. planè*, qui vnus locus est, qui Accursium & Cuiacium fefellit. Nec enim Paulus dat exceptioně doli prædoni ratione vtilium impensarum, nec ius aliud deductionis, sed tantùm scribit benignius esse vt in prædonis quoque persona impěsarum ratio habeatur: hactenus nimirum, vt eadem lex subiicit, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quod ipsum ne quis putaret ita accipiendum, vt non minùs vtilium quàm necessariarum nomine (de vtrisque enim Paulus eo loco agit) doli exceptionem dandam esse possessori, monet ille officio iudicis posse ista expediri, nec doli exceptionem desiderari. Atqui, inquies, eandem constituit rationem necessariarum & vtilium impensarum etiam in prædone, cùm de vtrisque tractans, ait etiam in prædonis persona omnium quoque rationem habendam esse. Ergo vt pro necessariis impensis damus etiam prædoni exceptionem doli, ita & pro vtilibus videtur Paulus dare eandem. Sed respondeo non esse bonam consecutionem. Esse enim similem quidem conditionem necessariarum & vtilium impensarum in eo quòd omnium ratio haberi debeat, etiam in prædone, sed non etiam in eo, vt eodem modo habeatur. Nam in necessariis impensis ita habetur, vt earum nomine doli exceptio accommodetur prædoni, in vtilibus verò hactenus dũtaxat, vt quamuis summo iure deberet prędo eas perdidisse, quas in alienam rem sciens fecisset, potestas tamen ipsi fiat earum tollendarum, ex ratione illa æquitatis, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quæ ratio nullam inducit necessitatem concedendæ prædoni exceptionis doli ad impensas vtiles deductědas: quãdo denegata quoque ea exceptione perinde accidat vt petitor ex aliena iactura non locupletetur, cùm prædoni potestas sit sumptuum tollendorum. Quamuis ea via seruandorum sumptuum sit multo minùs commoda prædoni, quàm futura esset exceptio doli. Siquidem doli exceptio plenam indemnitatem tribuit, & excludit in totum actionem quousque refusi sint sumptus omnes, si modò per inopiam domini non fiat quo minùs refundi possint. At is qui tollit ædificium quod construxit, ne quidem ideo remoratur actionem, tantum abest vt eam excludat. Neque fieri potest vt ea ratione se præstet indemnem, non ob id solum quòd materia, ex qua ædificium constructum erat, non possit destructo ædificio esse æquè pretiosa atque erat antea, sed etiam vel hoc ipso quòd ad diruendum ædificium nouo sumptu opus sit, de cuius repetitione tractari nunquam possit. Et hanc differentiam inter exceptionem doli & potestatem tollendorum sumptuum apertè expressit Vlpianus in d.l. *Iulianus. D. de rei vind. itémque Caius in d.l. vtiles. §.1 D. de petit. hered.* Nec sanè id agit Paulus in d.l. *planè*, vt restituatur prædoni quidquid ei abest impensarum nomine, sed tantùm euitetur iniquitas illa, ne petitor ex aliena iactura locupletetur, vt dicitur contra omnes illos qui ad rem alienã improbè accesserunt, vt loquitur Iulianus *in l. si pupilli 6. §. sed si quis 3. D. de negot. gest.* Vnde & illud est quod in *d.l. planè* subiicit Paulus, eam inter prædonem & bonæ fidei possessorem esse differentiam, etiam ex æquitate, quòd bonæ fidei possessor omnimodo impensas deducit, & omni casu, id est, licèt res, in quam factæ sint, non extet: puta, si ea pars domus quam ædificauerat, fuit cõbusta: at prædo non aliter quàm si res ipsa extet, & quidem melior facta per eas impensas. Nempe, quoniam si propter rem peremptam amitteret bonæ fidei

i possessor exceptionem doli quam erat habiturus re extante, remaneret in damno sine culpa sua, cùm tamen indemnis præstandus sit: Prædo autem, cum res extare desiit, in quam fecerat expensas siue necessarias, siue vtiles, etiam nihil habeat quod possit tollere, atque ita omnino moretur in damno, nihilo tamen plus iuris inde nancisci potest, quia ex eo prædonis damno non fit locupletior petitor, cuius res extare desiit. Atque ita cessat ratio, quæ faciebat vt ex æquitate naturali succurendum esset etiam prædoni contra petitorem. Dices fortasse; Paulum in postrema parte *d.l. planè*, dare deductionem impensarum etiam prædoni, si modò extent, siue necessariæ sint, siue vtiles, cùm de vtrisque loquatur, nec vllam videatur agnoscere differentiam inter bonæ fidei possessorem & prædonem, nisi cùm impensæ non extant. Sed respondendum est, quod ibi ait de deductione, ad necessarias quidem & vtiles impensas referri posse, sed non promiscuè, & eodem modo. Necessariæ enim deducuntur etiam prædone, siue per exceptionem doli, vt suprà diximus, siue quòd fuerit forasse probabilius, & Pauli verbis conuenientius per officium iudicis, & quidem omnimodo, id est, non adhibita illa distinctione an dominus pati velit vt tollantur necne, cùm tolli nequeant sine rei detrimento. Vtiles verò deducuntur à prædone itidem demum si dominus nolit pati vt tollantur, quod vtique pro suo iure potest nolle. *d.l. in fundo. vers. constituimus.* Quo demum casu locum habet ratio illa æquitatis, qua vna mouetur Paulus ne petitor ex aliena iactura locupletetur, non etiam cùm patitur petitor vt tollantur. Et in hoc fuit mirè prudens Paulus, qui cùm tractaret de necessariis & vtilibus impensis simul, quarum videbat non posse constitui eandem rationem in persona prædonis, ea verba vsurpauit quæ vtrisque conuenirent, sed tamen diuerso sensu. Non enim dixit in prædonis quoque persona locum habere doli mali exceptionem ad impensas deducendas, vt in bonæ fidei possessore, quia licèt id de necessariis impensis dici potuisset, in vtilibus tamen falsum fuisset: nec rursus dixit prædoni quoque permittendum tollere impensas quas fecisset: quia id, quamuis de vtilibus impensis verè dictum fuisset, tamen necessariis non conuenisset, quæ non tantùm tolli, sed etiam retineri saltem officio iudicis possunt; sed illud tantùm dixit, benignius esse vt in prædonis quoque persona tam necessariarum impensarum quàm vtilium ratio habeatur, relinquens nobis explicandum ex aliis legibus quomodo habenda sit ratio harum & illarum. Adiecta etiam ratione generali, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quæ ratio, sicut inducit retentionem pro necessariis impensis, ita pro vtilibus nihil nisi potestatem earum tollendarum. Quod verò ad voluptuarias pertinet, hanc quoque differentiam constituimus inter bonæ fidei possessorem, & prædonem: quod bonæ fidei possessor earum quoque nomine habeat doli exceptionem tam in petitione hereditatis, *d.l. vtiles. § 1. D. de petit. hered.* quàm in vindicatione, vt constat in *d.l. in fundo 38. D. de rei vindic.* cùm ait reddendas esse impensas in quantum pretiosior res facta est. Nemo enim dubitat quin voluptuariæ impensæ faciant rem pretiosiorem, quamuis non faciant meliorem: pertinent enim ad ornandam speciem, non ad augendum eius fructum, *l. impensæ. 79. D. de verb. signif. l. voluptuaria. 7. cum. 4. seqq. D. de imp. in res dot fact.* itemque, *d.l. sumptus. 48. D. de rei vind.* quæ ob eam causam, sicut tractat de bonæ fidei possessore, ita & de omnibus sumptibus indistinctè, vt intelligamus in bonæ fidei possessoris persona eandem esse sumptuum omnium rationem. At prædo non habet doli mali exceptionem, nec etiam per officium iudicis retentionem voluptuariarum

impensarum nomine, nõ magis quàm vtilium, imò multò minus, cũ magis ei possit imputari cur superuacuas fecerit, quàm inutiles fecisset, qui sensus est *d. l. vtiles*. Sed tamen petitor de fieri debet potestas earum tollendarum, dummodò tolli possint sine rei detrimẽto, atque si essent vtiles: quoniã in iis eadem ratio locum habet ne petitor aliena iactura locupletetur: adeò vt si nolit petitor pati possessorem eas tollere, debeat earum pati exactionem, scilicet per viam retentionis, non actionis, vt postea dicemus, si modò recipiant separationem. Nam si non recipiant, relinquendæ sunt, nec aliter permittendum est prædoni auferre ornatum quem posuit, quàm si futurum sit eius quod abstulerit, vt & de voluptuariis impensis à marito in re dotali factis scribit Vlpianus in l. *in voluptuariis, 11. D. eod.* voluptarias impẽsas, nec si voluntate mulieris factæ sint, parere exactionem, cùm nec vtilium deductio aliter facienda sit, quàm si voluntate mulieris factæ proponantur, *l. vtilium 8. D. eod.* quamuis multo plus iuris habeat maritus in re dotali, quàm possessor quilibet in re aliena, cùm maritus sit dominus bonitarius dotis, licèt in hoc peioris conditionis quàm bonæ fidei possessor, quòd omnino futurum sit, vt soluto matrimonio dotem restituat. Quanto minùs ergo permittendum erit prædoni, vt possit deducere impensas, etiam vtiles, ne dicam voluptuarias, quas fecit in rem alienam domino ignorante, & prætextu talis deductionis rem alienam quam dominus vindicet, retinere?

ERROR IX.

De actione quam Martinus & nonnulli recentiores dant prædoni ad impensas quascunque repetendas.

EX quo intelligimus quàm improbabilis sit sententia Martini à pragmatico Parisienſi nostris temporibus renouata, vt non tantùm bonæ fidei possessor, sed etiam prædo & malæ fidei possessor quilibet, non tantùm retentionem habeat ad retinẽdas impensas siue necessarias, siue vtiles, siue voluptuarias, sed etiam actionem, si fortè non deductis aut ablatis iis impensis rem restituerit. Pugnat enim apertè cum *d. l. sumptus, D. de rei vind.* vbi negat Papinianus posse peti sumptus etiam à bonæ fidei possessore, qui ædificauit in alieno solo ex sua materia, sed tantùm per exceptionem doli æquitatis ratione seruari, & ita demum si fructuum perceptorum ante litem contestatam quantitatem excedant: Item cum *d. §. ex diuerso. Instit. de rer. diuis. cum d. l. adeo. 7. §. ex diuerso. D. de acq. rer. dom.* vbi etiam scriptum est, non aliter cõsuli bonæ fidei possessori quàm per exceptionẽ doli eo casu quo cõstitutus in possessione vrgeatur à domino ad restitutionẽ rei, nulla sumptuũ restitutione oblata: hoc addito, vt si fuerit malæ fidei possessor, neque exceptionẽ doli habere debeat constãte ædificio quod ex sua materia in alieno solo ædificauerit, neque eo diruto vindicationem materiæ, vtpote quam voluntate sua alienasse videtur. Tertiò pugnat cùm *l. si in area 33. D. de condict. indeb.* in postremis illis verbis: *Et ideo constat, Si quis cùm existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quàm per retentionem impensas seruare posse.* Nam cùm tractet ibi Iulianus

is non solùm de bonę fidei possessore,sed etiam,quod magis est , de impensis cessariis(collabentem enim domum fulcire necesse est ne corruat) quis ait at malę fidei possessori dare actionem pro impensis etiam non necessariis? ntrò pugnat cū *l.in hoc.14.§.1.verſ.hoc enim caſu. D. com diuid.* vbi Paulus ait,Si in rem tuam aut communem inter nos aliquid impenderim quasi in m meam,me tantum eo nomine habere retentionē,siue per exceptionē doli ali,si rē totá vel pro parte vindices,siue æquitate iudicij cōmuni diuidundo, eo iudicio experiri malis quàm rē vindicare,quia,inquit lex,neminē mihi o-igare volui.Regula autē est,actus agentiū nō operari vltra intentionē agen-i,*l.non omnis.19. D.ſi cert.petat.* Aliter atque si impēderim tanquá in rem alie im,aut communē;licèt in persona socij mei vel domini errauerim, quia tūc lum aliquem obligare,licèt non illum ipsum quem mihi obligaui. Quanquā tota huius loci sententia & emendatione videnda sunt quę scripsimus 3. oniectur.cap. Nec responderi potest quod isti respōdent, supradictos omnes ris locos ad iuris rigorem referendos esse,non ad æquitatem. Nam imò verò æquitate omnes loquuntur,vt apparet ex *d.l.ſumptus*,in illis verbis,*æquitatis tione ſeruantur*,& ex *dd.§§.ex diuerſo*,cùm in iis agitur de exceptione doli bo-e fidei possessoribus accommodanda,quæ non datur nisi ex naturali ęquitate *l.§.1.D.de doli except.* Rursum ex *d.l.ſi in area.33.*in qua agitur de condictione idebiti,quę dicitur esse naturalis in *l.indebiti.15. D.eod.* id est,ex ęquitate na-ırali,aut,quod est idem,ex bono & ęquo,*l.hac condictio.66.& l.præcedēn §. uod ob rem.4.D.eod.*Deniq; ex *l.in hoc.14.§.1.D.com.diuid.* vbi de hoc ipso quę-tur,an ex ęquitate iudicij cōmuni diuidundo,quod est bonę fidei , possint re-eti sumptus facti in rem communem, quam vnus ex sociis suam propria exi-imabat:quod admittit quidem Iureconsultus,sed per viam deductionis, quā-is citra exceptionem doli; quia bonę fidei iudiciis exceptiones doli insunt i-so iure,id est, etiam non appositę in formula, in qua nimirum sufficiebat po-ta esse verba illa solennia *Ex bona fide.*At non per viam actionis,ita vt ex ea ausa deneget Iureconsultus non tantùm iudicium directum communi diui-iundo,sed etiam vtile,si secundùm nostram emendationem addatur negatio verſ. *quæ cùm ita ſint*,quomodo addendam esse probauimus tum ex ratione aris,tum ex *l.ſi quis cum.29.*vbi est textus apertissimus. *D.eod.*& tamē constat tile iudicium nihil aliud esse,quàm quod cessante mera iuris ratione ex sola equitate inducitur.In quo differt à directo.Ergo neque ex æquitate repeti pos-unt impensę quas socius fecerit in rem communem , quá suam esse putabat, uamuis eas fecerit bona fide,quāto minùs ergo si malę fidei possessor fuisset? upereſt vt ad nonnullas leges quę pro istis facere videntur , respondeamus. Primùm autē obiicitur *d.l.planè.38.De petit.hered.*Sed iam respondimus Pau-um eo loco non dare prędoni exceptionem doli ad impensas retinendas,etiā necessarias , tantum abest vt fuerit daturus actionem,cum istis ad voluptua-ias etiam petendas,sed hoc tantùm dicere,habendam esse rationē impensarū n prędonis quoque persona:nimirū vt quamuis summo iure possit ei imputari-tur in alienā rē sciēs impenderit,ipsi tamen permittatur ex æquitate impēsas necessarias deducere,non quidem per exceptionē doli,cùm sit ipse in dolo, sed per officiū iudicis.Vtiles verò vt voluptuarias tollere, quę tolli possunt sine rei detrimento,& si dominus patiatur tolli.Sin secus,possit has quoq; prędo eodē iudicis officio deducere,ne alioqui eueniret vt ex ipsius iactura petitor locuple-taretur.Quæ ratio æquitatis quamuis bona sit ad inducendā deductionē neces-sariarum impensarum per officium iudicis, & potestatem tollēdarum earum,

ſi vtiles ſint aut voluptuariæ, non æquè tamen ſufficere poteſt ad inducendá actionem: quia multo difficilius eſt vt actio inducatur, quàm vt actione ab vno propoſita in eodem iudicio alij per officium iudicis ſuccurratur. Siquidem actiones nonniſi ex certis modis & principijs naſcuntur; iudicis verò officio ſola æquitas locum facit; quod ipſum, nullis certis finibus, non magis quàm æquitas ipſa, concluditur. Neque verò nouum eſt vt ex æquitate competat retentio alicui, cui tamen nonniſi iniquè poſſit dari actio, vt conſtat ex *l. ex quibus. 51.* D. *de condict. indeb. l. heres. 21.* D. *ad SC. Trebell.* in illis verbis, *Similem eum eſſe Ariſto ait illis qui retentiones, quas ſolas habent, omittunt.* Secundò obiicitur, d *l. ſi pupilli. 6. §. ſed & ſi quis. 3.* D. *de neg. geſt.* vbi Iulianus etiam prędoni, qui deprædandi cauſa ad negotia mea acceſſit, ſi quid tamen impenderit, actionem dat contra me in quo locupletior factus ſum. Reſpondendum eſt diuerſum eſſe caſum illum ab eo de quo tractamus. Quoniam in illa ſpecie qui negotia mea geſſit, nullam poteſt habere contra me retentionem, non ſolùm quia nihil poſſidere proponitur ex rebus meis, ſed etiam quia prædoni non poteſt dari retentio eius quod ex meo habeat pro impenſis quas in alias res fecerit, cùm etiam in bonæ fidei geſtoris perſona non poſſit geſtio inducere vllum ius in re, ſed tãtùm in perſonam, *l. pen. C. de neg. geſt.* ſatiſque ei eſſe debet quòd habeat actionem contra me in quantum factus ſum locupletior: illa enim ratio quòd non debeo locupletari ex alterius iactura, alterutrum facere debet, vt habeat ille contra me vel actionem vel retentionem, vel etiam poteſtatem ſumptuum quos fecit tollendorum, ſi tolli poſſunt. Sed vt in eodem caſu habeat & actionem & retentionem, facere non poteſt. Debet enim de ſe conqueri, non de iuris iniquitate is, qui cùm alterutro modo ſibi proſpicere poſſet, id tamen vel facere noluit, vel neſciuit. Nec perpetuum eſt, quantumuis ſit regulare, vt cui damus actionem, debeamus etiam dare retẽtionem, ſi fortè ratio quæ ſuadet dari actionem non poſſit porrigi, vt in propoſito ad retentionem. Sed illud eſſet multo abſurdius, ſi cui damus retentionem, vellemus ſemper dare actionem. Pugnaret enim cum ſupradictis omnibus iuris locis. At nos de illo tractamus qui impenſas neceſſarias à ſe factas potuit deducere per officium iudicis, vtiles verò & voluptuarias tollere ante rei reſtitutionem. Sibi ergo imputet ſi rẽ reſtituerit non deductis aut ablatis impenſis, maximè cùm non poſſet dicere id à ſe factum per errorem facti; quia cùm illas impenſas ipſe feciſſet in rem quam ſciebat alienam, non poteſt proprij facti ignorationem prętendere, vt loquitur Papinianus in *l. quanquam. 7.* D. *ad SC. Velleian. iunct. l. vlt. à cõtrario ſenſu* D. *pro ſuo.* neque rurſus per errorẽ iuris, qui ſolet excuſare cùm agitur de dãno vitando, *l. iuris. 7. l. ſeq.* D. *de iur. & fact. ignor.* Nec enim errat in iure qui putat perditas à ſe impenſas quas in rem alienam ſciens fecerit. Itaque cùm pro eo nihil faciat niſi ratio ęquitatis, ſequitur vt ſi ea vſus non ſit, cùm vti poſſet, id eſt, antequam rem reſtitueret, implorare poſtea eam non poſſit ad habendam actionem, cùm ęquitas non induceret niſi retentionem. Obiicitur tertiò quod ſcriptum eſt in *l. ſi & me & Titium. 32.* D. *de reb. cred.* in generali illa ratione, *quia pecunia mea ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum eſt.* Qua lege iam olim nitebatur Caſtrenſis, vt daret impenſarum repetitionem bonę fidei poſſeſſori. Sed malè: quoniam in ea ſpecie is cui lex dat actionem, nunquam potuit habere retentionem: nec proinde quidquam ei imputari poteſt, ſiue cur ſibi non proſpexerit priuſquam rem redderet, ſiue cur in alienam rem ſciens impenderit, quod vtrumque tamen probè obiicitur malè fidei poſ-

ſeſſori

essori, ad quem proinde multò improbabilius accommodes eam legem cum Parisiensi, quàm ad bonæ fidei possessorem cum Castrensi. Quarta obiectio est ex *l. 2. C. de rei vindic.* vbi scriptum est, dissoluto ædificio quod quis alieno in solo ædificauerat, materiam ad pristinum dominum, siue bona fide, siue mala ædificium constructum sit, reuerti, si non donandi animo ædificia in alieno solo posita sint. Quod eò pertinere videtur, vt cum malæ fidei possessore non sit præsumendus animus donandi, qui nec regulariter præsumi solet in aliis personis, consequenter impensarum repetitio competat: quia is demum repetere prohibetur, qui donandi animo impensas fecit, *l. qui alienam. 14. D. de donat.* Et quamuis animus ille donandi, vel fatente Cuiacio præsumi debeat in eo qui impendit in rem alienam, quam non possidet, vt in specie *l. si seruus 27. §. si insulam. D. ad l. Aquil.* Aliud tamen esse videtur in eo qui impendit in rem alienam, quam possidet, quantumuis sciat esse alienam, quia potest sperare futurum, vt cùm rem dominus euincet, retenturus sit ille sumptus contra dominum, vel ablaturus, vt ratiocinatur Cuiacius 11. Obser. cap. 1. Pro quo facit textus in *l. sicut. 8. §. non videtur. versic. cùm ideò. D. quibus modis pignus vel hypoth. solu.* Nec responderi potest quod quidam respondent tractari in d. l. 2. de illo qui ædificauerit in alieno solo ex materia aliena. Illo enim casu non posset verum esse quod lex ait, dissoluto ædificio redire dominium materiæ ad eum quoque qui mala fide ædificasset, si dominus ipse nunquam fuisset. Neque idem ad hunc casum posset accommodari illa exceptio, si non donandi animo, cùm animum donandi nonnisi ridiculè habere possit is qui dominus non sit. Quid ergo respondebimus ad d. l. 2. *C. de rei vind.*? nimirum loqui eam de malæ fidei possessore, qui non solùm ex sua materia in alieno solo sciens ædificauerit, sed etiam animo non donandi, sed repetendi. Is enim sensus est eorum verborum, *si non donandi animo,* &c. vt scilicet contineant exceptionem, non quomodo Parisiensis putat negatiuam, quasi scriptum sit, *nisi donandi animo,* sed affirmatiuam, ac si retentis iisdem verbis, sed tamen apertiùs scriptum esset, *si animo non donandi,* relata negatione ad verbum sequens *donandi,* non ad particulam *si.* Quamuis enim animus donandi in malæ fidei possessore præsumatur hoc ipso quòd voluntate sua materiam suam alienare intelligitur, siquidem nullum hîc alium titulum alienationis comminisci possumus quàm donationis, *l. donari 29. D. de donat. l. donari 82. l. cuius per errorem. 53. D. de reg. iur.* Præsumptio tamen cedit veritati, nec aliter locum habet, quàm si de veritate constare non possit, l. *cùm de indebito 25. l. praeced & pass. D. de probat.* Nec fieri potest, vt qui in alieno solo ex sua materia ædificat, donare illam videatur quantumuis mala fide ædificet, si non habeat animum donandi, cùm donatio, & alienatio quælibet pendeat ex voluntate alienantis, tametsi non similiter pendeat ex voluntate ædificantis, an ædificium eius fiat qui est dominus soli, quoniam pendet hoc ex iuris ratione tam naturali quàm ciuili, quæ superficiem eius facit, cuius est solum: at non similiter materiam, ex qua superficies constat, quoniam à superficie differt materia superficiei separatim sumpta, nec eandem siue dominij, siue possessionis habet rationem, vt diximus alibi ex l. *cum quis heres. 23. D. de vsucap. d. l. ad ò. §. illud rectè quæritur 11. D. de acq. rer. do.* In eóque obseruanda differentia est, quam nescio an adhuc quisquam obseruauit inter malæ fidei possessorem & prædonem. Nam in prædonem non cadit distinctio illa quam d. l. 2. adhibet in malæ fidei possessore, an habuerit animum donandi, necne: cùm prædo ille sit qui depredandi causa rem alienam

inuadit.*l.etsi pupilli 6.§.sed & si quis.* D *.de negot.gest* Et qui interrogatus cur possideat, nihil aliud respondere potest, quàm quia possidet, nulla, ne per mendacium quidem allata possessionis suæ causa, *l.pro herede 11. in fin.cum duabus seq.l.sed et si 25.§.quod autem.5.* D *.de petit.hered.l.si ex stipulatione 5.* D *.de acqu. possess.* Quid enim tam contrarium animo prædandi quàm animus donandi? Et ob id nimirum leges, quæ dant retentionem impensarum siue necessariarũ, siue vtilium per officium iudicis, aut potestatem tollendarum vtilium, aut voluptuariarum ei qui sciens in alieno solo ædificauerit, non de quolibet malæ fidei possessore loquuntur, sed tantùm de prædone, vt d.l. *planè, 38.cum l.seq.* D *.de pet.hered.d.l.domum.5.C.de rei vind.* vbi quòd ponitur domum à possessore iniuria occupatam, nihil aliud significat, quàm possessorem eam demum per iniuriam & vim inuasisse, quod prædonis est. Denique quisquis prædo est, idem etiam est malæ fidei possessor, sed non è conuerso quisquis est malæ fidei possessor, idem prædo est. Nam vt habet regula iuris, Nemo prædo est qui pretium numerauit, *l nemo.126* D *.de reg.iur.l.nec vlla. 13.§.si quis sciens.* D *. de pet. hered.* sicut nec qui ex donationis, aut alio titulo rem accepit, quamuis sciuerit alienam. At malæ fidei possessor est quisquis possidet rem quam alienam esse scit, quantumuis pretium eius numerauit, *l.quam rem.38.& passim. D. de vsuc. l.qui fundum 7.§.qui bona fide.4.D.pro empto.* excepto singulari casu *l. & generaliter.28.* D *.de noxal.act.* Itaque cùm de malæ fidei possessore tractamus, qui non sit prædo, distinguendum est, an constet illum habuisse animum donandi, an è contrario non habuisse, an verò quem animum habuerit, nesciatur. Primo casu nulla est dubitatio quin nullas impensas retinere aut tollere possit. Nec enim hîc occurrit iniquitas illa quòd futurum sit vt ex aliena iactura petitor locupletetur, cùm possessor impensas donauerit, quas pro arbitrio suo vtiquè donare poterat *d.l.qui alienam.14.* D *.de donat.* Secundo casu certum est manere illum dominum materiæ, quamuis ædificauerit sciens in alieno solo, cùm non habuerit voluntatem eius alienandæ, non magis quàm vel bonæ fidei possessor, vel prædo, *d.l.2.C.de rei vind.* Tertio casu in dubio contra ipsum præsumptio est quòd habuerit animum donandi *d.§.ex diuerso.d.l.si seruus.27. §.si oliuam.25.* D *.ad l. Aquil.* & ideo non putem hoc casu dandam malæ fidei possessori vllarum impensarum retentionem, aut etiam earum tollendarum facultatem: in quo si quis miretur meliorem esse conditionem prædonis quàm malæ fidei possessoris, cogitare is debet improbitatem malæ fidei possessoris hoc odio dignam esse, tanquam quæ sit maior quàm improbitas prędonis, hoc ipso quòd est occultior: cùm is, qui reuera malæ fidei possessor est, mentiatur se bonę fidei possessorem, prętextu tituli quem habet, & per occasionem iuris ciuilis, quòd in dubio præsumit possessorẽ quemlibet bonę fidei potiùs quàm malæ fidei: vt proinde boni consulere debeat malæ fidei possessor, si pro eo cõmodo quod sperabat, adrogari sibi subdolè dominij alieni, sentiat illud incommodum, vt detecta fraude, & sua mala fide deterioris conditionis reperiatur quàm prædo. Et quamuis in d.l.2. non denegetur nisi vindicatori, qui mala fide & donandi animo in alieno ædificauerit, vt in *dd.§§.ex diuerso*: dubitari tamen non oportet quin & retentio sit deneganda, cùm à vindicatione materię post dirutum ædificium nihil aliud eum arceat quod materiam sua voluntate alienasse & donasse præsumatur. Quo admisso, nemo dixerit, eum qui donauerit, retentionem habere debere magis quàm vindicationem, etiamsi possideat. Potest autem fieri vt malę fidei possessor facilè probet se donandi animum

animum non habuisse: fortassis si cùm ædificare vellet, in testationem redegisset, aut aliter coram testibus exposuisset quónam animo id faceret, ædificans forsitan in solo quidem quod alienum esse sciuit, sed quod tamen eius esset, qui in longinquum profectus, ibi defunctus esse diceretur, & cui esset ille aut sanguinis, aut testamenti iure successurus. Postrema obiectio est ex l. *qui exceptionem* 40. §. 1. D. *de condict. indeb.* vbi Martianus scribit, Si pars domus quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, & eam heres sua impensa refecerit, non solùm deducendam esse expensam ex fideicommisso, sed etiam si heres sine deductione domum tradiderit, posse eum incerti condicere, quasi plus debito dederit. Pugnare namque id videtur non solùm cum eo quod diximus, impensas in alienam rem factas per actionem repeti nunquam posse, sed etiam cum d. l. *si in area.* 23. *eod. tit.* vbi apertum est ex hac causa non competere indebiti condictionem, quantumuis æquitate naturali inductam. Respondendum est Iureconsultum in *d. l. qui exceptionem.* 40. § 1. non tractare de alienæ rei possessore siue bonæ fidei, siue malæ: sed de herede rogato restituere rem aliquam hereditariam in diem, & quidem incertum, qui pro conditione habetur, puta post mortem suam. *l. Talis scriptura* 30. §. *sed etsi sub conditione.* 4. *cum seq. D. de leg.* 1. *l. dies incertus.* 75. *& l.* 1. §. *dies.* D *de condit. & demonstr.* vt ex eo constat quod apud Martianum est, *ante diem fideicommissi cedentem.* Neque enim posset fieri vt dies non cessisset fideicommissi quod in diem certum esset relictum. Quæ enim debentur in diem certum, eorum dies statim cedere dicitur, licèt necdum venerit, *l. cedere diem.* 213. D. *de verb. signif.* Porrò pendente die incerto, non solùm heres verè dominus est, sed etiam ita dominus vt incertum sit an fideicommissum vnquam sit debiturus, puta si fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem decesserit, *vt in l. Statius* 48. §. *Cornelio Felici.* D. *de iur. fisc.* & ideò si interim combusta sit insula quæ per fideicommissum erat restituenda, & eam heres sua impensa refecerit, quamuis postea fideicommissi dies & conditio existat, non tamen videri potest heres impendisse in rem alienam, qui reuera impendit in suam, quamuis præuidere debuerit fieri posse vt esset aliquando restituenda. Cæterùm, vt non potest fieri aliena, nisi per manus ipsius heredis eam restituentis, ita nec nisi refusis primùm expensis, si deductione vti heres velit, aut si per facti errorem aliquem id prætermiserit, puta, dum existimat alias res esse in fideicommisso, quarum retentione prospicere sibi posset, ratio ferè iuris facit, vt eo nomine debeat habere indebiti condictionem, quasi plus debito dederit qui sine deductione impensarum restituit fideicommissum, ex quo deducere illas poterat. Sicut è contrario qui minùs ex fideicommisso percepit quàm debeat, ipsum adhuc fideicommissum petere potest, ac si nihil adhuc solutum esset, quousque plenissimè fuerit illud satisfactum *l. debitor* 59. *vers. neque fideicommissum.* D. *ad SC. Trebell.*

duplicis deductionis faciendæ,earum scilicet impensarum,& quartæ. Nam si è contrario neutra deductione facta totam hereditatem restituit, non quidem animo donandi,quo casu non superesset locus quæstioni,sed per errorem facti, putans fortè satis sibi cautum esse aliis rebus, quas adhuc penes se habebat tanquam hereditarias,& maximi valoris, quas tamen ex postfacto apparuerit fuisse alienas,eáque causa tandem euictas,certum est posse illum còdicere res hereditarias,quarum propter impensas habuerat retentionem ob eam causam quam supra dixi. Atque ita postquam ea conditione fuerit assecutus vt rerum hereditariarum possessionem recuperauerit,vtetur exceptione doli,non tantùm ad expensas deducendas,pro quibus conditionem exercuit,sed etiam ad retinendam quartam, quamuis prætextu non retentæ quartæ conditionem non fuerit habiturus. Et hanc Pomponij sententiam fuisse ex eo apparet, quod subiicit tanquam tertij remedij loco,posse hunc heredem debitoribus hereditariis, qui nondum soluerint,denuntiare ne fideicommissario soluant priusquam sibi debitam quartam fuerit ipse consecutus. Talis enim denuntiationis faciendæ ius habet vi actionum directarum,quas penes se retinet etiam post restitutam hereditatem,*l. si heres.70.D.ad Trebell.*sicut & post restitutionem, heres nihilominus manet,*§.restituta.Instit.de fideicom. hered.* quarum actionum directarum potestate consequetur, vt si debitores hereditarij post denuntiationē soluant fideicommissario,perinde teneantur ipsi heredi soluere, ac si non soluissent tanquam minimè liberati,vt ea ratione extorqueat quartā. Dices, futurum hoc casu vt habeat heres actionem ad repetendam quartam,quod tamen nos suprà negauimus. Sed respondendum est,imò verò consequi eum hoc casu quartam per viam retentionis, non actionis; quia consequitur vi directarum actionum quas retinuit, cùm per restitutionem nonnisi vtiles transferantur. *l.1.l.ita tamen.27.§.7.D.ad SC.Trebell.*sicut nec fideicommissarius per restitutionem fit heres,sed tantùm heredis loco,nec ponimus heredem agere contra fideicommissarium cui restituit hereditatem (hæc enim actio est,quam nos et denegamus) Sed contra debitores hereditarios,quorum nihil interfuit denuntiationis tempore veri soluerent,an heredi, an fideicommissario. In eoque obseruanda est differentia elegans inter quartam,quæ ex fideicommissis vniuersalibus Senatusconsulti Pegasiani autoritate deducitur,& eam quæ per legem falcidiam,ex legatis. Quartam enim falcidiam heres potest aut vindicare tanquam dominus,si non per traditionem legati dominium transtulerit, vt in *l.lineam.26.D.ad l.falcid* aut condicere,si fortè soluerit per errorem non deducta quarta:per errorem,inquam, non iuris,sed facti, cùm putaret legi falcidiæ locum non esse,ignorans fortasse æs alienum latens,quod postea emersit,*l.regula.9.§.si quis.D.de iur. & fact. ignor.l.1.§ si legatis.11.D.ad l. falcid.* vbi Paulus ait, si legatarius possessionem nactus sit, & quidem ex voluntate heredis,vt non possit ei res auocari(alioqui teneretur interdicto *quorum legatorum*, si sibi ipsi ius diceret,*l.1.D.quor.leg.*)dandam esse actionem heredi,scilicet còdictionem, non vt totum legatum restituatur, sed vt tantùm, quod supra dodrantem est, auferatur. Et ratio diuersitatis est,quoniam alia fuerunt verba senatusconsulti Pegasiani,alia legis falcidiæ. Lex enim falcidia liberam illam testandi facultatem, quam à lege XII.tabularum primùm inductam lex Furia & Voconia postea restrinxerat,ita restituit,vt tamen non liceret cuiquā ciui Romano legare supra dodrantē,vt ea ratione totius hereditatis quadrans penes heredem intactus remaneret,*d.l.1.in pr.D.eod.*Senatusconsultum verò Pegasianum non pro-

hibet ne possit quis rogare heredem de tota hereditate restituenda: aut, quod idem est, non permisit duntaxat vt rogari heres posset de restituenda hereditate vsque ad dodrantem, sed tantùm permisit heredi vt perinde liceret ei quartam retinere ex hereditate restituenda, atque per legem Falcidiam ex legatis eã retinere cõceditur, §. *sed quia, Instit. de fideicom. hered.* vnde & aliæ differentiæ omnes fluxerunt, quæ nõ paucæ sunt inter quartam Falcidiam & Trebell. anã, vt vocant, seu rectiùs Pegasianã. *l. in quartam.* 91. *D. ad l. falcid.* sed illa inter ceteras, quòd lex falcidia minuit singula legata ipso iure pro rata omnium portione, *l. in quantitate.* 83. §. *vlt. D. eod.* id est, facit, vt cui legata sint centum, non videantur legata nisi septuaginta quinque, si heres non aliter sit habiturus quadrantem: ita vt vnius legati falcidia nunquam ex alio sit deducenda, nisi cùm vni personæ duo legata relicta sint, quorum alterum non patitur diuisionẽ, nec consequẽter diminutionẽ: alterũ verò patitur *l. si fundus.* 23 *l. si seruus.* 33. *cũ seq. D. eod.* At Pegasiana non ex singulis rebus hereditariis debetur, sed ex tota hereditate: ideóq; nihil interest vnde detrahatur, dũmodo heres ea habeat, vt nõ mirũ proinde sit in specie *d. l. heres.* 21. retinere eũ quarta ex solis nominibus debitorũ hereditariorũ, quibus denuntiatũ fuit vt nõ soluerent. Illa igitur dubitatio semper manet, cur in specie *d. l. heres qui exceptione* 40. §. 1. *de cond. indeb.* condicti o incerti detur, cùm domus ipsa quæ certa est, & in quam impensa facta fuit, condicatur. Respondendum est, ipsam quidem domũ condici, sed nõ quasi tota sit indebita: at eatenus tátùm, quatenus heres eam restituẽdo plus debito dedit, vt probant verba illa, *quasi plus debito dederit.* At qui non plus debito heres dedit, nisi quatenus in eam rem impendit: quantum verò impenderit, certò sciri non potest, priusquàm taxata fuerit impensa, aut partium consensu, aut à iudice, aut à probis viris per iudicẽ constitutis. Nec rursus de taxatione quęritur priusquã heres factus sit possessor, vt impẽsa possit deducere, nec enim deductio alij quàm possessori datur. Cũ ergo nõnisi indebitũ codicatur, nec sciatur quantum sit indebitum, cõsequens omnino est vt hæc indebiti cõdictio incerti sit, non certi. Quod si poneres fideicõmissum, in quod impẽsa facta sit, nõ fuisse rei certæ, sed hereditatis, quæ cũ in iure consistat nihil certi significat: perinde quidẽ esset locus codictioni incerti ad deducendã impensã, sed alia noua ratione, quia nimirũ fideicõmissũ in quod deduceretur, incertũ esset: totũ enim condiceretur tanquam indebitum, vt è contrario totum fideicommissum petitur, quamuis iam maiori ex parte solutum sit, quamdiu aliquid superest quod nondum fuerit restitutum, vt in *d. l. debitor. vers. neque fideicommissum.* Sed cõtra eam istorum sententiam, quam nos refutamus, illud omnium fortissimè vrget, quod nõ possint illi ipsi dicere quęnam sit ea actio, quam putant accõmodanda malæ fidei possessori ad deducẽdas impẽsas post restitutionẽ, cùm neq; vindicatio esse possit, (quę scilicet non datur nisi domino, qualis prædo neque est, neque vnquam fuit, sicut nec bonæ fidei possessor vindicationẽ eadẽ ratione habere potest.) neque cõdictio; cùm nihil ille fecerit accipiẽtis, quod ad inducendã cõdictionem necessarium est, *d. l. si in area. D. de condict. indeb.* Et verò, si bonæ fidei possessor tũ quoque cùm rem ad huc habet, nonnisi per exceptionem doli mali consulere sibi potest, prædo autẽ per officiũ dũtaxat iudicis, *d. l. planè.* 38. *D. de petit. hered. cum similibus*, sequitur omnino vt post rẽ domino restitutam omni prorsus auxilio destituantur, quia sicut dominus rei suæ possessor effectus nulla ampliùs indiget actione, ita nec fieri potest, vt doli mali exceptio locum habeat, (actionem enim aliquam præcedere necesse est vt ei possit

sit subiici exceptio siue doli, siue alia quælibet) nec rursus officium iudicis, cui scilicet non aliter locus esse potest, quàm si iudex aliquis sit, neque iudex esse, quàm prius iudicium & formulam Prætor dictauerit, quam porrò non dictat, nisi ei cui vel directa actio competat, vel saltem vtilis aliqua danda sit. Itaque si nulla sit actio, quæ vel domino dari debeat post restitutionem, vel ei qui aliquando possessor fuit, consequens est, vt nec officio iudicis locus esse possit. Idque clarius apparet ex eo quod iis quoque casibus, in quibus officio iudicis locus esse aliquando potuit, si tamen obligatio, & quæ ex ea nascebatur actio extincta sit, quæ officium iudicis admittere poterat, nullus amplius huiusmodi officio iudicis locus relinquitur, vt in *l. qui per collusionem. 49. §. 1. D. de act. empt.* vbi scriptum est, si emptor qui moram contraxerat in soluendo pretio, ob idque vsuras debere cœperat ex die moræ secundùm naturam omniũ bonæ fidei iudiciorum, postea soluerit sortem pretij sine vsurarum accessione, vsuras postea peti non posse, cũ hę, inquit lex, non sint in obligatione, sed officio iudicis præstentur. Sensus est, solutione pretij solutã esse actionem ex vendito, quæ competebat venditori contra emptorẽ ad pretij solutionem. Et ideo cùm pretium ampliùs peti non possit, nullaque in eam rem superfit actio, nec officium iudicis ampliùs vllum superesse possit, ex quo præstandæ sint vsuræ, cùm pro vsuris solis nec actio, nec iudex dari possit, quia non sunt illæ in obligatione quomodo erat pretiũ priusquàm solueretur. Quò etiã pertinet quod Paulus scribit in *l. quæro. in pr. D. locat.* vsuras in bonæ fidei iudiciis non tam ex obligatione proficisci, quàm officio iudicis applicari. Quibus tamẽ locis, quod sanè mirum est, abutuntur interpretes, vt probent officiũ iudicis non præsupponere obligationẽ aut actionẽ: indeque suo more nouã distinctionẽ inferũt, prudẽtibus minimè cognitam, vt duplex constituãt officiũ iudicis: vnũ, quod nobile vocãnt: alterũ, quod mercenariũ, nobile appellantes, quod ex nulla obligatione & actione pẽdet: mercenariũ verò, quod actioni propositæ subseruit. Neq; tamẽ officij illius nobilis, quod reuerà nullũ est, exemplũ aliquod afferunt, nisi quod sumunt ex restitutionibus in integrũ, quasi nulla earũ nomine actio cõpetat, sed sufficiat officiũ iudicis implorare, ex *l. præfecti. 17. & l. quod si min. 24. §. vlt. D. de minor.* quod tamẽ quàm falsum sit constat ex ipsa definitione restitutionis in integrum, quam Paulus lib. 1. sententiarum tit. 7. definit esse reintegrandę rei vel causę actionem, iis scilicet casibus quibus prętor de restitutione in integrũ actionẽ & iudiciũ dabat. Nã cùm tractabatur de restitutione minoris, de qua in tit. *D. de minor. & C. eod.* prætor ipse cognoscebat, non iudicem dabat, ideóque dicebatur pendere ex sola prętoris cognitione, *l. 1. §. 1. l. in causæ. 13. & 16. l. quod si minor. §. vlt. D. de minor.* vt proinde mirũ non esset actioni eo casu locũ non esse, vt nec officio iudicis locus esse poterat, cùm iudex nullus esset, quod tamen obiter dictum esto. Eòdem pertinet quod scriptum est in *l. si deposita. 4. C. depos.* si is qui depositam pecuniam suscepit, aut ea vsus sit, nõ esse dubium quin vsuras quoque præstare deberet: id enim est ex bona fide, iudiciũ autẽ depositi bonæ fidei est. Sed si cùm actor depositi actione expertus esset, tãtũmodò sortis condẽnatio facta est, non posse illũ vltra propter vsuras experiri: non enim duæ actiones sunt, inquit Imperator, alia sortis, alia vsurarum, sed vna tantùm sortis, quamuis vsurę quoque in eam veniant officio iudicis. Ex quo porrò actione vnica, vbi semel condemnatio secuta est, quamuis de sorte tantùm, nulla vsurarum facta mentione, pronuntiatum sit, non potest iterari actio prætextu vsurarum, qui rei iudicatæ exceptione summoueatur, vt semper

euenit, quoties eadem actio, super qua iam semel iudicatum est, rursus iudicio deducitur, *tot. tit. de except. rei iud.* vt intelligamus, si duæ essent obligationes, & actiones, vna sortis, & alia vsurarum, fore, vt post condemnationem sortis factam, superesset adhuc actio vsurarum citra periculum exceptionis rei iudicatæ: vt, si duæ essent stipulationes, vna sortis, & altera vsurarum. *l. Centum Capuæ. 8. vers. neque enim. D. de eo quod cert. loc.* vt è diuerso, si in iudicio actum esset de solis vsuris, quæ scilicet essent in obligatione (alioqui de iis solo agi non posset) non esset verendum, ne rei iudicatæ exceptio noceret circa sortis petitionem, quia nec competeret, cùm possint quidem vsuræ pendere ex obligatione sortis, at nunquam obligatio sortis ex vsuris, *l. si in iudicio. 23. D. de except. rei iud.* vbi addit Vlpianus idem esse, si quis ex bonæ fidei iudicio velit vsuras tantùm persequi, & needum petere sortem, & fuerit condemnatus. Nam nihilominus vsuræ futuri temporis cedunt, id est, incipiunt quotidie deberi, non iure obligationis, sed officio iudicis. Quamdiu enim manet cōtractus bonæ fidei, tamdiu currunt vsuræ. Atqui remanet contractus, quamdiu neque sors soluta, neque super sorte pronuntiatum est: ergo quamuis pro præteriti temporis vsuris actor fuerit condemnatus, quia tamen superest actio quæ admittere possit officium iudicis pro futuri temporis vsuris, superest etiam earum præstatio ex officio iudicis; cui tamen locus esse non posset, si bonæ fidei actio, siue propter solutionem sortis, siue propter condemnationem de sorte nulla remaneret. Quin imò, quod magis est, fieri nequit vt officio iudicis locus sit eo casu, quo exceptio siue doli, siue alia locum habeat. Quia cùm exceptiones ponantur in formula, quam omnimodo sequi iudex cogitur, non potest iudex regere aut contemnere exceptionem quam Prætor admisit: cúmque vel inuitus cogatur pronuntiare secundùm formulam, frustra & ridiculè reus officium iudicis imploraret, vt exceptio admitteretur. Officium enim iudicis circa ea versatur, quæ non aliâ ratione iudex facere cogitur, quàm quòd ita vir bonus quilibet esset arbitraturus. Vnde est quod in iudiciis tantùm bonæ fidei locum habet officium iudicis, & in arbitrariis, quæ ad bonæ fidei iudicia quamproximè accedunt, *l. quia tantundem. 7. D. de negot. gest. l. 3. §. in his quoque. D. de vsur.* Non etiã in strictis, quæ ita sunt stricta, vt nunquam fieri possint arbitraria, cuiusmodi sunt actio ex stipulatu, & condictio certi ex mutuo. Nam si cum interpretibus putes in vindicatione & hypothecaria, (quod tamen ego nunc non admitto) esse illas ab origine strictas vsque ad interpositum arbitrium, exinde verò arbitrarias (magis enim probo esse & ab initio & sui natura arbitrarias, *§. præterea. Instit. de action.*) potest facilè officium iudicis admitti, priùs etiam quàm sit arbitraria, quoniam natura eius non repugnat. Huic tamen, quod dicimus doli exceptionem non posse cum officio iudicis concurrere, valdè obstare videtur *l. sumptus. 48. D. de rei vindic. in illis verbis: Verum exceptione doli opposita, per officium iudicis æquitatis ratione seruantur.* Cuiacius 10. *obseruat. cap. 1.* fateri cogitur inconnexum illud & ἀσύστατον dicendi genus esse, & ita accipiendum, vt vel officio iudicis, vel exceptione doli opposita sumptus seruentur, vt & in *l. bona fides. 11. D. de noxal. act.* Sed difficile est iis qui Papiniani elegantiam norunt, tam malè de eo sentire, vt sibi vnquam placuerit in genere dicendi tam inconnexo: estque multo probabilius, vt ea verba *per officium iudicis*, adscribamus imperito interpreti, quem fefellerit *d. l. planè. 38. D. de petit. hered.* non animaduertentem in *d. l. planè*, tractari de prædone, cui non poterat succurri nisi per officium iudicis, cùm exceptionem doli habere non possit: at in *d. l. sumptus*, tracta-

tractari de bonæ fidei possessore, cui cùm exceptio doli mali prodesse debeat, officium iudicis necessarium esse non potest, nisi vno fortassis casu, quo fuerit omissa illa exceptio in formula prætoris, fortè per incuriam bonæ fidei possessoris. Tunc enim sicut non posset iudex admittere exceptionem quam Prætor non admisisset, ita & ex officio suo cogeretur subuenire bonæ fidei possessori, ne durior esset cõditio eius, quàm si prędo esset, vt quod omissum est siue à prætore, siue à bonę fidei possessore, non omitteretur religione iudicatus, vt loquitur Papinianus, quamuis in dissimili specie in *l. quæsitum. 13. D. de testib. l. si res obligata. 57. in fin. D. de legat.* 1. obstare denique superioribus videtur, *l. 1. C. de infant. expos.* vbi Imperator Alexander rescribit, si inuito vel ignorante te partus ancillæ tuæ, vel adscriptitiæ expositus sit, repetere te eum non prohiberi, sed restitutionem eius ita faciendam esse, vt si qua in alendo, vel ad discendum artificiũ iustè consumpta fuerint, tu possessori restituere debeas, si modò non à fure vindicaueris. Quæ exceptio probat à cõtrario sensu, nullas ergo te impensas ne alimentorum quidem debere, si partum hunc à fure vindices: cum tamen negari non possit quin alimentorũ impensæ sint necessariæ, quas supra diximus semper esse restituendas etiam prædoni, ex *d. l. planè. d. l. domum. 5. C. de rei vind.* Non placet prior responsio Accursij distinguentis furē à cæteris malæ fidei possessoribus. Etsi enim malæ fidei possessorē à prædone distinximus, non potest tamen distingui fur à prædone, cùm in nullo alio differant, quàm quòd fur rei mobilis tantùm est, *l. quam rem. 38. D. de vsucap.* Prædo verò magis propriè, non nisi rei immobilis. Quamuis etiam ad res mobiles possit ea appellatio extendi vt in *l. si ex stipulatione. 6. D. de ac. poss.* Probabilior igitur est alia solutio Accursij distinguentis impensas necessarias, quæ per rerum naturam separari, tolli & abradi possunt, quamuis non sine rei detrimento: cuiusmodi sunt impensæ reficiendorum & conseruandorum ædificiorum ab iis quæ abradi nullo modo possunt, ne quidem cum rei detrimento, quales sunt impensæ alimentorum. In iis quæ sunt prioris generis locum habet quod hucusque diximus, restitui eas debere, id scilicet suadente maxima æquitate, vt hoc incommodum subeat dominus pro eo commodo quod sentit ne rei suæ detrimentum fiat, dummodò scilicet ei res extet, in quam impensæ factæ sunt *d. l. planè in fin.* In aliis verò quæ abradi nullo modo possunt, locum habet quod scriptũ est in *d. l. 1. C. de infant. expos.* vt non debeant restitui furi, neque prædoni, neque alij cuilibet malæ fidei possessori, ne ex ęquitate quidem, cùm earum commodum non possit auferri ne quidem volenti domino. Cęterum probat optimè d. l. 1. quod nos suprà disputauimus contra Cuiacium, separandum esse omnino hac in re bonæ fidei possessorem à fure & prædone.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS VIGESIMA SEPTIMA.

ERROR PRIMVS.

De statuto faciente heredem ex tempore, & ad tempus.

QVÆSTIO celebris est, & frequens in iis regionibus in quibus extant statuta ciuitatum excludẽtia foeminas à legitima intestati successione fauore masculorum, & *quamdiu*, aut *quoadusque masculi supererũt*, cuiusmodi pleraque sunt in Italia, eorúmque assidua mentio apud interpretes nostros, maiore ex parte Italos. Etsi autem illud statim occurrit, quod ad hanc quæstionem respondeamus, non posse per statutũ fieri, vt quis heres sit ad tẽpus, aut ex tempore, quia hereditas neque ex die, neque ad diem dari potest, *l. hereditas. 34. D. de hered. instit.* Consentiens tamen vox est omnium interpretum, statuto fieri vtrũque posse. Sic enim Bart. ab omnibus aprobatur in *l. vlt. §. quando in pendenti. num. 3. D. ad SC. Tertull.* vbi etiam Bald. *& ad l. extraneum. 4. num. 91. C. de hered. instit.* Ratio quam adferunt, illa est, quòd per statutum fieri possit, vt qui heres fuit, desinat esse heres, cùm possint statuto fieri ea omnia quæ fiunt per legem. Quid enim aliud est statutum quàm lex municipalis illius loci, cuius statutum est? Sed tamen ratio hæc videtur mihi vitio duplici laborare. Primum illud est, quòd supponit, non aliam rationem esse cur hereditas, neque ex die, neque ad diẽ dari possit, quàm quia is qui semel heres fuit, nequeat postea desinere heres esse. Alterum est, quòd supponit etiam pro vero posse fieri per legem vt heres esse desinat is qui semel fuit. Vtrumque vero falsum est. Nam si quidem de eo duntaxat quæreremus, cur hereditas ad diem & ad tempus dari non possit, illa vtique ratio adferri posset, quòd qui aliquádo heres fuit, is necesse est vt heres esse perseueret,

l. ait

l. ait prætor. 7. alias l. etsi sine. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui soluendo. 88. D. de hered. instit. Sed cùm de illo etiam quæramus, cur hereditas non possit dari ex tempore; nihil attinet tractare an qui heres fuit possit desinere heres esse, quandoquidem is qui ex tempore heres fieret, si modò solus esset, nunquam à rea fuisset, nec proinde esse desineret. Neque tamen dubitandum est, quin ex eadem ratione profluat vtrumque illud, vt hereditas neque ex die, neque ad diē dari possit: Ex eo nimirum, vt puto: quòd cum hereditas sit fictio legis, nō aliam ob causam inducta, quàm vt dominium, quod defuncti fuerat, possit ab eo continuari in heredem, & vt aliquis iurium omnium quæ defuncto, & in defunctum competebant, præsertim verò æris alieni successor constitueretur, in quē creditores agere possent, & cuius nomine bona venderentur. Ea verò dominij continuatio & successio in vniuersum ius quod defunctus habuit, fieri non posset, si vno vel minimo instanti interrumperetur, quomodo eam interrumpi necesse esset, si hereditas ex tempore daretur, quia tempus omne, vt ab aliquo instanti incipiat, oportet, quod ad præcedentia instantia nunquam possit recurrere, stat namque in perpetuo fluxu nunquam. Vnde est quod dici solet, Tempus nunquam retrotrahi, in eoque differre à conditione quæ facilè retrotrahatur quandocunquè impleta sit, si nostris interpretibus hoc largiri volumus, vt retrotrahi dicatur conditio, cuius implementum facit, ne actus, cui incerta conditio fuerat, conditionalis vnquam fuisse videatur. De hoc enim latiùs tractauimus lib 15. coniect. cap. 7 & 8. Porrò sicuti ratio hæc facit vt hereditas ex die dari nequeat, ita facit vt neque ad tempus dari possit, quia cùm per eam cōtinuationem dominij, & successionem in vniuersum ius quod defūctus habuit, heredis persona fiat ea ferè penè persona quæ fuerat defuncti, non magis fieri potest, vt defuncti personā heres exuat, quàm vt suam propriam. Nemo enim personam ad tempus habere potest, siue à natura eam habeat, siue à lege, quia & lex naturam imitatur, & naturæ imago quædam est, *l. adoptio. ibid. de adopt. l. filio. 23. de liber. & posthum.* Eaque vera etiam & germana ratio est, propter quā is qui semel heres fuit, nunquam potest desinere heres esse. Quemadmodū nec aliunde pendet, quod dici solet, hereditatem quandocumque aditā retrofingi aditam fuisse ex die mortis, *l. heres quandocūque. 49. D. de acquir. hered. l. omnia. 131. de regul. iur.* Quod cùm ita sit, cōsequens est, vt neque lex ipsa possit facere, ne, qui semel heres fuit, semper heres perseueret. Etsi enim lex illa est quæ & hereditatem & heredem facit, *l. lege obuenire. 130. de verb. signific. l. filius-familias.* 18. *D. ad leg. falcid.* non tamen ex eo inferre possis, esse igitur in potestate legis vt heredem destruat quem fecit. Nempe quia non eadem est legis in vtróque casu auctoritas & potestas, non solùm quia facilius est, vt quid fiat, quàm vt quod legitimè factum est, legitimè destruatur: sed etiam, quia nulla vnquā potest subesse necessitas destruendi heredis, quomodo subest faciendi. Quid enim est quod impedire possit ne qui semel heres fuit, perpetuò heres remaneat? Atqui lex nihil vnquam facit nisi ex necessitate, quoniam nec quicquā facit sine fictione: quæ cùm à rei veritate abhorreat, non potest non esse odiosa nisi quatenus est necessaria. Suberat necessitas inducendę per legem hereditatis, & faciendi heredis ob eas rationes quas diximus. At nulla potest necessitas cogere vt destruatur id quod fieri necesse fuit: essetq; id alienū à maiestate legis vt heredi beneficiū adimeret quod ei semel dedisset. Beneficia náq; legū, vt & Principū perpetua esse cōuenit, ne incōstātiæ ac leuitatis infamiā potiùs q̄ liberalitatis laudē & famā attulisse videantur. Hoc verò admisso, illud etiā admitti necesse

est, vt nõ possit lex heredem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius iam fuerit heres; quoniam ita fieret vt desineret esse heres is qui ante fuisset, vel quòd esset difficilius, vt eodem tempore vni personæ duo heredes in solidum fuisse intelligerentur, quod esset multo difficilius & contra regulam iuris, de qua in *l. quod contra 140. §. vni duo. De regul. iur.* Nec enim eiusdem rei plures in solidum domini esse possunt *l. si vt certo. 5. § si duobus vehiculum, D. commod. l. de hereditate. 19. §. pater. D. de castrens. pecul.* Heredis autem appellatione, dominus significatur, *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* Sed neque potest lex facere vt quis heres sit ex eo tempore quo nondum alius heres fuerit, quia quem non esset necesse heredem esse ex instanti mortis, nec vnquam necesse potest esse vt is heres sit, cùm necessitatem illud vnum inducat, quòd continuatio fieri omninò debet non dominij tantùm, sed etiam personæ, vt nec credatur defunctus fuisse, qui defunctus re vera fuit: quæ continuatio impeditur, si vel vnico instāti, quod intermedium sit, persona heredis à persona defuncti, & dominium heredis à domino defuncti distinguatur. Quod autem dicimus non posse per legem fieri vt quis heres sit ex tempore, vel ad tempus, aut vt qui heres semel fuit, desinat heres esse, soleo ego duobus potissimùm argumentis comprobare. Primum sumitur ex lege Aelia Sentia, quæ cùm id maximè egerit, quantum potuit, ne valerent libertates quæ in fraudem creditorum datæ probarentur, vno illo casu excepto, si is qui soluendo non erat, aliquem ex seruis suis necessarium heredem scripsisset, nec alius ex eodem testamento heres extaret, *l. qui soluendo. 42. l. si is qui soluendo 57. D. de hered. instit.* facere tamē nōn potuit, vt heres desineret esse seruus necessarius, qui semel heres fuisset, tametsi ex eodem testamento alius heres esse cœpisset, vt in specie *dict. l. ei qui soluendo. 88. eod. tit.* vbi Caius notat casum velut mirabilem, in quo & seruus cum libertate heres existat ei qui soluendo non est, & alius præterea heres adijciatur, veluti, inquit, si seruo cum libertate herede instituto ita adiectum sit, *si mihi Stichus heres erit, tum Titius quoque heres esto:* nam Titius, antequam Stichus ex testamēto heres existat, heres esse ipse non potest, tanquam qui non sit institutus, nisi sub conditione quæ nondum extiterit: Absurdum siquidem esset, legem liberaliorem esse testatore in deferenda ex testamento hereditate. Esset autem liberalior, si hereditatem purè daret ei cui testator non dedisset, nisi sub conditione, *l. facta 63. §. si sub conditione. D. ad SC. Trebell.* Cùm autem semel heres extiterit, seruus, non potest adiectus efficere vt qui semel heres extitit, desinat heres esse. Cur verò adiectus hoc facere non potest? Nimirum quia neque lex ipsa Aelia Sētia hoc facere potest: quæ si posset, faceret vtique hoc casu, in quo nulla subest necessitas permittēdæ institutionis serui necessarij cum libertate, cuius datione futurum sit vt defuncti creditores fraudentur. Ratio enim quæ mouit legem Aeliam Sentiam, vt vnius serui institutionem cum libertate valere pateretur, etiamsi defunctus soluendo non fuisset, illa fuit, quod non aliter posset consuli famæ ciuis Romani, cuius bona sub ipsius nomine alioquin vendi oportuisset. Cui rationi locus nullus relinquitur alio quandocunque superueniente herede, qui hereditatem adierit, cùm eo casu futurum sit, vt bonorum venditio, si quam fieri oporteat, fieri possit sub nomine heredis qui imputare sibi debebit cur damnosam hereditatem vltrò adierit, quam adire non cogebatur, *l. nec emere. 16. C. de iur. delib.* Nam & inde est quod dicimus soluendo esse hereditatem quæcunque inuenit heredem, *l. libertus. 36. D. de bon. libert.* Alterum argumentum soleo sumere ex Senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano,

quibus licèt effectum sit, quantum fieri potuit, vt iura omnia hereditaria in fideicommissarium transferrentur, siue vltro heres adiisset hereditatem, eámque sicuti rogatus à testatore fuerat, restituisset, siue fideicommissario postulante per Prætorem adire coactus fuisset; numquam tamen fieri potuit vt fideicommissarius heres fieret: non quia Senatus heredem facere non potuerit (potuit enim, vt constat ex Senatusconsultis Tertilliano & Orficiano, *l. 1. & tot. tit. D. ad SC. Tertull. & Orfic.* possunt siquidem fieri heredes nō modo per legem, sed etiam per quamlibet legi similem constitutionem, in quo genere Senatusconsulta, plebiscita, & Principum placita, non etiam Prætorum edicta, prudentiúmque responsa continentur, *§. quos autem, Instit. de bonor. poss.*) Sed quia neque facere Senatus potuit vt valeret fideicommissum, possétque per heredem restitui hereditas, nisi adita prius ab eo hereditate; neque vt postea quàm adita esset, desineret per restitutionem heres esse is qui ante restitutionem fuisset: nec denique vt manente herede illo, qui adiisset, fideicommissarius heres fieret, atque ita duo eiusdem hereditatis in solidum domini & heredes inducerentur, *§. restituta Instit. de fideic. hered.* Itaque hoc vnum fecit Senatus quod facere potuit, vt fideicōmissarius loco heredis esset, nec nisi vtiles actiones in eum trāsferrentur, manentibus directis penes heredem, etiam post restitutionem, ita vt siue agere ipse vellet aduersus hereditarios debitores, siue à creditoribus hereditatis conueniretur, esset ei necessaria & aduersus eum exceptio restitutæ hereditatis, *l. 2. l. ita tamen. 27. §. qui ex Trebelliano l. si heres institutus. 70. D. ad SC. Trebell.* Nec dissimile illud est, quod si minore instituto herede repudiante factus sit locus vulgari substituto, isque adierit hereditatem, mox à prætore in integrum restitutus sit minor aduersus repudiationem, licèt restitutionis in integrum effectus ille perpetuus sit, vt omnia in pristinum statum reponat, quod nomen ipsum demonstrat, non tamen potest ea restitutio facere vt minor fiat heres, posteaquàm substitutus iam heres fuit, sed tantùm vt ei vtiles actiones dentur, *d. l. au prætor alias. l. etsi sine. § sed quod Papinianus. D. de minor.* Quamquam si aliam rationem non haberemus, facile possent respondere interpretes quod notauit Andr. Barb. ad Baldum in *l. 2. col. penult. C. de liber. præter.* Eum qui semel heres fuit, non posse quidem desinere suum heredem esse iure prætorio, quia prætor heredis ius & nomen sicut dare non potuit, *d. §. quos autem*, ita neque adimere, sed non eo minùs verum esse vt desinere possit heres esse iure ciuili, cuius & in cæteris ferè omnibus maior quàm iuris prætorij autoritas esse solet, sed in iis maximè quæ ad hereditates pertinent, & ad heredes. Sed cùm & lex Aelia Sentia, & Senatusconsulta, de quibus diximus, non iuris prætorij sint, sed ciuilis, nec tamen facere potuerint non magis quàm Prætor, vt qui semel heres fuisset desineret heres esse, intelligimus nihil hac parte ius prætorium à ciuili discrepare. Quid ergo est quod interpretes mouere potuit, vt in iure tam aperto errarent? Primum illud quod viderunt aliquos esse casus in quibus ita comparatum est ex ratione iuris ciuilis, vt qui heres fuit, desinat heres esse, de quibus in sequenti capite latiùs dicendum erit, vt appareat manifestiùs quantopere interpretes iis abutantur. Alterum est, quod animaduerrunt etiam militibus priuilegium hoc datum esse: vt possint habere heredem, & ex tempore, & ad tēpus, *l. miles ita. 49. D. de testam. milit.* qua vna lege nititur Bartolus in *dict. §. quando in pendenti*, ad probandum posse per statutum fieri, vt quis sit heres in vita alicui defuncto, & postea desinat esse, & alius postea rursum sit heres directo. Quasi non aliunde priuilegium hoc miles ha-

beat, quàm à lege absurdum autem sit existimare, non posse legem ipsam facere id, quod alij, vt faciat, possit permittere. Sic enim Bartolus ratiocinatus fuisse videtur, sicque ratiocinari necesse est omnes quotquot hanc Bartoli traditionem sequuntur. Sed omnes malè, si ego, quid bene ratiocinari sit, intelligo. Priuilegium enim hoc militare datum est militibus, non à lege, sed ab Imperatoribus, *l.1.l. Diuus.24.& pass. D. eod.* Imperatores autem, sicuti sunt supra leges, ita facere potuerunt & fecerunt hoc casu, quòd nulla lex facere potuisset, vt testamenta militaria nullis legibus tenerentur, sed in iis nudam militis voluntatem inspici & sequi oporteret, quæ in alijs omnibus ex iure communi iusta & legitima esse debet, *d l.1. iunct. l.1. D. qui testam facer. poss.* Itaque ex eo quod milites facere possunt, non debet argumentum trahi ad id quod lex ipsa facere potest, cùm plus hoc casu possint milites quàm leges, quibus omnibus perpetuum hoc fuit, vt testamentorum, & hereditatum iura solemnia esse voluerint, neque ex hominum arbitrio pendere, *l. illa institutio.32. D. de hered. instit. l. nemo potest. D. de legat.* 1. tanquam quæ iuris publici sint, non priuati, *l.3. D. qui testam. facer. poss.* Sed etsi bona esset comparatio militis & legis, itemque legis & statuti, vt interpretes volunt; non aliud tamen posset ex eo inferre, quàm, posse per statutum fieri vt cuilibet liceat testamento suo heredem sibi scribere ex tempore, & ad tempus Nec enim aliud priuilegium milites habent, quàm vt liceat iis testari quomodo possint, quomodo velint, *d. l.1. d l. Diuus. 24. & pass. D. de testam. milit.* Cæterùm non posset miles, etiamsi maximè vellet ab intestato vnum heredem habere ad tempus, & alium ex tempore, quia militum priuilegia certum est non pertinere ad causam intestati. Quare nec aliud erit, etiamsi miles dixerit velle se habere vnum ex proximis agnatis heredem ab intestato vsque ad biennium, alium verò post biennium, quoniam vel pro testamento militari habendum id erit: quo admisso, non poterit successioni intestati locus esse; vel, quod magis puto, non valebit ea voluntas, neque iure testamenti militaris, quia miles expressit velle se decedere intestatum: actus autem nunquam operantur vltra intentionem agentium: neque rursum ab intestato, quia iuris communis ratio repugnat, quæ omnino sequenda est, vbi per priuilegium militare non excluditur. At statuta, de quibus tractant interpretes, cùm excludunt foeminas propter masculos, vt masculi sint heredes quandiu viuunt, foeminæ verò post masculos, non pertinent ad causam testati: Vix enim vnquā prohibent ne possit quis foeminas instituere, aut cum masculis, aut ante masculos, si velit, sed ad causam intestati: Quomodo & renuntiationes illæ iuratæ, quæ hodie tam frequentes fiunt per filias nubentes ex autoritate, *cap. quamuis pactum. de pact. in 6.* nunquā excludunt filias à successione testati, si fortè posteà institutæ reperiantur, sed tantùm à successione intestati, si quādo ea deferatur. Habent enim, vt alibi scripsimus, tacitam illam conditionem, si hereditas ab intestato deferetur, vt Bart. Castrens. & alij notant ad *l. qui superstitis. 94. D. de acquir. hered.* etsi possunt etiā vno casu pertinere ad casum testati. Non quidē vt impediant, ne filiæ quæ renuntiauit, aliquid in testamento relinqui possit siue institutionis, siue legati, aut fideicommissi titulo. Ne alioqui coarctetur facultas testandi, quæ per huiusmodi renunciationes potiùs ampliatur, sed vt si fortè filia nō tantùm successioni intestati renunciauerit, sed etiā petitioni legitimæ portionis, aut supplementi legitimæ, expressis verbis (alia enim renunciatio quantumcunque generalis non sufficeret vt ad legitimam aut legitimæ supplementum traheretur, secundùm receptā interpretū sententiā: quā tamen

nos in primæ Chiliadis nostræ parte improbauimus) excludatur ab actione, quã alioquin ex testamento haberet ad petendã legitimã, aut ad legitimæ supplementũ, cui petitioni nũquã locus est nisi facto demũ testamẽto, vnde est quod neque per aliã actionẽ petitur legitima, aut legitimæ supplementum, quàm ex testamento, *l. omnimodo.30. C. de inoff. testam.* Sed tamẽ non est ista testamẽtaria successio hereditaria, cùm legitima non sit pars hereditatis, sed bonorum, *l. Papinianus. §. quarta autem. D. eod.* potiúsque petitur supplementum legitimæ in casu testati, quàm ex causa testamẽti, cùm petatur contra testatoris voluntatẽ. Ergo cùm statuta excludẽtia foeminas ptopter masculos, & quoadusque masculi supererũt, pertineãt ad casum intestati, fatendũ necessariò est, vel non posse quẽ ex iis heredẽ fieri ad tẽpus, & aliũ ex tẽpore: vel maiorẽ fore huiusmodi statutorũ autoritatẽ, quàm sit vel esse possit priuilegij militaris, cuius tamen prætextu solo interpretes abutũtur. At neque imperator quisquã id vnquã constituit, vt eiusdẽ hominis hereditas ab intestato pertinere possit ad vnũ ex agnatis ad tẽpus; ex eo verò tẽpore ad aliũ agnatũ, quia nec id fieri posset quin tota iuris ratio peruerteretur. Non ob id solùm quòd hereditas, ex quo semel adita est, desinit esse hereditas, fitque patrimonium heredis, vt proinde iã nõ supersit vnde alius postea heres fieri possit: siquidem hereditas sola est, quæ proximè ac immediatè facit heredem, nec quisquã heres esse potest, vbi nulla est hereditas: verùm etiã quia cùm ab intestato per legẽ solã deferatur, vnde & legitima dicitur, certũ est legis potestatẽ vnica eaque prima delatione cõsumi. Quoniã eo demũ instãti quo verũ esse incipit, patrẽfamilias intestatum decessisse, intestati successio defertur: itaque nõ aliis quàm iis qui illo tẽpore capaces reperiũtur, *l.3.2. & pass. D. de suis & legit.* Et quãuis possit tẽpus illud interdũ pẽdẽre ex facti circũstãtiis, puta, si vel posthumus speretur, vel heres institutus deliberet de adeũda hereditate quã postea repudiet, vel interim decedat, vt in *d. l. vlt. §. quãdo in pendẽti. D. ad SC. Tertull. l. scripto. 7. D. vnd. liber. l. si quis filio. 6. D. de inust. rupt.* Illud tamẽ exploratũ est, nunquã posse pẽdẽre, ex quo tẽpore fuit successio semel acquisita, sicut nec olim pẽdebat ex quo fuerat delata. Id enim est quod dici solebat in suis non esse successionẽ, *d. l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit* neque in agnatis, *§. placebat, Instit. de legit. agnat. success.* Nimirũ vt qui primo illo delationis instanti non poterat succedere vel tanquàm suus vel tanquam agnatus, postea nunquam posset. Quod etsi à prætoribus primùm, deinde à Iustiniano pleniùs emendatũ est, vt post exclusũ prioris gradus agnatũ cui successio priore loco delata fuerat, siue per propriã repudiationẽ, siue alia qualibet ratione exclusus fuerit, sequẽtis gradus agnati possint succedere non tantũ prætorio, sed etiam ciuili iure *d. §. placebat.* Illud tamen ex iure vetere mansit inuiolabile, vt post hereditatem non modò delatam, sed etiam acquisitam alicui siue personæ, siue gradui, nulla amplius siue in suis siue in agnatis successio esse possit: sed in suis multo minùs quàm in agnatis. Nõ quòd sint minùs fauorabiles qui certè sunt fauorabiliores, sed quia plurium graduum agnati esse possunt, sui esse non possunt, quandoquidẽ suus ille dicitur, qui non tantùm in patrisfamiliàs potestate est mortis tẽpore, sed & primũ in ea gradũ obtinet: quantũ ad causam succedendi, *d. l. scripto. 7. D. vnd. liber. l. si filius familiàs. 33. D. de testam. milit.* Primũ autẽ gradũ mortis tẽpore saltè nõ obtinuit in causa succedẽdi ille, qui, quoquo modo exclusus fuit ab hereditate, alio succedẽte. Nec proinde fieri postea vnquã potest vt hic suus fiat qui semel ab hereditate exclusus fuit tanquam non suus. Agnati verò plurium graduum esse possunt, non quidem qui sint proximi, sed

tamen qui sint agnati. Et ob id Prætor, cùm olim pro sua iurisdictione temperasset partem illam iuris quę vetabat ne in agnatis esset successio, *d. §. placebat*, in suis tamen heredibus nihil immutauerat, vt nec Iustinianus noster hac parte quicquam immutauit. Quod si Prætor nihil immutandum putauit eo casu quo hereditas proximo agnato non solùm delata, sed etiam acquisita fuisset, non alia ratione id ab eo fuisse credendum est, quàm quia nec potest. s, nec ratio immutandi vlla erat, cùm hereditatis acquisitio, sicut hereditatis nomen & intellectum tollit, ita nullum alteri eiusdem hereditatis acquisitioni locum relinquat. Est autem huius rei luculentius & ad rem nostram accommodatius exemplum in media Iurisprudentia, quæ cùm ad conseruandas augendasque reipublicæ familias induxisset aduersus legem duodecim tabularum, quæ de suis heredibus indistinctè locuta fuerat, vt inter masculos & foeminas essent aliquæ in succedendo differentiæ, nunquam tamen eo temperamento vsa est, vt foeminas, saltem post extinctos masculos, succedere passa sit, sed eas, quo casu semel exclusæ essent, in perpetuum exclusas voluit, *l. maximum vitium. 4. C. de liber. præter.* Cùm tamen longè æquius fuisset ita ius constituti, vt non nisi post masculos foeminæ succederent, si qua iuris arte vel potestate id fieri potuisset, ne ab eo iure recedere, quod lex duodecim tabularum introduxerat, tantópere recederetur. Sed neque Iustinianus, licèt foeminis semper plus æquo fauens temperamentum illud prætermisisset, cum ius vetus legis XII. tab. in vsum reuocauit in *d. l. maximum vitium*, abrogato iure illo quod per tot sęcula obtinuerat fauore masculorũ, & in exclusionem foeminarum, si potuisset foeminas excludere ad tempus, id est, quàdiu masculi superessent, easdem verò ex tempore admittere, id est, post defectum masculorum qui aliquando heredes fuissent. Quis enim non videt, quàm sint hac in re masculi foeminis fauorabiliores, quippe per quos solos familiarum dignitas conseruari possit, ex qua sola reipublicæ quoque splendor æstimatur? Sed cùm videret Iustinianus non posse propter masculos excludi foeminas ad tempus, quin esset necesse illas in perpetuum exclusas manere; hoc verò nimis durum, & ab ipsis naturæ legibus alienum existimaret, coactus fuit eandem in omnibus facere conditionem masculorum & foeminarum, nullo adhibito temperamento, quia nec potuit vllum adhiberi. Ergo quod neque lex, neque media tota Iurisprudentia, quę constans ex prudentum interpretatione Ius ciuile per emphasim appellatur in *l. 2. §. his legibus D. de orig. iur.* neque Prætor, neque Imperator vllus fecit aut facere potuit vt esset quis heres ex tempore, aut ad tempus. Cur, aut quomodo per statutum fieri patiemur? Præsertim verò cùm alia & multo commodiore ratione possit eodem ferè iuris effectu & masculis prospici, & foeminis salua legum autoritate: nimirum ita condito statuto, vt soli quidem masculi ab intestato succedant, exclusis omnino ab intestati successione foeminis, sed cum eo tamen onere, vt cogantur cauere vel satisdatò, vel saltem nuda, sed tamen iurata repromissione, *De portionibus hereditariis*, quæ ad foeminas, si exclusæ non fuissent, ab intestato peruenturæ fuerant, restituendis aut foeminis ipsis exclusis, aut ipsarum heredibus, quandocunque masculos omnes contingeret defecisse. Ita namque fieret vt tantundem consequerentur foeminæ ex eiusmodi obligatione tanquam ex statutario quodam fideicommisso, quantum si ab intestato succederent post masculos, neque tamen legum autoritas, quę semper sancta esse debet, violaretur. Id nisi factum sit, defendo constanter non valere statutum per quod legitima successio intestati deferatur foeminis post

exstin-

extinctos masculos, quibus eadem fuerit aliquando non solùm delata, sed etiam acquisita. Quod enim semel cœpit in dominio esse masculorum, quomodo potest inuitis iis transire ad fœminas tanquam hereditarias eius personæ, quæ iam inde à toto tempore habuerit heredem: *arg. l. si ego. 9. §. si res. D. de iur. dot.* Dices, Hoc ipsum tamen euenire in testamentaria militis successione, si miles scripserit heredem Titium vsque ad biennium, Sempronium verò post biennium. Nam post biennium hereditas militis, quanquam acquisita Titio, nihilominus eo inuito acquiritur Sempronio. Verùm præter id quod iam diximus, non esse quærendam rationem iuris, aut legum potestatem in militaribus testamentis, illud etiam obseruandum est, Priuilegium militis inter cætera vnum hoc esse, vt possit decedere cum duobus, adeóque pluribus testamentis, *l. quærebatur. D. de testam. milit.* quod cùm euenit, tot hereditates reliquisse videtur, quot testamenta. Hoc enim etiam priuilegium in alterius consequentiam ei acquiri necesse est, vt pro diuersitate rerum, de quibus testatur, diuersas quoque hereditates reliquisse intelligatur, non solùm si in diuersis testamentis testatus fuerit, vt in *l. 39. §. 1. eod.* sed quod magis est, etiamsi in vno, eodémque testamento, si fortè alium heredem scripserit bonorum castrensium, alium cæterorum, vt in *l. si certarum. 17. §. 1. eod.* (nam si in eodem testamento plures certarum rerum quæ eiusdem generis sint, instituerit, veluti alium vrbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium cęterarum rerum, valebit institutio, tanquam facta non solùm in vno testamento, sed etiam in vna hereditate, perindéque habebitur, atque si eos sine partibus heredes instituisset, résque omnes suas per pręceptionem cuique legando distribuisset, *d. l. si certarũ. in princ.*) In proposito igitur cùm miles instituit heredem Titium vsque ad biennium, Sempronium verò post biennium; dico videri militem decessisse cum duobus testamentis, quemadmodum si nihil de Sempronio cauisset, & solum Titium cum eadem adiectione, *vsque ad biennium*, heredem scripsisset pro parte temporis testatus, id est, pro biennio duntaxat, pro reliquo autem toto tempore intestatus decessisse diceretur, *l. si miles. 6. d. l. miles ita. 41. eod.* Nam quę hereditas caderet in causa intestati post biennium, nullo alio ex eo tempore herede scripto, eadem cadit in causa alterius testamenti, scripto herede post biennium Sempronio: ac proinde quemadmodum alia esset hereditas, quę legitimo heredi deferretur, quàm quę Titio vsque ad biennium instituto delata fuisset, quoniam hereditas testamentaria tota specie, nedum numero differt à legitima, nec fieri potest vt eadem sit numero aut specie quę vni acquisita sit ex testamento, alteri autem ab intestato acquiratur: ita & cùm instituto ad biennium Titio instituitur post biennium Sempronius, licèt in iisdem tabulis, aut in eodem puluere, duo tamen testamenta sunt, & cõsequenter duę hereditates esse intelliguntur, quarum vna Titio ex priore testamento, altera Sempronio ex posteriore deferatur. Nihil enim refert an testator ex vna institutione partem aliquam patrimonij sui, an verò partem temporis subtraxerit, & vtroque casu verum est voluisse illum decedere cum duobus testamentis, & in necessarium antecedens, cum duabus hereditatibus testamentariis, non secus ac videretur decessisse cum duabus hereditatibus, sed vna testamentaria, alia legitima si decessisset pro parte testatus, & pro parte intestatus, siue pro parte temporis siue pro parte bonorum. Iam ergo mirum non est, si post biennium succedat Sempronius iure directo, etiam inuito Titio, quandoquidẽ succedit & ex alio testamento, & in alia quauis eiusdem hominis hereditate. At

non sicut potest miles decedere cum duobus testamentis, & cum duabus hereditatibus, siue quæ ambæ sint testamentariæ, siue quarum altera sit testamētaria, altera legitima. Ita possis dicere, Posse militem, aut alium quempiam bis decedere intestatum, aut cum duabus hereditatibus legitimis, & ab intestato. Et tamen absurdum hoc, quo nihil absurdius, necesse est induci per ista statuta, quæ excludunt foeminas fauore masculorum, vt soli masculi ab intestato succedant quandiu viuunt, post eos verò extinctos foeminæ ab intestato quoque succedāt. Vel enim duas hereditates legitimas induci oportet, vt possit bis succedi, atque ita patrem familias dici bis decessisse intestatū: quod sanè non priùs admittam, quàm tu pro interpretibus probaueris posse quem bis mori: vel si voles hoc inducere ex authoritate statuti, vt in eadem eiusdem hominis hereditate possit masculus primùm, deinde post mortem masculi foemina, ambo in solidum, & ab intestato succedere, hoc saltem ero assequutus, vt appareat, neque priuilegij militaris, neque alio vllo exemplo eam authoritatem statutis tribui posse.

ERROR II.

De casibus in quibus is qui semel heres fuit, desinit iure ciuili heres esse.

TRES tantùm casus inuenio, in quibus potest fieri, & verò fit iure ciuili, vt contra vulgarem iuris regulam is, qui semel heres fuit, desinat esse heres: quorum priores duo fuerunt veteri Iurisprudentiæ cogniti: tertium Iustiniani authoritas introduxit. Primus ille est, quem Paulus noster ponit in *l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulg. & pupill. subst.* si heres ritè institutus post aditam legitimè hereditatem redactus fuerit in seruitutem. Hic enim sicut desinit esse liber, ita & desinit heres esse: quia heres nemo est, aut manere potest, qui non sit & maneat liber: cùm heredem qui dicit, dicat dominum ex iure Quiritium, id est, ex legibus Romanis: cuius tamen iuris non magis retinendi, aut conseruandi, quàm acquirendi capaces sunt serui, quos nimirum ius ciuile non tam pro mortuis, quàm pro nullis habet. *l. qod attinet. D. de regulis iuris.* Secundus gradus est à Iuliano traditus in *l. in substitutione 31. D. eod. tit. de vulgar.* si post aditam ex testamento hereditatem proposita sit querela inofficiosi testamenti, eáque obtinuerit. Nam cùm sit odiosa, propterea quòd suprema defuncti hominis iudicia rescindit, & quidem eo colore quasi fuerit ille demens & insanus, ideóque non sit permittenda nisi ex necessitate, id est, cùm alio remedio consuli non potest ei qui contra pietatis officium & iniustè fuit exheredatus, apparet non aliter, neç priùs eam posse competere quàm adita sit hereditas per heredem institutum, *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. D. de inofficioso testamento. l. si quis filium. 34. in fin. C. eod.* quia quandiu non est adita, fieri potest vt testamentum destituatur, herede siue repudiante, siue dum deliberat, aut etiá posteaquam deliberauit, sed antequam adeat, decederitē. Destituto autē quandocunque, & quomodocunque testamento, nulla posset querela esse necessaria ei qui suo iure ab intestato esset successurus: rursum vbi adita est ab herede scripto hereditas, si querela proponatur, & heres vincatur siue in solidum, siue

pro parte, illud etiam euenire necesse est, vt eatenus deficerit esse heres is qui antea fuerat ex eo testamento, quia iuris ratio non patitur vt ex testamento quod ruptum fuit per querelam inofficiosi hereditas retineatur, non magis quàm vt ex testamento iam rupto acquiratur. Vel enim nullus potest effectus esse querelæ inofficiosi testamenti, vel ille esse necessariò debet, vt pro qua parte vicit, redigat testatorem ad causam intestati, *l. Tutta 13. l. mater decedẽs. 19. & pass. D. eod.* Inde fit, vt plerunque testator, cuius testamentum per inofficiosi querelam impugnatum est, decedat pro parte testatus, pro parte intestatus: quoties nimirum querela pro parte tantùm mota fuit, & vicit, puta, si ex duobus filiis, quorum alter iniustè ac immerenter, alius iustè exheredatus fuerat, ille solus egerit & obtinuerit, quem pater sine causa exheredauerat: alius verò aut non egerit, aut saltem non obtinuerit: vel si duobus heredibus institutis filius exheredatus contra alterum duntaxat heredum egerit, aut contra vtrumque quidem egerit, sed contra alterutrum duntaxat obtinuerit, *l. circa. 24. D. eod.* Nec impedimento est iuris regula, quæ vult non posse quem in paganis decedere pro parte testatum, & pro parte intestatũ. *l. ius nostrũ. 7. de reg. iuris.* Id enim sic intelligi debet, vt ab initio verum sit, & eo tempore quo lex inducit hereditatem, quia nunquam lex inducit eodem tempore duas eiusdem hominis hereditates, siue quæ ambæ sint testamentariæ, siue quæ ambæ legitimæ, siue quarum altera testamentaria sit, altera legitima: sed vnam duntaxat, eámque vel testamentariam, vel legitimam; nũquam partim testamentariam, partim legitimam: quoniam ea diuisio in vnam eandémq; hereditatẽ cadere non potest, nec si de militis hereditate agatur. Sunt enim ista non modò contraria, sed etiam contradictoria: ideoque non de militis hereditate agimus, quem placet posse ex priuilegio decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, quia pro arbitrio, & citra vllam legum obseruationem testandi ius habet, si quando id contingat, vt voluerit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, non vnam ipsius hereditatem constituimus, quæ sit partim testamentaria, partim legitima: sed duas, quarum nec vna sit testamentaria, altera tota legitima, vt superiore capite dicebamus, sicut & duas hereditates testamentarias, si miles decesserit cum duobus testamentis, siue facta sint diuersis temporibus, & in diuersis tabulis, siue in iisdem, puta vno herede scripto ad tempus, & alio ex tempore, *vt in l. miles ita. 41. D. de testam. milit.* Sed cùm testamentum, quod ab initio totum valuit, postea per querelam inofficiosi testamenti pro parte rescinditur, necessariò euenire oportet, vt ex postfacto hereditates duæ constituantur, vna testamentaria, altera legitima: quia, sicut testamentariam, quam solam lex induxerat, retineri impossibile est pro ea parte, pro qua paterfamilias factus fuit intestatus: ita legitimam nouámque induci necesse est, vt filius qui vicit, succedere ab intestato possit, ne alioqui victoria ei non prosit. Quomodo enim posset fieri heres legitimus sine legitima hereditate? Quare nec pro absurdo habemus id fieri, quod ita fieri necessariò oportet. Ergo supradictis duobus casibus desinit re vera & iure quoque ciuili heres esse is, qui re vera & ex eodem iure ciuili heres fuit. Sed an ideò dici poterit hereditatem ad tempus aut ex tempore datam esse? Minimè verò. Nam vtroque illo casu hereditas erat acquisita heredi eo legis voto, vt heres eum perpetuò esset, quia nec præuisus erat, nec præuidendus casus ille abominabilis, quo hic heres in seruitutem redigeretur: aut testamentum, cuius Romani per querelam, quasi iudicium dementis & insani hominis, rescinderetur.

Inter hos tamen casus illa differentia est, quòd in priore, id est, cùm heres in seruitutem redactus fuit, non idcircò alius potest fieri eiusdem testatoris heres, siue testamentarius, siue legitimus, sed hereditas quæ fuerat heredi acquisita, & transierat in patrimonium ipsius, acquiritur fisco, vt cetera bona omnia eorum, qui per sententiam fiunt serui poenæ. Nec enim ita desinit heres esse, vt nunquam fuisse videatur. Ideoque, si hic idem postea aduersus sententiam restitutus sit, nihilominus perinde potest ex pupillari substitutione succedere, ad quam vocatus fuerat: quasi si quis patri heres fuisset, ac si nunquam heres esse desiisset, *d. l. ex facto. §. vl.* quamuis restitutio non faciat eum rursus heredem. In posteriore verò specie cùm heres per querelam victus est, ita desinit esse heres, vt tamen alius heres fiat, sed non tanquam ex tempore tantùm, at ita, vt ex die mortis heres ab intestato fuisse videatur. Miles enim pro parte quidem bonorum potest ex postfacto decedere testatus, & pro alia parte intestatus, sed pro parte temporis nunquam potest, ne quidem ex postfacto: quia heredem facit continuatio dominij, quæ nulla esset, si vel minimum instans intercederet inter defunctum & heredem, siue vacuum fuisset illud instans, siue ab alio herede occupatum. Nec tamen ideò impeditur is qui per querelam heres esse desiit, quominus possit esse heres ex pupillari substitutione, quia sufficit quòd heres fuerit quandocunque. Tantum autem abest, vt querela inofficiosi testamenti tollat intellectum acquisitæ ex testamento hereditatis, vt è contrario non possit fieri mentio querelæ, quin præsupponatur & adeundam, & aditam fuisse hereditatem ex testamento. Ergo, inquies, videbuntur fuisse duo heredes eodem tempore, ac pro eadem portione, & qui vicit, & qui victus fuit. Nego cõsecutionem. Nam qui prior fuit, nunquam fuisse intelligitur, si iuris rationem & potestatem inspicias, ideòque nec legata competunt, nec libertates, si intra quinquennium actum sit. *l. Papinianus, §. §. vlt. & l. seq. D. de inoff. testam.* Sed tamen in facto verum est heredem eum fuisse aliquando, quod sufficit, vt conditio pupillaris substitutionis completa videatur: quia in conditionibus non ius, sed factum versatur. Et hæc vera, quanquam satis obscura ratio est, *d. l. in substitutione 31. D. de vulg. & pupil. subst.* vbi, quod ponitur, nonnisi pro parte motam querelam fuisse, causam illam habet, quia si patris testamentum ruptum esset per querelam inofficiosi testamenti, non posset valere pupillare, quod pars est, & sequela paterni: ex quo, tanquam ex eo quod principale sit, cõfirmari, ac vires accipere debet. *l. penult. D. de testam. quem. aper.* Nec dignus esset cui permitteretur testari pro filio pater, qui pro se ipso nonnisi tanquã insanus & demens testatus fuisset. *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis. in fin. D. de inoff. testam.* Tertius casus, in quo desinit iure ciuili heres esse, qui antea fuerat, ille est, quem Iustinianus introduxit *Nouell. 1. de hered. & falcid. cap. 1. §. si quis autem.* vbi constituit, vt si heres non implens quod dispositum à testatore fuit, etiam ex decreto Iudicis admonitus, annum totum protraxerit à die admonitionis numerandum, non agens hoc quod præceptum est: ac proinde adita iam per eum hereditate, desinat esse heres: & siquidem erat heres ex parte, ipsius portio adcrescat coheredi satisfacienti iudicio testatoris. Si verò erat in solidũ heres, permittebatur fideicommissario vniuersali: aut si vel non sit, vel nolit, legatariis ipsis, vt hereditatem adeant, atque ita heredes fiant. Quæ constitutio sanè non solùm valdè noua est, sed etiam iudicio meo valdè absurda & inepta. Totam enim non modò Iurisprudentiam veterem, sed & ipsa ferè iuris nomina peruertit, dum facit ex heredibus non heredes, ex legatariis verò, aut fidei-

commissariis heredes. Quo enim iuris colore potest heres fieri is quem testator legatarium dumtaxat aut fideicommissarium esse voluit, & cui nunquam hereditatem detulit? E contrario autem is, quem & testator & lex heredem fecerat, cur priuandus est hereditate, ob id solùm quòd non impleuerit voluntatem testatoris, quam vt etiam inuitus impleat cogi possit, aliis tot propositis in eam rem iuris auxiliis, siue personali, siue hypothecaria actione experiri velint ij, qui non tantùm heredem, sed ipsas etiam defuncti res omnes habent obligatas. Quare nec ratio illa constitutionem hanc tueri potest, quòd lata videatur ad conseruandam defuncti voluntatem, cuius nimirum conseruandæ tot alij erant modi multo expeditiores. Ob id namque dicebat iam olim Papinianus noster in *l. si patroni 55 § qui fideicommissam ad SC. Trebell.* adita semel hereditate totam defuncti voluntatem ratam constitui, non quasi iam ex eo aditionis tempore sit impleta, sed quia periculum amplius nullũ subest ne non impleatur per heredẽ testamentariũ, qui cùm succedat ex voluntate, nullã probabilẽ excusationem adferre & causari potest cur non in omnibus voluntatem exequi cogendus sit. Tametsi eo Papiniani sæculo nondum obtineret, quod idem Iustinianus postea induxit vt pro legatis & fideicommissis hypothecaria quoque exerceri posset, *l. 1. C. commun. de legat.* Sed & illud quàm absurdum est, quod eadem constitutio inducit, vt heres ex asse institutus fortassis filius, cui alio herede instituto legitima tantùm portio deberetur, hereditatem quidem amittat, legitimam verò portionem retineat? Quis ferat legitimã deberi ex asse instituto? Præsertim si ponas indignum eum fieri adeò vt hereditas ipsi auferẽda sit? Annon enim legitima quoque indignus videri debet, qui dignus est, vt ei hereditas auferatur? Nam & si filius ex asse institutus vellet omissa hereditate legitimam solam petere aut retinere, non esset hoc ipsi permittendum, vt vulgo nostri tractãt, nec malè post Bart. ad *l. 4. D. ad SC. Trebell.* quia, vt ait Bart. non habet filius, quod conquetatur de testatore, à quo fuit ex asse institutus, nec si sub conditione aliqua dummodò potestatiua institutus fuerit, sibique potiùs imputare debet, cur heres esse noluerit, cùm posset. Quanto magis hoc ipsum imputari potest ei qui & heres ex asse aliquando fuit, quo tẽpore confusa fuisset petitio legitimæ, etiamsi qua ante aditionem competiisset (nec enim eam sibi ipsi debere filius potuisset) & non nisi ex culpa sua heres esse desiit ob non impletam, quam implere & potuit & debuit defuncti voluntatem? Decepit Iustinianum, quòd hic filius, etiãsi voluntatem defuncti impleuisset, quartam tamen aut falcidianam ex legatis, aut Pegasianam ex fideicommisso vniuersali retinuisset: Nempe quia heres fuisset, heredi autem, qui tanquam heres aut legatis aut fideicommissis oneratus est, eiusmodi quartæ retentio competit, aut deductio. At cùm ob non impletam defuncti voluntatem heres esse desinit ex Iustiniani constitutione, nullum certè ius habere potest quartæ retinendæ. Idque præsentiens Iustinianus, non quartam falcidianam, aut Pegasianam ei dat, sed legitimam, quasi filio, quòd quamuis desinat esse heres, non tamen desinat esse filius. Sed cogitare debebat, quod nos modò diximus, nec filio tanquam filio legitimam vllam deberi, cùm ex asse institutus fuit. Quid enim ampliùs à patre potuit vel spectare, quàm vt ex toto asse institueretur, aut quid amplius præstare pater potuit? Et verò cùm nulla lex sit, quæ patrem cogat vt inuitus legitimam filio relinquat; sed filio quantumcunque immerenter exheredato vnicum supersit auxilium in querela inofficiosi testamenti, aduersus quem, obsecro, aut de quo posset queri de inofficioso

is qui solus & ex toto asse institutus proponeretur? Iam enim diximus, & notissimum est, non competere querelam inofficiosi testamenti, nisi contra heredem testamentarium, & adita iam hereditate. Hæc omnia eò pertinent, vt appareat constitutionem illam Iustiniani tam esse alienam, &, vt loquuntur, exorbitantem à iure communi, vt non ex ea sumi debeat argumentum ad probandum quod volunt interpretes, Posse legem facere, vt qui semel heres fuit, posteà desinat heres esse: quod sanè falsissimum est. Probares potiùs, & optimè posse Imperatorem hoc facere: sed probabo etiam ego, quod in præcedentibus disputaui, hoc posse facere Imperatorem, non quia possit facere legem, sed quia sit supra leges. Quis enim nisi supra leges positus talem legem, qualis est ea Iustiniani constitutio, facere vnquam potuisset? In aliis verò superioribus casibus, quos veteri iurisprudentiæ cognitos fuisse diximus, non potestas, sed potiùs impotentia legum illa est, quæ facit vt qui semel heres fuit, heres esse desinat. Nec enim heres qui in seruitutē redigitur, heres esse desineret, si esset in potestate legis facere vt seruus heres esse posset. At non potest lex hoc facere, quoniam implicat contradictionem vt idem sit heres & seruus, quemadmodum vt idem sit & seruus & liber, cùm heres nemo esse possit nisi qui sit ciuis Romanus; nec rursus ciuis Romanus, nisi qui sit liber. Similiter cùm is qui heres ex testamento fuit victus per querelam inofficiosi testamenti, heres esse desinit, non alia ratione id fit quàm quia non est in potestate legis facere, vt ex eo testamento, quod ruptum & rescissum fuit, hereditas aut acquiratur, aut si antea fuerat acquisita, retineatur. Quid enim aliud est ruptum esse, rescissumque testamentum, quàm vires ipsius collapsas esse, vt perinde iam haberi debeat, acsi nunquam factum fuisset? Facere autem quod interpretes per statutum fieri posse volunt, vt qui heres factus est, desinat esse heres sola legis potestate: tametsi nihil impediat quominus in perpetuum heres remaneat, hoc verò esset summæ supremæque potestatis, sed tantæ, quantam nec lex habere potest, nec populus ipse cuius est legem & statuta condere, sed solus ille, qui supra leges ideo est, quia est etiam supra populum; puta Imperator Romanus, aut quisquis alius supremam in populos suos potestatem habet. Faciunt ergò parem vim statutorum, & constitutionum Imperatoriarum, maiorem scilicet quàm legum, qui volunt per statutum fieri posse vt qui ab intestato heres fuit, desinat esse heres, quinimò etiamsi nolint, faciūt maiorem. Nullus enim possit facere Imperator, vt eiusdem hominis hereditas tota & ex asse bis ab intestato deferatur, multo minùs vt bis acquiratur, ne quidem in persona vnius heredis, quanto minùs in personis plurium? Videlicet quòd neque possit facere Imperator, vt vnus idemque homo bis moriatur, aut vt eadem hereditas sit & vna & duplex, quoniam hæc quoque omnia implicant contradictionem. At neque fecit vnquam vllus Imperator, nō magis quàm lex, vt heres quis sit ad tempus, & alius ex tempore etiam facto testamento extra casum militaris testamenti. Nam in suprascriptis casibus, in quibus diximus impotentia magis quàm potestate legis fieri vt qui heres fuit desinat heres esse, non ideo tamen fit vt heres quis sit ex tempore aut ad tempus, vt neque in casu constitutionis Iustiniani. Qui enim posterior heres est, retrofingitur & solus & semper heres fuisse, vt suprà explicauimus. Ergo hic error interpretum non modò rationem nullam habet, sed neque exemplum.

ERROR III.

Si pacto conuenerit de succedendo ex tempore & ad tempus.

QVOD interpretibus & pragmaticis vsuuenire solet, vt ab errore in errorem decidant, idipsum iis accidit in proposita quæstione, De hereditate ex tempore, & ad tēpus deferenda. Nam posteaquàm pro certissimo & constantissimo principio habuerunt, posse fieri per statutum, vt heres quis sit ex tēpore & ad tempus, etiam ab intestato, subinde incipiunt quærere, an idem possit fieri per pactum. Iis nimirum casibus, quibus obtinuit, siue autoritate iuris pontificij propter religionem adhibiti iurisiurandi, siue potiùs ex consuetudine iam ferè ybivis gentium recepta contra manifestam iuris rationem, vt per pactum possit dari hereditas, præsertim verò in tabulis dotalibus inter Principes aut illustres nobiles conscriptis. De qua consuetudine Doctores plerique ex Gallis potissimū & ex Italis attestātur. Statim verò pragmaticis occurrit, quod respondeant ex trito illo brocardico, quod habet, Valere argumentū à statuto ad pactū, & contrà: quòd populi & subditi qui statutum adprobant, hoc ipsò velùt ex proprio pacto ad eius obseruationem obligentur. Ideòque non desunt, qui audacter respondeant, non minùs per pactum, quàm per statutum fieri posse vt hereditas vni ad tempus detur, alij verò ex tempore. Quibus ignoscerē, si essent nudi pragmatici: sed sunt etiam ex istorum numero plerique, nec ignobiles Iureconsulti, cum quibus mihi longa & magna fuit contentio in Italia, dum pro illustriss. D. Anna Estensi, Namurci Carnutúmque Ducissa de Alfonsi secundi Seren. ss. Ferrariæ Ducis hereditate, contra Serenis. D. Cæsarem Estensem Ducem Mutinæ disceptaremus. Erat enim hæc ferè vna certè maxima quæstio ad litem pertinens, An pacto dotali quod in D. Annæ fauorem adhibitum fuerat, fieri potuisset vt ipsa heres esset patri & matri ab intestato, posteaquàm Alfonsus frater quamdiu vixerat, heres ipsis extitisset. Volebant enim aduersarij pactum quod his verbis conceptum erat, *Possit tamen & valeat ipsa Illustriss. D. Anna in casu extinctionis totius sobolis masculinæ dicti Herculis patris sui, & suorum masculorum descendentium per lineam masculinam succedere in dictis bonis paternis & maternis, quæ remansissent in hereditate vltimi eorum morientis*, intelligendum esse de successione intestati, vt inferrent, Facto igitur per Herculem testamento, nihil eam iuris in bonis paternis habere posse. At ego contrà dicebam, non posse pactionem illam intelligi de successione intestati, propterea quòd cùm esset coarctata ad ea bona paterna & materna, quæ in vltimi masculi hereditate reperirentur, apparebat, non de aliis bonis conuentum fuisse quàm quæ facta fuissent fraterna: ac proinde collatam fuisse successionem in eum casum quo Alfonsus, aut alius quisquis esset masculus Herculis, iam Herculi successisset. Itaque si post vltimi illius mortem D. Anna non nisi ab intestato parentibus suis succedendi ius haberet, futurum vt Alfonsus, aut alius ille vltimus masculus, quandiu vixisset, heres fuisset ab intestato, si parentes ex suppositione intestati decessissent. Ex eo verò tempore quo vltimus masculus decessisset, D. Anna heres esset similiter ab intestato: Ille igitur ad tempus, ista ex tempore, quod negabam ego per pactum fieri potuisse, idcircòque defende-

bam sic pactum esse interpretandum, vt de iure succedendi ex pacto, & tanquã ex substitutione conuentionali, non de successione ab intestato cogitatum videretur, quam proinde non magis testamenta parentum, quàm vltimi masculi euertere potuerant in fraudem & diminutione dotis, quæ partim ex hoc pacto constabat. Cùm verò aduersarijs vna illa replicatio superesset, vt diceret; imò verò etiã per pactũ æquè ac per statutũ fieri potuisse, vt masculi essent heredes quandiu viuerent; post eos verò extinctos, D. Anna heres esset ab intestato, tandè eò recidebat disputatio, vt quæri oporteret, An per pactũ hoc fieri, necne potuisset. Non deerant nobis alia quamplurima & fortissima argumẽta, partim ex verbis contractus, partim ex mente contrahentiũ: omnia verò ex iuris ratione desumpta, quibus sententiam & interpretationem nostra confirmatemus. Sed de iis nunc dicere nihil attinet, quia melius & commodius visum est de tota disceptatione librum conscribere, quem breui fortasse in lucem daturi sumus. Digna enim res est, quæ & Domino sacri Palatij Apostolici, & quotquot sunt in toto terrarum orbe, iureconsultos præstantes, hac eat iudices, & definitores. Sufficiet hic paucis errorem istum, De faciendo per pactum herede ex tempore & ad tempus, & indicasse, & confutasse. Adferebam pro sententiæ meæ comprobatione & ipsa omnia quæ attuli in præcedentibus, contra errorem illum, De statuto faciente heredem ad tempus, & ex tempore: non quòd putarem posse me vnquam ab aduersariis, aut à iudicibus impetrare, vt faterentur errasse in eo Bartolum, cæterósque interpretes, quos sciebam veteris illius erroris tam pertinaces assertores: sed vt ostenderem, ex ea opinione, quæ tam apertè falsa esset, nec nisi vana errantium autoritate niteretur, non debere sumi argumentum ad alium errorem, qui longè absurdior foret, inducendum. Nam si quod non ratione, sed errore primùm, deinde consuetudine obtentũ est, in aliis etiã similibus non obtinet, vt ait, *l. quod non ratione. 39. D. de legib.* quando nec ea quæ à prudentibus ipsis contra iuris rationé recepta sunt, produci debent ad consequetias, *l. quod verò. 14. eod. tit.* quãto minùs obtinebit in aliis causis omnino dissimilibus: Sunt autẽ pactiones valdè dissimiles statutis, in eo maximè de quo disputamus. Statuta enim nõ solùm ius faciũt inter subditos statuentibus, sed etiã legũ vim habere existimatur. Pacta verò certũ est legũ autoritate nõ censeri, *l. penult. D. de suis & legit. l. pactum quod dotali. 14. C. de pact.* Itaque cùm maior sit autoritas statutorum, quam pactorum, admittendum quidẽ est, posse omnia per statutũ fieri, quæ possunt fieri per pactũ; Itémque, quod per statutũ fieri nõ potest, multo minùs per pactũ fieri posse, sed nõ è cõtrario posse per pactũ fieri omnia quæ possunt fieri per statutum; aut quod per pactũ fieri nequit, multo minùs fieri posse per statutum. Id enim est quod ex interpretibus quoque nostris peritiores solent dicere, Valere argumentũ à statuto ad pactum negatiuè, non adfirmatiuè: à pacto autẽ ad statutũ adfirmatiuè, non etiam negatiuè, quomodo dicere solent logici de omnibus quæ ad inuicem se habent per maius & minus. Nec est quod quis dicat, etiam pacta hodie legum autoritate censeri, postquàm placuit vt ex pactis saltem iuratis & dotalibus deferri possint hereditates. Non enim sicut generali ferè locorum omnium consuetudine receptum illud est, inuita etiam iurisprudentia, vt valeant pacta tam de succedendo quàm de nõn succedendo, si facta sint ex causa dotis & adhibito iureiurando, immò etiãsi nullũ iusiurandum interuenerit, si modò per pactioné inducátur æqualitas inter liberos, vt cõstat ex Imperatoris Leonis cõstitutione 19. cui tit. est *de pacto paterno*, ex æquo heredem futurum filium,

filium, ne alioqui decipiantur contrahentes matrimoniũ, qui aliis legibus contracturi non fuissent: ita & illud consuetudine aliqua receptum est, vt per pacta possint dari hereditates ex tempore, aut ad tempus, quia nimirũ nec fuit necessarium, nec vllo modo vtile, aut æquum, eam consuetudinem induci, quæ non modò futura esset contra leges, sed etiã maiorẽ autoritatẽ datura pactis quàm legibus, cùm nulla lex possit hoc facere, vt heres quis sit ex tempore aut ad tempus, præsertim ab intestato. Fuerat quodãmodo necessarium, vt induceretur consuetudo per quã fieret, vt etiã pactis saltem iuratis, & dotalibus quamuis inæqualitatem inter liberos inducentibus, hereditates deferri possent, cùm ea ratione fiat quotidie, vt multa matrimonia contrahantur, quæ alioqui non contraherẽtur: nemo autem nescit vtilissimum esse reipublicæ quicquid inuitare potest homines ad nuptias contrahendas, aut nuptiis viam sternere ampliorem & faciliorem. Etsi autem etiam citra hanc consuetudinem, & ex iuris ratione poterant fieri pactiones, quæ bona paciscentium obligarent, vt post mortem alicuius ea bona ad alium peruenirent, *l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr hered. incip.* dum ne quid de hereditariæ successionis iure conuertum videretur: non eo minus tamen necessaria, aut saltem vtilis fuit inductio consuetudinis, De hereditatibus ex pacto deferẽdis, cùm hereditates pleniore non tantùm titulo, & honore, sed etiam commodo & emolumento deferantur, *l. filius. § sed etsi portio. D. de legat. præst.* At verò, vt per pactum posset vnus fieri heres ad tempus, alius autem ex tempore, nil erat necesse induci, neque possibile, cùm nec leges ipsæ hoc facere possent, sufficerẽtque in pactis remedium substitutionis conuentio alis ad obligandum eum qui semel heres fuisset, vt siue viuus, siue post mortem suam restitueret bona quæ fuissent hereditatis alteri qui non posset fieri heres in ea hereditate quæ desiisset esse hereditas: Quẽadmodum & in hereditatibus quæ per leges, siue ex testamento, siue ab intestato acquiruntur, non aliud remedium comparatum est quàm fideicommissi, vt in aliũ, siue ex testamento, siue ab intestato transferantur. Nam & in contractibus fieri posse substitutionem conuentionalem certũ est, *l. 3. C. de donat. quæ sub mod. l. 2. C. de donat. caus. mort. l. Publia. 26. D. deposit.* quã interpretes nostri, licèt minùs appositè, fideicõmissum conuẽtionale appellant, in *l. qui Romæ. 122. § coheredes. D. de verbor. obligat* Atqui fideicõmissũ in hereditatibus, quæ per legẽ deferuntur, non facit, vt qui heres fuit, esse desinat, nec vt fideicõmissarius ex tempore restitutionis heres fiat, siue ex testamento, siue ab intestato fideicõmissum relictum sit; sed tantùm vt exinde incipiat esse loco heredis, *§. restituta. Instit. de fideic. hered l. 2. D. ad SC. Trebell.* Ergo & in hereditatibus quæ per pactum deferuntur idem obseruandum est, vt si ab vna persona in aliam eas transire contrahentes velint, non alia ratione id assequi possint, quàm per viam siue substitutionis, siue fideicommissi conuentionalis. Tanto igitur absurdius fuerit in dubio dicere, cogitatum fuisse à contrahentibus de faciendo herede vno ad tẽpus ab intestato, & alio herede ex tẽpore, cùm nulla mẽtio facta est neq; heredis, neq; hereditatis, neq; successionis intestati, quando nec id expressim facere cõtrahẽtes potuissẽt, tametsi maximè voluissent. Verũenimverò parũ nobis rationes istæ profuissẽt, nisi Bartoli quoq; autoritatẽ in auxiliũ adsciuissemus. Is ad *l. vlt. §. quãdo in pendẽti. D. ad SC. Tertull.* posteaquàm errorẽ illũ inuexit, vt possit per statutũ hereditas deferri ex tẽpore & ad tẽpus, subiungit in *versic. non obstat lex.* Imperator verba illa, *tãdiu, quoadusque*, & similia, quę operantur extinctionẽ iuris hereditarij in personis masculorũ post eos extinctos,

quoties statutum ita loquitur, vt *fœmina dotata nō succedat quousque superstite-rit aliquis masculus*, non tamen operari extinctionem libertatis in specie, *l. Imperatores.52. D. de testam.man.* quia, inquit, testator etiamsi expressè vellet dare libertatem ad tempus, tamen non posset, *l. libertas ad tempus.33. eod tit.* Mox addit, *idem dicerem in hereditate, quia non potest adiri ad tempus: vt l. hereditas.34. D. de hered. instit.* Ac ne quis putaret eum pugnātia scribere, cùm eo loco tractaret de hereditate per statutum delata ex tempore, & ad tempus: subiicit velut occurrens obiectioni, *sed hoc*, scilicet quòd volumus hereditatem per statutum deferri ex tempore & ad tempus posse, *fit à lege quod potest sicut à milite, vt l. miles ita. de testam. milit.* quasi dicat, posse quidem hoc fieri à lege, & consequenter à statuto quod legis vim habet, sed non ab homine, nisi ab eo qui tantam potestatem habeat, quantam lex ipsa, cuiusmodi est miles ex priuilegio militari. At pacta non à lege fiunt, sed ab homine. Apertè igitur sensit Bart. aliam hac parte rationem esse statuti, aliam pacti. Sicque ab omnibus rectè locus ille Bartoli acceptus est, vt apparet ex iis quæ disputat Carol. Ruin. consil.99. vol. 1. & Crauet. consil.127. num.10. Sed tamen non poterant aduersarij nostri hoc sibi persuadere, abutentes eo quod ibidem paulò antè dixerat Bart. de iis dictionibus, *quandiu, quousque*, & similibus à lege prolatis, *idem esse si proferantur à contrahentibus vel à testatore*: nihil proinde putans interesse an de lege tractemus, an de statuto, an de pacto, an de testamento. Et sanè ita est: sed in iis demum quæ nō minùs ab homine quàm à lege possunt fieri ex tempore, & ad tempus. Semper enim supponendi sunt termini habiles, idque apparet etiam ex iis iuris locis quos citat Bart. qui hanc suam traditionē probat ex *l. Pater Seuerianam. 101. in fin. D. de condit. & demonstr. l.1. C. de legat. l. Caio. §. Imperator. de alim. & cibar. legat l.3. D. de vsufr. l. ambiguitatem.2. resp. C. de vsufr.* in quibus omnibus locis agitur de ea re quæ ad tempus dari possit, in eo autem numero non est hereditas, sicut nec libertas, vt idem Bart. statim explicat, cùm subiicit traditionem illam non habere locum in libertate, neque in hereditate, quia neutra ad tempus dari potest. Non ergo secum pugnat Bart. neque dubitat quin per pactum fieri nequeat vt hereditas ex tempore ad tempus detur, licèt non dubitet quin per statutum id fieri possit. In proposito autem casu illud etiam faciebat, ne posset defendi hereditatem intestati ex tempore& ad tempus dari potuisse, quòd pactio disertis verbis collata erat, quantū ad ius succedēdi acquisitū D. Annæ, in id tempus, non quo vltimus masculus moreretur, sed quo esset ille iā mortuus. Collata siquidem erat in tempus hereditatis vltimi masculi, cùm cōuenisset vt posset succedere in bonis paternis & maternis, quæ in vltimi masculi hereditate reperirentur. Hereditas autem nulla est, nec esse potest nisi hominis iam defuncti *l.1. d. hered. vel act. l.1. D. pro hered.* Itaque ex verbis & potestate huius conuentionis, si admitteremus id actum fuisse, vt parentes ab intestato heredem primum haberent masculum, deinde post mortem masculi filiā, ex quo tempore masculus heres esse desiisset, sequeretur id etiam agi potuisse & debuisse, vt Alfonsus vltimus masculus, non viuus, nec proinde moriens, sed iam mortuus & post mortem suam desineret esse heres. Nec enim aliter fieri vllomodo posset, vt in ipsius hereditate bona paterna & materna inuenirentur, quia quod moriens quis amittit, in ipsius hereditatem cōfluere numquam potest: atqui contradictionem implicat, vt quis desinat heres esse post mortem suam, cùm non entis nullæ sint qualitates, *vulg. l. eius qui in prouincia.41. D. de reb. credit.* Vnde est quod nemo post mortem suam exhere-

dari, vt nec heres institui potest, *l. si ita scriptum. 13. §. vlt. l. Gallus. 20. §. in omnibus. D. de liber. & posthum. Bald. ad l. extraneum, circ. princip. C. de hered. instit.* Quid enim aliud est, aliquem exheredari, quàm desinere heredem esse? *l. in suis. 11. de liber. & posthum.* Cùm igitur in ea specie quam tractabamus, neque Alfonsus desiisset heres esse quàdiu vixerat, nec proinde ipso instanti mortis, quod vitæ tribuitur non morti, *l. qui duos. 18. §. 1. D. de manum. test. l. vlt. D. de codic. inst.* neque tamen potuisset desinere heres esse post mortem suam, tametsi constaret contrahentes id maximè facere voluisse; nec denique fieri posset, vt quandiu Alfonsus fuisset ab intestato heres patris ex asse, soror etiam pro aliqua parte successionis intestati heres esset, quin pro ea saltem portione duo in solidum heredes inducerentur contra iuris nostri regulam, *l. quod contra. 141. §. vni duo. de regul. iur.* Relinquebatur vel inutilem fuisse pactionem, quod tamen in dubio dici non poterat nisi per malignam interpretatiòem: vt Paulus loquitur in *l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. D. de verb. oblig.* vel non esse accipiendam de successione intestati delata masculis ad tempus, & filiæ ex tempore, sed de successione conventionali, quam & ex tempore & ad tempus induci nihil prohibet, cùm non ad ius hereditatis referatur quod pendet ex legibus, sed ad causam acquirendorum ex singulari titulo bonorum, quibus legem dare contrahentes & voluerint & potuerint. Et sanè si quis diceret ex huiusmodi pactione delatam fuisse intestatorum parentum successionem masculis, deinde filiæ postquàm vltimus masculus heres esse desiisset, cùm fateri necesse esset, non solùm plus posse statuta, quàm leges, vt iam probauimus, sed plus etiam pacta quàm statuta, quoniam ea statuta (de quibus & Bartolus & cæteri Doctores itali loquuntur) tractant de masculis qui desinant esse heredes quo instanti moriuntur, ita vt nihil prohibeat quominus primo instanti post ipsorum mortem incipiat parentibus ab intestato succedere filia quę viuis masculis fuerat exclusa. sed si poneres ita conceptum fuisse statutum; quomodo conceptum erat pactum nostrum, vt post extinctos masculos possit succedere ab intestato filia in bonis paternis & maternis quæ in vltimi masculi hereditate reperientur: intrepidè dicendum esset, etiam amisso eo quod vult Bart. per statutum dari posse hereditatem ex tempore & ad tempus, huiusmodi tamen statutum nullomodo valere posse per quod scilicet fieret non solùm vt esset vnus heres ad tempus, & alius ex tempore, sed illud amplius, vt vel masculus vltimus desineret heres esse post mortem suam, vel eodem tempore plures in solidum pro eadem portione heredes inducerentur: quorum vtrumque non tantùm absurdum, sed etiam impossibile est. Ergo admissa quoque legum & statutorum primùm, deinde statutorum & pactorum comparatione, consequens erat in casu nostro, vt quod per statutum expressim fieri non posset, multo minus per pactum fieri potuisset, etiamsi de contrahentium voluntate constaret. Quanto magis probandum erat, cùm nihil de intestati successione in pacto comprehensum fuisset, non esse in dubio capiendam interpretationem, quæ faceret, vt viderentur paciscentes cogitasse tacitè de faciendo eo quod nec expressim facere potuissent, id est, de habendis ab intestato heredibus ex tempore & ad tempus. Sic enim & Bart. noster supra citato loco argumentatur, & rectè. Semper enim sumenda est coniectura eius quod tacitè actum fuit, ex eo quod expressim agi & potuit & debuit: exceptis solis iis casibus, in quibus locum sibi vindicat iuris regula, quæ habet, Expressa nocere: non expressa, non nocere.

ERROR IIII.

De suspendenda per legem, aut per statutum, aut per pactum legitima hereditatis delatione.

CASVS quidam sunt, quamquam perpauci, in quibus ratio iuris non solùm patitur, sed etiam facit vt delationem hereditatis legitimæ & ab intestato necesse sit manere in suspenso: sed quibus tamen interpretes nostri passim abutuntur, vt idipsum ad alios plerosque dissimiles casus trahant: nec absurdum putent, vt hereditatis delatio ab eo quoque tempore, quo per legem fieri potuit, nihilominùs statuti alicuius vel pacti potestate suspendatur. Illud verò primùm obseruandum est, tractare nos de hereditate legitima & ab intestato, quia in testamentariis hereditatibus res non habet dubitationem quin earum delatio suspendi possit, non solùm potestate legis, & iis ipsis casibus quibus intestati successio suspenderetur, quos enumerabimus postea, sed etiam pro arbitrio & voluntate testatoris, si velit ille institutioni conditionem iniicere, siue casualem, siue potestatiuam, siue mixtam, *tot. tit. de condic. instit.* Conditionum enim omnium propria natura illa est, vt suspendant actum cui adhibentur, quousque vel impleatur cōditio (quod cùm euenit, perinde habetur acsi purus ab initio actus fuisset) vel deficiat, quo casu reducitur actus ad non actum, quasi nunquam factum fuerit quod factum fuerat sub huiusmodi conditione, *l. potior. 11. D. qui potior. in pign. habeant. l. si quis ita. 33. D. de hered. instit. l. cedere diem 213. de verb. signific.* Adeo autem verum est, conditionali facta institutione pendere delationem hereditatis testamentariæ, vt quamuis dici soleat, liberos, qui sunt in potestate, si heredes scripti sint, statim heredes esse ex testamento, & ipso iure, nec quicquam facere quòd possint se abstinere, *l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam.* si tamen instituti sint sub conditione, dummodo tali, quæ sit in eorum potestate (sub alia namque institui non possent) non priùs, nec aliter sint heredes, quàm conditionem impleuerint, *l. suus quoque. 4. D. de hered. instit. l. verba hæc. 12. D. de condic. instit.* Immò, quod magis est, facere institutionis cōditio potest vt hereditatis testamentariæ delatio pendeat in id vsque tempus, quo legitima hereditas agnato proximo iam fuerit delata: quamuis verum sit legitimæ successioni locum nullum esse quandiu speratur testamētaria, *l. quandiu. 39. D. de acq. hered.* Nempe vno illo casu valdè singulari, quo heres quis scriptus sit sub ea conditione, si legitimus vindicare hereditatem nolet, *l. si ita quis. 81. D. de hered. instit.* Nam cùm heres sub conditione scriptus non aliter heres esse possit, quàm si conditio impleta sit, priùs est vt appareat legitimum heredem in ea specie nolle vindicare hereditatem ab intestato, quàm dici possit scripto heredi delatam eam fuisse ex testamento, siue à lege, siue à testatore. Porrò non potest in persona legitimi heredis conditio illa existere, vt nolit vindicare legitimam hereditatem, quin fuerit ei prius delata: vindicationem enim acquisitio, acquisitionē autē delatio necessariò præcedit. *l. delata. 151. D. de verb. signific.* Euenit igitur hoc casu necessariò, vt non solùm testamentaria hereditas maneat in suspenso propter legitimam, sed, quod est mirabilius, vt legitima ante testamentariam deferatur. Eiúsque rei ratio non obscura illa est, quia quem-

quemadmodum patrisfamiliâs inteſtati decedentis voluntas tacita ſubſequitur voluntatem legis, ad quam neceſſe eſt vt ſe accommodet, nec alios heredes ſperet, quàm quos lex ei datura eſt qui teſtari vel non vult, vel non poteſt: ita è contrario quoties teſtamentum ritè ac ſolemniter conditum eſt, lex ſubſequitur voluntatem teſtatoris, eamque ſibi legem dici patitur, quam teſtator præſcripſerit, dum ne quid dixerit contra leges, quia & voluntatem illam teſtatoris pro lege habet, *l. verbis legis. 120. eod. tit. de verb. ſignific. auth. l. qui in teſtamento. 14. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Vnde ſoleo etiam petere rationem eius, quod Paulus ſcribit in *l. penult. de legat.* 1. obtinuiſſe Galli ſententiam, alienos quoque poſthumos heredes nobis legitimos fieri, cùm tamen toto Pandectarũ iure non eſſet eorum inſtitutio iure ciuili permiſſa. Dubitandi enim cauſa illa erat, ſi πάρεργον hoc interiicere liceat, quòd cùm legitimi heredes non alio iure ſuccedant, quàm quaſi tacitè inſtituti, *l. ab exheredati. 126. eod. tit. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.* abſurdum videbatur admitti poſthumum alienum iure legitimi heredis tanquam tacitè inſtitutum, qui expreſſè inſtitui non poſſet. At ratio quæ Gallum Aquilium in contrariũ mouit, illa fuit, quòd longè diſpar ſit hac parte cauſa inſtitutionis tacitæ & expreſſæ. Inſtitutio expreſſa poſthumi alieni ideo non valet, quòd certum debeat eſſe iudicium teſtantis, quale tamen non poteſt illud eſſe quod in perſonam incertam confertur; cuiuſmodi eſt perſona poſthumi cuiuſlibet, ſiue ſuus ille ſit, ſiue alienus, quamuis in ſuo id tandem receptum ſit propter periculum rumpendi teſtamenti, quod nullum ſubeſt in poſthumo alieno, vt pluribus à nobis explicatum eſt lib. 9. coniectur. At in tacita inſtitutione certum eſt iudicium patrisfamiliâs, quia cùm moritur quis ab inteſtato, legis voluntatem & iudicium ſemper ſubſequitur; quod iudicium ſemper certum eſt, quia lex non defert hereditatem poſthumo niſi poſtquàm natus eſt, & interim retinet omnia in ſuſpenſo. E contrario, cùm factum eſt teſtamentum, lex ſubſequitur iudicium teſtatoris, quod porrò ſubſequi nec poteſt, nec debet, niſi ſit certum. Et hæc quidem de teſtamentariæ ſucceſſionis ſuſpenſione, eiuſque ratione dicta ſint. Legitimæ hereditatis alia ratio eſt. Cùm enim à teſtamentaria in eo differat, quòd legitima per ſolam legem defertur, teſtamentaria verò, licèt per legem quoque deferatur *l. lege obuenire. 130. de verb. ſignific.* ab homine tamen primùm defertur: apparet nullo hominis facto, nullâque conditione, quæ ex hominis voluntate pendeat, legitimam hereditatem ſuſpendi poſſe à quo tempore per legem deferri queat. Hoc enim addo, quia certi caſus ſunt, in quibus impeditur poteſtas legis, ne hereditatem ab inteſtato deferre poſſit: & hi ſunt in quibus delationem ſuſpendi monuimus in principio capitis. Sed non ex facto aut voluntate hominis ſolius impedimentum illud naſci poteſt, at ex facto naturæ, vel ex obſtaculo teſtamenti, vel denique ex eo quod aliqua ratione euenit, ne adhuc perſona certa ſit cui ab inteſtato hereditatem deferre lex poſſit. Ad has enim tres cauſarum ſpecies videntur mihi poſſe referri caſus omnes, in quibus neceſſe ſit delationem legitimæ hereditatis manere in ſuſpenſo. Ex facto naturæ impedimentum proficiſcitur in priore ſpecie, *§. quando in pendenti, l. vlt. D. ad SC. Tertull.* ſi filio inteſtato mortuo, qui matrem ſuperſtitem reliquit, poſthumus ei filius poſſit naſci. Quamdiu enim poteſt naſci, licèt poſſit etiam non naſci, aut mortuus edi, lex tamen noua, id eſt ſenatuſconſultum Tertullianum non defert matri legitimam filij iam defuncti hereditatem, ſed eam in pendenti retinet, vt ſi caſus tulerit ne inducantur perſonæ, quæ ſi inductæ eſſent, matri obſtarent, tum demùm matri ius ſit integrum

quod medio tempore pependerit, vt eo loco Pomponius scribit. Nam & ante senatusconsultum similiter vetus lex duodecim tabularum retinebat hereditatem in suspenso, vt eam agnato proximo non deferret quandiu posthumus sperabatur: idque est quod iactari solet, Eos qui in vtero sunt, pro natis haberi in toto pene iure ciuili, etiã quod ad legitimas hereditates, *l. qui vtero, 26. D. de stat. homin.* non quasi lex iis deferat hereditatem antequàm sint editi (sic enim fieret vt iis postea, vel nunquã, vel mortuis editis eadem hereditas agnatis proximis amplius deferri nunquam posset) sed hactenus vt remorentur insequentes agnatos, quibus præferentur cùm erunt editi, atem vt pattem faciant his qui in pari gradu sunt, quomodo bene explicat *Vlp. in l. 3. §. vtique. D. de suis & legit.* Ex obstaculo testamenti aliquando, & persæpe impedimentum nascitur, quoties aliquod testamentum ritè factum est, ex quo adiri possit hereditas, neque dum tamen adita sit. Quandiu enim adita non est, tandiu legitima successio sperari & expectari potest, sed non tamen priùs ei locus esse, quàm destitutum fuerit testamentum, coeperitque certum esse intestatum patrefamiliâs decessisse: Vt puta, si paterfamiliâs testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decesserit, postea deinde repudiauerit heres institutus. Qua in specie, sicuti non priùs fit intestatus paterfamiliâs, quàm repudiata sit ex testamento hereditas, ita nec alij potest legitima hereditas deferri, quàm illi, qui eo repudiationis tempore, vel suus heres, vel proximus agnatus reperitur, *l. 1. §. sciendum l. 2. §. proximum. D. de suis & legit. l. scripto. 7. D. vnd. liber.* Sed tamen inter hanc suspensionis speciem & superiorem differẽtia in eo magna est, quòd in superiore suspensio fit delationis hereditatis legitimæ cui iam locus esse coeperit. Nec enim spes natiuitatis posthumi impedit ne certum sit patremfamiliâs intestatum decessisse, & consequenter legitimæ successioni locum esse. Cùm verò testamentum factum est, necdum fuit ex eo adita, vel repudiata hereditas, non tam successio ipsa legitima in specie, quàm successio in genere, quæ & testementariam & legitimam comprehendit, in suspenso esse intelligitur. Aut, vt dicam veriùs, sola testamentaria, siquidem quãdiu testamentariæ locus fieri potest, non modò legitima non defertur, sed nec vlla penitus esse intelligitur. Tunc enim duntaxat incipit, cùm certum est patremfamiliâs intestatum decessisse. Porrò legitima successio, quæ adhuc nulla est, non magis in suspenso retineri, quàm deferri potest. Ea namque in pendenti esse dicitur, quæ si in pendenti non esset, huic aut illi necessariò deferretur. Ad tertiam verò speciem illud pertinet quod idem Pomponius scribit in *d. §. quando in pendenti*, si fortè filius eius qui matrem superstitem reliquit, reperiatur mortis tempore apud hostes: Quandiu enim ab hostibus reuerti potest, neque ipsi, neque matri defertur hereditas; non ipsi, quoniam interim verè seruus est hostium, ac proinde incapax & habendæ hereditatis, & ceterorum omniũ quæ sunt iuris ciuilis: non matri, quia senatusconsultum Tertillianum non vocat matrem ad hereditatem filij, nisi post defuncti liberos; & ita demum si filius vel nullos liberos reliquerit, vel eos reliquerit qui patris hereditatem ad se pertinere nolint, *l. 2. §. liberi. & §. sed si sint sui. D. eod. tit. ad SC. Tertull.* Hereditatem igitur filij in suspenso interim manere oportet, quandiu filius defuncti ab hostibus redire potest, quandoquidem, si rediret, semper in ciuitate mansisse, atque ita patri suus heres extitisse retrofingeretur propter factionem postliminij, & suspensi iuris constitutionem, vt loquitur Papin. *in l. penult. D. de suis & legit.* Mirum autem, vel absurdum videri non debet, manere hoc casu legiti-

mam hereditatem in suspenso, quandiu postliminij fictio facit vt incerta sit persona cui lex intestati successionem delatura est. Prius enim subesse personam certam oportet, quàm vt de iure delationis quæri possit: nec antè de iure quàm de persona quæratur, *l. quidam referunt. 14. D. de iur. codicill.* Itaque habet hæc species magnam cum prima affinitatem, quoniam in vtraque illud euenit, vt lex nesciat cui deferre debeat hereditatem propter incertitudinem futuri per rerum naturam euentus, nisi quòd in prima specie ex solo naturę facto ea incertitudo nascitur: nihil enim aliud incertum est, nisi an nasciturus sit posthumus. In tertia verò ad incertitudinem facti, quæ in eo versatur, an captiuus rediturus sit ab hostibus, accedit etiam potestas iuris fictionisque postliminij, quæ si non esset, nihil haberet lex quod expectare deberet, cur non statim hereditatem matri deferret ex SC. Tertilliano, tanquã nullomodo matri obstante persona illius qui verè hostium seruus esset. Idem euenit etiam si apud hostes ille sit de cuius hereditate tractatur. Nã quandiu viuit, licèt inspecto pręcisè eo tẽpore quo seruus hostiũ est, non possit haberi pro viuo, qui potiùs habetur pro nullo, *l. quod attinet. 29. de regul. iur.* quia tamen redire ab hostibus potest, & postea in ciuitate mori, fieri nequit vt sciatur quis ei ab intestato successurus sit: an qui proximus agnatus eo casu reperietur in ciuitate, an verò is qui proximus fuit tẽpore captiuitatis, cùm ex fictione legis Corneliæ quisquis moritur apud hostes, fingatur mortuus in ciuitate, id est ciuis, ex instanti captiuitatis, *l. lex Cornelia. 28. & seq. D. de vul. & pup. subst. l. pater. 20. & seq. D. de captiu. & postlim.* Idẽ denique est, si captiui filius moriatur in ciuitate viuo adhuc apud hostes patre. Remanet namque in suspenso, nõ solùm quem heredem habiturus ille sit, sed etiam vtrum aliquem sit habiturus, quousque certum sit patrem vel ab hostibus rediisse, vel redire nunquam posse, cùm si rediret, nunquam filius sui iuris fuisse, sed filiusfamiliãs & in potestate patris decessisse, retrofingeretur, atque ita nullum heredem habuisse, qui nec hereditatem habere potuisset. Si verò pater apud hostes moreretur, contrà dicendum esset, habiturum eum heredem quem mortis suæ tempore agnatum proximum reliquisset, *d. l. penult. D. ad SC. de suis & legit.* His casibus ille similis est, quem tractat Caius in *l. in suspenso 8. D. ad SC. Tertill.* cùm ait in suspenso esse ius matris, si filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum possessione petenda. Etsi enim videtur huiusmodi suspensio induci, non tam ex facto aliquo, aut incerto euentu naturæ, quàm ex voluntate solius filij emãcipati deliberantis an bonorum possessionem petere debeat, necne: quod pugnare videtur cum iis quæ supra diximus: Si tamen propiùs intueare, non tam voluntas & deliberatio filij illa est, quæ hanc suspensionem inducit, quàm potestas Senatusconsulti Tertulliani, cuius verba non aliter vocant matrem ad hereditatem filij prædefuncti, quàm si prædefunctus ille nullos habeat liberos, siue suos, siue emancipatos, aut habeat quidem, sed qui nolint vel heredes esse cum effectu, vel bonorum possessores, *d. l. 2. §. liberi, & sequentib. eod.* Idque adeò verum est, vt si post acceptam bonorum possessionẽ *Vnde liberi*, filius emancipatus abstinuerit se ab hereditate per in integrum restitutionem ex causa fortè minoris ætatis, possit quidem mater admitti ex Senatusconsulto: sed si fuerit rursum immixtus, rursus debeat mater abstinere, *d. l. 2. §. bonorum.* Verba enim vtriusque Senatusconsulti, & Tertilliani & Orficiani fuerunt extensiua, si nemo filiorum vellet matris hereditatem suscipere, si nemo libertorum illius qui matrem superstitem reliquisset, hereditatem patris ad se pertinere vellet, *l. 1. §. si nemo. & seq. d. l. 2. §. si bonorum l. filij. 6. §. 1. eod.* vbi

eleganter Paulus ex hoc quòd verba fuerunt extensiua, infert admittendam igitur esse poenitentiam, vsque ad annum, vt qui noluit primum adire matris hereditatem, pòstea velle possit, si mutet voluntatem, dummodò ea voluntatis mutatio superueniat antequàm adita sit hereditas à consanguineo, vel ab agnato. Hoc enim disertè Paulus exigit. In quo tamen videtur pugnare cum eo quod Vlpianus scribit in *d.l.1.§.si quis adita.eod.* si quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem fuerit abstentus, ius antiquum adhuc posse locum habere, vt matri perinde succedere agnatus possit, acsi vel nullus filius, vel nullum Senatusconsultum fuisset. Illa enim verba Senatusconsulti Orficiani, *volet ad se eam hereditatem pertinere*, admittunt, inquit, vt ius antiquum habere locum possit. Nam & hic non vult, etsi aliquando voluit. Quæ Vlpiani sententia noua sanè, & valdè mira est, nec scio an alius in toto iure locus sit ex quo similiter probare possis hereditatem legitimam, quæ iam vni personæ, non modò delata, sed etiam acquisita fuerit alij rursus personę, & deferri & acquiri ab intestato posse, & quidem tanquam eandem numero hereditatem. Facilè verò patiar vt videatur hoc pugnare cum iis quæ supra diximus, quia & videtur pugnare cum iuris ratione, itemque cum Paulo, in *d.l.filij.*§ 1. sed tamen potest dici, Vlpianum eo loco neque à Paulo, neque à nobis, vt nec à iuris ratione dissentire. Habet enim ille casus rationem propriam & specialem, sumptam, vt Vlpianus ipse profitetur, ex verbis Senatusconsulti: quæ cùm sint extensiua, vt diximus, admittunt poenitentiam & mutationem voluntatis, non minùs quando filius qui heres esse voluit & fuit, non vult ampliùs heres esse, quàm cùm is qui dixerat se nolle hereditatem matris adire, postmodùm mutata voluntate eam adire vult. Dices, Imò verò magnam esse inter hos casus differentiam, quia cùm filius primùm noluit heres esse, & postea vult, nihil est quod impediat ne mutari voluntas possit, quai diu omnia sunt integra, id est, quandiu hereditas à nemine fuit adita. At cùm filius primùm heres esse voluit, nec solùm voluit, sed effectu ipso fuit, & hereditatem adiit, aliquid est quod impedit ne voluntas mutari possit, tametsi verba Senatusconsulti eam mutationem patiantur: nempe quòd hereditas semel adita, desierit esse hereditas, nec proinde ab intestato deferri ampliùs possit, cùm non magis fieri possit vt eadem hereditas bis ab intestato deferatur, quàm vt eadem persona bis moriatur, quemadmodū disputauimus in præcedentibus. Ergo sicut apud Paulum in *d.l.filij.§.1.* verba Senatusconsulti Orficiani quantumuis extensiua sint, non possunt facere vt post aditam ab alio hereditatē fiat heres filius, qui maternā hereditatē priùs repudiauerat, ita neque apud Vlpianum facere debuerunt, vt post aditam à filio matris hereditatem, quantumuis postea mutet ille voluntatem, & abstineat per in integrum restitutionem, alius tanquam proximus agnatus heres esse possit. Ardua planè & difficilis obiectio est, quam nec Bartolus dissoluere potuit, quem vrsus ille Vlpiani locus coegit, vt diceret, posse duos eiusdem hominis heredes esse in solidum iure ciuili, *ad l.1.§.post suos. D. de suis & legit.* quod planè ridiculum est, vt in sequenti capite ostendemus, cùm hunc nodum dissoluemus. Nunc sufficiat monuisse in omnibus manere in suspenso delationem legitimæ hereditatis, non propter solam hominis voluntatem, sed ex potestate verborum Senatusconsulti, quæ sunt extēsiua: ex his infero, errare maximè interpretes nostros & pragmaticos, cùm volunt legitimam hereditatis delationem posse manere in suspenso, non solùm si statuto aliquo dictum sit, vt filia dotata sit exclusa à successione intestati, quoadusque superfuerit masculus, vt in statuto illo Perusino, de

no, de quo Bart. ad *d.§.quãdo in pendẽti.& Bal.ad.l.2.C. de liber præt.* Sed etiã si pacto conuenerit inter contrahentes, vt filia quæ renuntiauit paternæ successioni propter masculos, succedat tamen patri ab intestato post omnium masculorum extinctionem, vt in ea specie, de qua respondit Crauet.cons.127.num. 7. vbi ait, filiam hoc casu non videri vnquam fuisse exclusam à successione intestati, sed tantummodò dilatam petitionem in diem vsque obitus vltimi decedentis ex masculis. Nam quod ad statutum pertinet, quamuis ita conceptum sit, vt quoadvsque masculi superesent, fœmina dotata excludatur, tantũ abest vt possit dici manere in suspenso delationem legitimæ hereditatis in persona filiæ quandiu viuit masculus, quem certum est interim verè esse heredem, quod Bart. & Bal. & ceteri omnes fatentur: vt neque putẽ posse deferi di, quòd iidem volunt exclusionem filiæ hoc casu non esse nisi temporalem in tempus vsque mortis masculi. Puto enim esse perpetuam statim atque vel vno instanti filius patri heres fuit, non secùs ac si statutum ita conceptum esset, vt extantibus masculis filia non succederet, in qua specie nec Bartolus ipse diffitetur ad *d.§.quando in pendenti, num.2.in fin.* perpetuam filiæ exclusionem esse, nec minùs mortuis iam, quàm adhuc viuis masculis. Nihil enim planè inter hos casus interest, vt postea dicemus. Neque verò statuti Perusini verba illa *quoadusque superesset masculus*, sunt extensiua, vel suspensiua, nisi quandiu non fuit agnita patris hereditas. Cur ergo, aut qua ratione poterunt operari, vt post extinctos masculos, qui heredes fuerint, filia heres esse possit, quod nec Paulus noster admittere voluit in interpretatione senatusconsulti Orficiani, cuius tamen verba erant extensiua in *d.l.filij.6.§.1.D.ad SC.Tertyll.illo loco, Antequã consanguineus vel agnatus adierit.* Quem textum, quo apertior nullus scribi potuit, nusquam video fuisse à Bartolo, aut ab alio vllo ex interpretibus ponderatum. Quod verò ad pactum attinet, vtique longè absurdius illud est quod vult Craueta, suspendi posse delationem legitimæ hereditatis in persona filij quæ renuntiauit, vt possit illa heres esse ab intestato post mortem masculi, cuius fauore facta fuerit renuntiatio. Nam statim atque ponimus factam fuisse à filia renuntiationem validam, hoc est adhibito iureiurãdo, & ex causa acceptę dotis, nulloque dolo interueniente secundùm ea quæ requirit Bonifacij constitutio in *cap.quamuis pactum.de pact.in 6.* fatendum necessariò est hoc ipso exclusam esse filiam à successione intestati, non solùm fauore masculorum, sed etiam alterius, cuiuslibet legitimi heredis & successoris, si, vt fieri adsolet, stipulatus sit pater pro se & suis heredibus ac successoribus quibuscunque: & consequenter nihil impedire, quominus intestato posteà defuncto patre, superstitibus masculis, sint illi heredes patris ab intestato, etiam pro parte, quam habitura esset filia, si non renuntiasset. Hunc enim affectum renũtiationis, aut nullum penitus esse necesse est, cùm huiusmodi renuntiationes non excludat à successione testamentaria, sed tantùm à legitima, quoniam & conditionem illam tacitam habere credũtur, si hereditas ab intestato deferetur: quemado Bart. Bald. Castrensis, & ceteri tractãt ad *l.qui superstitis.94.D. de acquir. hered.* Ex quo igitur tempore aliquis ex masculis heres fuit, fatendum est, filiam quæ renuntiauit, quibuscunque tandem verbis renuntiauerit, & etiamsi expressa conuentione ius legitimæ successionis sibi reseruauerit in casum deficientium masculorum, nullo modo succedere ab intestato amplius posse: cùm fieri nequeat vt legitima hereditas possit videri manere in suspenso postquam fuit agnita: adeò vt neque per legem, neque per statutum fieri hoc posset, ne illud

quoque protinus induci necesse esset, vt pro huius filiæ portione duo in so[lidum] heredes essent, masculus scilicet qui prior heres fuisset, nec heres esse vnqu[am] desineret, vel vnus heres ad tempus, nimirum masculus: alius verò, id est [...] ex tempore heres induceretur: quorum posterius quàm absurdum futur[um] sit, iam docuimus in præcedentibus: prius verò quàm sit non modò absurd[um] sed etiam impossibile, iam contrà Bartolum disputemus.

ERROR V.

De duobus heredibus in solidum iure ciuili inducendis: & de potestate SC. Trebelliani.

NON crederem, si non viderem posse fieri, vt Doctor quis[pi]esset, qui admitteret, Plures eiusdem hereditatis domin[os] heredes in solidum induci posse. Repugnat enim non so[lum] regula Iuris à Paulo proposita in *l. quod contra* 141. §. *vni de regul. iuris.* vbi disertè scribit, vni duos pro solido hered[es] non posse: verùm etiam ratio manifesta, quæ licèt nullis [...] retur legibus, naturalem tamen intellectum haberet, quòd cum heredis a[ppel]latione nihil nisi dominus significetur §. *vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.* [...] *heredıtate* 19. §. *pater. verſ. non tamen. D. de castrens. pecul. l. his verbis.* 48 [...] *hered. instit.* non magis fieri potest vt duo sint eiusdem personæ heredes [in so]lidum, quàm vt penes duos in solidum sit dominiũ eiusdẽ rei, quod fieri [...] negat non modò lex, sed etiam natura *d. §. pater. & l. si vt certo. §. si dub[...] biculum. D. commod.* sicut nec fieri potest, vt duo in solidum sint eiusd[em] possessores, nõ magis quàm vt in quo loco ego sto, vel sedeo, tu etiam sta[re] sedere videaris, *l. 3. §. ex contrario. D. de acquir. poss. l. duo in solidum.* 19. *de pr[...]* Induceret enim ea res penetrationem dimensionum quam Philosophi [...] quam admitterent. Et tamen video non doctorellum, & leguleium ali[quem] ex pragmaticis, sed Bartolum ipsum in ea esse opinione & heresi, vt non [...] tet quin duo de iure ciuili possint simul & in solidum heredes esse. Sic e[nim] le disertis verbis ad *l. 1. §. post suos. D. de suis & legit.* motus non ratione al[iqua] sed tamen & lege, & exemplo. Pro lege adfert Vlpiani responsum, de quo [in præ]cedenti capite diximus in *l. 1. §. si quis adita. D. ad SC. Tertyl.* vbi scribit V[lp. si] quis adita matris hereditate per in integrum restitutionem abstentus sit, [...] se ius antiquum habere locum, id est, posse agnatum matris proximum, [&] ei successurus fuerat ante senatusconsultum Orficianum, perinde ipsi [...] dere ex lege duodecim tabularum. Atqui certum est per legem duodeci[m ta]bularum non bonorum possessores fieri, sed heredes, & quidem qui her[edes] sint iure ciuili, cuius primam & potissimam partem lex illa duodecim tab[ula]rum constituit. Cùm igitur filius qui semel hereditatem maternam ade[undo] heres factus fuit, heres esse non desinat, prorsus necesse est euenire hoc ca[su, vt] duo sint eiusdem hereditatis in solidum heredes. Pro exemplo autem adfe[rt fi]deicommissarium, cui ex SC. Trebelliano restituta fuit hereditas. Hunc e[nim] ait heredem esse de iure ciuili, cùm habeat vtiles actiones ex senatuscons[ulto] quod partem etiam facit iuris ciuilis, licèt vtiles tantùm habeat non eti[am di]rectas, quoniam nimirum directæ necessariò remaneant penes heredem [insti]tutum, qui sicut per aditionem heres factus est, ita etiam post restitutio[nem] heres manet. §. *restitut. a. Instit. de fideic. hered.* Ad eam verò rationem nostr[am]

Quòd

Quòd non possint duo pluréſve in ſolidum heredes eſſe, Reſpondet Bartolus, Non poſſe quidem eodem iure & eodem reſpectu, ſed poſſe diuerſis reſpectibus, vnum videlicet directò, alium vtiliter. Eandemque ſententiam tuetur ad *d. §. ſi quis adita*, vbi gloriatur ſe de eo §. feciſſe pluries magnũ feſtum, ad probandum, quòd ille, qui per reſtitutionem in integrum excluditur ab hereditate, licèt de iure ciuili heres remaneat, non tamen impedit quin alius poſſit heres eſſe de iure ciuili. Quod ait de fideicommiſſario, vt tam abſurdæ traditionis confutationem hinc exordiamur, eſſe illum heredem iure ciuili, falſiſſimũ eſt. Solus enim heres ille eſt & dicitur qui hereditatem reſtituit, is verò cui reſtituitur heredis tantùm loco eſt, adeóque aliquando nonniſi legatarij, *d. §. reſtituta. & l. 1. D. ad SC. Trebell.* Nec quod ex ſenatuſconſulto vtiles actiones habeat, ad rem facit. Habet enim non tanquam heres, ſed tanquam fideicommiſſarius, & ob hoc ipſum quòd heres non ſit. Nam quiſquis heres eſt, eum directas actiones habere prorſus neceſſe eſt: & diſtinctio illa De duplici herede directo & vtili, merum eſt commentum Bartoli, nulli vnquam ex antiquis prudentibus cognitum, ſicut nec diſtinctio illa dominiorum, quam & idem Bartolus & ceteri interpretes paſſim habent in ore, vt dominium aliud directum ſit, aliud vtile. Ex qua diſtinctione haud dubiè illa etiam diſtinctio duplicis heredis fluxit, vtilis & directi. Nam ſicuti omnes ij quos noſtri dominos vtiles vocant, nullo modo ſunt domini, ſed tantùm dominorum loco in pleriſque, vt aliquando tractabimus: ita & quos Bartolus heredes vtiles vocat, ſunt illi heredis loco duntaxat, heredes autem nullo modo: Neque verò vſpiam videas Iureconſultos noſtros tam impropriè loqui, vt heredes eos vocent, ſed ita ſemper vt heredum loco eſſe dicant, ſiue de fideicommiſſariis, ſiue de bonorum poſſeſſoribus loquantur. Omnium enim iſtorum eadem hac parte ratio eſt, quia & bonorum poſſeſſores æquè ac fideicommiſſarij vtiles actiones habent, hac ſola differentia quòd bonorum poſſeſſores eas habent à ſolo Prætore, fideicommiſſarij verò hereditatis à ſenatuſconſulto Trebelliano, quoties reſtituta fuit hereditas ex teſtamento, & ſicuti teſtator voluit, *l. 1. D. ad SC. Trebell. l. 1. 2. & 3 D. de bonor. poſſeſſ.* Sed quemadmodum nemo dixerit bonorum poſſeſſorem heredem eſſe iure prætorio, ob id tantùm quod habeat à Prætore vtiles actiones, ita perinde ineptè fecerit, qui dixerit fideicommiſſarium heredẽ eſſe iure ciuili ob id quòd vtiles actiones habeat ex ſenatuſconſulto. Quanquã enim non ignoro poſſe dici, differentiam illam eſſe inter bonorum poſſeſſorẽ, quem Prætor facit, & fideicommiſſarium quem Senatus tuetur, quòd heredẽ facere Prætor non potuit, Senatus potuit, *§. quos autem. Inſt. de bonor. poſſ.* Hoc tamen contendo non minùs fuiſſe difficile adeóque impoſſibile Senatui fideicommiſſarium facere heredem alio herede iam exiſtente, quàm Prætori heredem facere bonorum poſſeſſionem dando, nullo adhuc herede alio exiſtente: quia in prætore, ne quem poſſit heredem facere, impedimentum non naſcitur niſi ex defectu poteſtatis, quandoquidem ea poteſtas Prætoribus data non eſt, cùm heredes non fiant niſi per legem, aut legi ſimilem conſtitutionem. At in Senatu ne potuerit fideicommiſſario dare ius & nomen heredis, impedimento fuit non defectus poteſtatis (poterat enim Senatus non quidem facere legem, ſed tamen perinde ac lex ipſa facere heredem iure ciuili, vt conſtat ex ſenatuſconſultis Tertylliano & Orficiano, quia ſenatuſconſulta ſimilia ſunt legibus, & conſtitutiones) ſed repugnantia ex parte rei, quòd impoſſibile eſſet, aut eum qui ſemel heres fuiſſet, heréſque manere poſſet, deſinere eſſe heredẽ,

aut in eiusdem hominis hereditate duos in solidum heredes induci. Porrò certum est, etiam apud Philosophos impedimentum, cui causam præbet repugnantia, ex parte rei longè maius esse, quàm quod nascitur ex defectu potestatis. Inde namque est quod ij volunt, nec Theologi negant, ea quæ cōtradictionem implicant, fieri non posse, ne quidem supernaturali diuináque potestate, nimirum propter repugnantiam quæ subest ex parte rei, tametsi non possit deficere potestas in eo, cui propria & essentialis omnipotentia est. Ergo quemadmodū Bartolus fatetur nō potuisse fieri senatuscōsulto Trebelliano, adeoque nec Pegasiano, quod tamen heredi, qui coactus adiit, nihil non ademptum voluit, *l. ita tamē. 27. §. qui suspectam. l. si patroni 55. §. adeò Senatus. D. ad SC. Treb.* vt heres institutus hereditate restituta heres esse desineret: ita & fateri debuit, nec illud fieri potuisse, vt fideicommissarius vllo modo heres esse posset. Nec enim minor repugnantia est ex parte rei ad hoc quàm ad illud impediēdum: imò maiorem esse repugnātiam, ne duo in solidum heredes esse possint, quàm vt qui semel heres fuit, heres esse desinat: ex eo cōstat quòd aliqui casus sunt, in quibus ratio ipsa iuris, aut Imperatoris voluntas facit, vt qui semel heres fuit heres esse desinat, quos suprà explicauimus in Error. 2. At nullus omnino casus est, in quo possint vni homini duo in solidum esse heredes: ne quidem cum illa distinctione, quā Bartolus somniat, vt vnus sit heres directò, alius vtiliter, quia nec fieri potest vt vllo modo heres sit, qui directò heres non est.

ERROR VI.

De sententia l. 1. § si quis adita. D. ad SC. Tertyl. & l. filij. 6. §. 1. eod.

ETVERÒ ita esse intelligimus ex eo ipso textu qui Bart. fefellit, i. ex ea specie, quā Vlp. tractat in *d. l. 1. §. si quis adita. D. ad SC. Tertyl.* Nam cùm post abstensionē filij qui matris hereditatē adierat, agnatus matris proximus sit heres ex iure antiquo, i. ex lege XII. tab. non est dubitandū quin fiat ille heres verè, nec tantùm iure ciuili, sed etiā directò, vt Bartoli verbis vtar, directásque non vtiles habeat actiones. Inauditū enim est, vt lex 12. tab. vllo casu tribuat actiones vtiles, nec fieri potest vt alias det quàm directas. Neq; tamen eo minùs verum est, si Bartolo credimus, filium, qui prior maternam hereditatem adierat, & heredem manere, & actiones directas, quas ab initio, tanquam ex Senatusconsulto Orfitiano heres habuit, retinere: cum non fuerit abstentus nisi per in integrum restitutionem, quæ quoniam est ex Iurisdictione Prætoris, nō potuit heredis nomen ei adimere, quod dare Prætor non potuisset, *l. ait Prætor. 7. aliâs. l. etsi sine, §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. cum quasi. 30. § sed etsi suus. D. de fideic. libert.* Dices, Tantò igitur verius erit quod vult Bartolus, Posse fieri vt vni homini duo in solidū heredes sint, etiā iure ciuili. Imò, inquam, vult Bartolus, & nobiscum fatetur non posse fieri, vt duo in solidum sint heredes directò. Cùm igitur in specie *d. §. si quis adita*, duo sint heredes directò, si duo sunt, in solidum, non potuit, nec debuit Bartolus ex illo textu deducere hanc commētitiam distinctionem heredis directi & vtilis, adeoq; absurdam traditionem istam, De duobus heredibus in solidum iure ciuili admittendis, quorum vnus sit heres directò, alius vtiliter: sed oportuit diligentiùs eum inquirere, quam rationem haberet Vlpiani sententia in *d. §. si quis adita*: aut si locus ille rationē propriam nullam habebat, ex eo igitur inferre, quod tamen nec somniare ausus est, Posse fieri vt eidem homini duo sint in solidum heredes directò. Ratio autem, quam Bartolus nec quæsiit, nec si quæsisset, inuenire fortassis potuisset, illa meo iudicio est, quòd Senatusconsulti verba sic concepta sunt, vt appa-

teat Senatum non aliter voluisse in fauorem liberorum abrogatum esse ius antiquum ex quo agnatus quisque proximus matri succedebat exclusis liberis, quam si liberi vellent matris hereditatem ad se pertinere, hoc expressim constituto, vt si nemo filiorum eorum quibus simul legitima hereditas deferretur, vellet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum locum haberet *d. l. §. si nemo.* Non dixit Senatus *si nemo filiorum heres erit, antiquum ius esto.* Defecisset enim conditio illa sub qua iuris antiqui potestas fuisset conseruata, statim atque vel vnus ex filiis heres fuisset, nec proinde vnquam postea ex lege 12. tab. succedere agnatus proximus potuisset, tametsi filius mutata voluntate maternam hereditatem obiicere voluisset, quia verum extitisset aliquem filiorum heredem fuisse, qui autem semel fuisset, nunquam esse desiisset. Quid ergo Senatus dixit? Vsus est verbo *volet*, quod est extensiuum, denotátque constantem perseuerantiam voluntatis, vt Paulus ait in *d. l. filij. 6. §. 1. eod.* habétque tractum temporis quandiu viuat filius, *l. fideicommissa. 11. §. hoc autem legatum. de legat. 3.* Sufficit ergo ad ius antiquum agnato proximo restituendum, vt non velit aliquando filius, licèt antea voluerit, nam, *& hic non vult, etsi aliquando voluit,* inquit Vlpianus in *d. l. §. si quis adita.* Neque tamen hoc sufficit nisi prætereà obserues quod nemo obseruat, Senatusconsultum non ita scriptum esse, *si nemo filiorum heres esse volet*, sed hoc modo, *si nemo eam hereditatem ad se pertinere volet.* Multum siquidem inter eiusmodi formulas interest, nam si sic scriptum esset, *si nemo filiorum heres esse volet*: quantumuis verbum illud *volet* extensiuum sit, & habeat tractum temporis in futurum, facere tamen non posset vt filio qui semel heres esse voluisset, postea se abstinente, fieret eo magis locus proximo matris agnato, nempe quia quisquis semel heres esse voluit, is postea non potest nolle heres esse, alioqui esset positum in voluntate & arbitrio hominis vt heres esse desineret, quod ne quidem positum est in legis potestate: & consequenter supradicta formula poenitentiam & voluntatis mutationem nullomodo admitteret. At verba illa quibus prudentissimè & consultissimè vsus est Senatus, *si nemo filiorum volet eam hereditatem ad se pertinere*, longè alium sensum habent. Nam fieri facilè potest vt & quis verè sit heres, & ipso iure, & tamen hereditas ad eum non pertineat, vt euenit in suis heredibus qui se abstinuerũt. Sic enim & Vlpianus ipse loquitur in *l. 2. §. sed si sint sui heredes: verùm hereditas ad eos non pertinet. D. eod. tit. ad SC. Tertill.* nempe ad nos pertinere dicuntur ea quæ nostro commodo à nobis haberi volumus, & contrà nihil ad nos pertinere ea quæ negligimus & abiicimus, tametsi maximè nostra sint, cùm sic tractemus quasi nec nostra essent. Alioqui non posset fieri vt patris hereditas ad suos heredes non pertineret, sicut nec illud fieri potest, vt ne sint sui heredes etiam post abstensionem, *d. §. sed etsi suus. l. cùm quasi 30. D. de fideic. libert. l. in suis. 11. de liber. & posthum. l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam. l. necessariis. 57. D. de acquir. hered.* Proinde quamuis filius ex Senatusconsulto matris hereditatem adierit, non tamen facit ea res quominus adhuc verum esse possit aliquo casu, & aliquo tempore, vt matris hereditas ad eum nõ pertineat, nimirum si postea contingat vt se abstineat beneficio restitutionis in integrũ propter ætatem (aliter enim fieri non posset vt abstinendi licentiam haberet is qui vltrò & sponte hereditatem adiisset, *d. § si quis adita. & d. l. 2. §. si bonorum. eod.* nisi hanc ei conditionem deferrent creditores hereditarij, cæterique omnes, si qui essent, quorum interesset, *l. cùm hereditate. 55. D. de acq. hered.*) & consequenter non potest dici, ex quo tempore filius hereditatem matris adiit, de-

fecisse conditionem sub qua Senatusconsultum voluit ius antiquum agnato proximo reseruatum esse. Quidni ergo poterit agnatus proximus heres esse ex lege xii. tabul. filio se abstinente ab hereditate matris per in integrum restitutionem? An quia filius iam heres fuit? Minimè. Quandiu enim filius mutare voluntaté potest, ac velle vt bona materna ad se nõ pertineant, ius antiquũ habere locũ potest vt ex lege duodecim tabularũ tota successio deferatur proximo agnato. Porrò ius antiquũ nõ potest habere locũ quin cesset nouũ: atq; ita fateãur est nõ intelligi filiũ herede vt, qua fuisse, tametsi materna ad erit hereditate, sed mansisse ius & potestate aditionis in suspẽso quãdiu filius mutare voluntatem potuit, id est, quãdiu minor fuit, quia neq; aliter potuit matri heres esse, quam ex SC. Orficiano, neq; rursus SC. Orficiano locus esse quã ius vetus legis 12. tab. locũ habere potuit. Ideo enim necesse fuit lege xii. tab. hac parte abrogari per Senatuscõsulta Tertullianũ & Orficianũ, vt exclusis proximis agnatis, qui alioquin successuri erãt, & matri filius, & filio mater heres esse posset, quia nõ magis fieri poterat vt & lex xii. tab. & Senatuscõsulta illa simul starẽt, quam vt & agnatus proximus heres in solidũ esset, & filius, si de matris hereditate ageretur, aut mater, si de filij. Et ob eam rursus causa necesse fuit, ius illud vetus, quod per Senatusconsulta abrogatum fuerat, ab iisdẽ Senatusconsultis restitui, sed sub ea conditione, si filius maternam, aut mater filij hereditatem ad se pertinere nollet, siue ea suã voluntatẽ, aut potiùs nolũtate declararet ab initio per repudiationẽ nunquã aditæ hereditatis, siue ex post facto per abstentionẽ quam ipsa faceret ab hereditate iã acquisita, beneficio scilicet restitutionis. Nam & æquè fieri potest vt mater quæ filij hereditate adit ex Tertulliano, minor sit annis viginti quinq;, ac filius qui matris hereditatẽ adit ex Orficiano. Eo igitur casu quo ius antiquũ legis xii. tab. locũ habere potest ex verbis Senatusconsulti, dico nõ posse fieri vt successio delata sit ex Senatuscõsulto, nec promdẽ vt fuerit acquisita per præcedẽte aditione hereditatis. Nõ enim aditio hereditatis quælibet facit herede, sed ea demũ quã delatio præcedit, *l. delata. 151. de verb. signific.* In proposito autẽ præcedit quidem delatio, quoniam alioqui filius minor annis viginti quinq; maternã hereditatẽ adire, sibiq; acquirere non posset, sed ita tamen vt possit facilè redire ad causã nunquã factæ delationis, scilicet si contingat vt filius qui matris hereditate adiit, aut mater, quæ filij, nolit eam ad se pertinere, & nolle possit, sicut euenire diximus in præcedentibus, vt qui heres fuit per aditionem ex eo testamento quod per inofficiosi testamẽti querelã postea euersum sit, desinat heres esse, *l. in substitutione. 31. D. de vulg. & pupill. substit.* Non quòd aditio hereditatis quæ facta est pro infecta haberi possit, *l. in bello. 12. §. facti. D. de captiu. & postlim.* sed quoniam delatio ipsa hereditatis, quæ iuris est, facilè redit ad causam non delationis, cùm fieri nequeat, vt ex eo testamento quod ruptum tandem fuit, hereditas vnquam delata fuisse intelligatur, cessante autem delationis potestate, aditionis quoque vim totam extingui necesse sit quæ tota pendet ex delatione. Ergo quemadmodum in specie *d. l. in substitutione*, heres à patre institutus in testamento inofficioso reuera heres est, & ipso iure ante propositam querelã, quia verũ est, testamentũ eo tẽpore valere, atq; ita deferri ex ipso à lege hereditatem, delatamque acquiri potuisse: post querelã verò propositã, si ea obtinuerit, definit ille heres esse ex testamẽto, fitque filius qui obtinuit heres ab intestato, non ex tempore, sed ita vt ex die mortis solus & ab intestato heres fuisse retrofingatur, vt docuimus in Error. 2. Ita & in casu tractamus mortua matre intestata, superstite filio minore annis viginti quinque: aut mortuo filio intestato, mater similiter superstitẽ minore, de

ertur quidem hereditas superstiti ex SC. siue Orficiano, siue Tertilliano, & cósequenter acquiritur per aditioné subsequenté, sed ita & defertur & acquiritur, vt possit retrofingi nunquá delatá & acquisitá fuisse; nempe casu illo eueniéte, vt filius vel mater superstes per auxiliú restitutionis in integrum cósequatur vt possit nolle ad se pertinere hereditatem quam priùs adierat. Dices, Si ita est, vt filius qui adiit matris hereditatem, postea abstinendo videatur nunquam heres fuisse, non esse igitur ei necessariá in integrum restitutionem, quam tamen Vlpianus omninodo requirit. Verùm respondeo, non idcirco existimandum esse illis Senatusconsultis constituta fuisse pugnantia. Nam cùm Senatus nouú ius faceret, ac legitimum ius successionis antea incognitum fauore matrum liberorúmque induceret, non solùm potuit quam voluit delationi huiusmodi hereditatis legé & conditioné dicere, sed etiá prouidere debuit ne legis duodecim tabularú autoritaté, & agnati proximi ius haberet, eo salté casu quo vel mater, vel filius beneficium Senatusconsulti, siue ab initio, siue ex postfacto aspernaretur. Non enim id Senatus agébat, vt noceret agnatis proximis, sed vt matribus ac liberis prodesset, nec vt veteris delationis potestatem extingueret, sed vt nouá induceret delationé cú iure prælationis, vt ait *l. 2. §. si mater. 20. ad Tertill.* Alioqui dicendú fuisset, sicut neque in suis, neque in agnatis erat successio, *l. 1. §. sciendú. D. de suis & legit. §. placebat Instit. de legit. agnat. success.* ita etiá futurú, vt quáuis neque filius matris, neque mater filij hereditaté adisset, agnatus tamen proximus excluderetur omnimodo, neque posset ampliùs ei deferri per legé XII. tab. hereditas, quæ iá semel ex alterutro Senatusconsulto delata fuisset. Quod tamé nec æquú, nec iustum videri debuisset: adeò enim neque in suis, neque in agnatis erat successio quoniam neque suis neque agnatis deferebantur hereditates, nisi ex lege duodecim tabularú, cuius tota potestas vnica delatione cósumebatur, quia nec nisi semel locuta lex fuerat idque per verba præcisa, & ad vnicú illud instans relata, quo hereditas deferretur. At post Senatusconsulta Tertullianú & Orficianú alia est delatio, & ex alio iure, quæ fit matri, & liberis, quam quæ fit proximis agnatis. Matri & liberis defertur hereditas ex Senatuscósultis, & nouo iure: agnatis verò proximis ex lege XII. Tab. nec proinde similiter dici potest per delationé quæ facta sit ex Senatuscósulto, consumptá fuisse illá quæ fit ex duodecim tabulis, quoniá alia lex est. Quia tamen faciebát Senatusconsulta, vt delatio, quam vetus lex in proximi agnati personam collatura erat, impediretur per nouam delationem, vt solent semper nouæ leges esse potentiores: idque tamen non odio agnatorum, sed mero fauore matrum & liberorum, quorum proinde nullam rationem haberi æquum erat, si nouum Senatusconsulti beneficium aspernarentur, siue per repudiationem, siue per abstensionem contingentem beneficio restitutionis post aditioné. (Quid enim attinebat iis fauere qui rem habere nollent, siue aliquádo antea, siue nunquá voluissent? *d. l. 2. sed si sint sui. eod. tit. l. si post mortem. 13. §. liberi. D. de bonor. poss. cótr. tab.* Inde namque est quod Vlpianus ait in *d. l. §. sed si sint sui.* nudum heredis nomen obstare matri non debere, nudum porrò heredis nomen habet filius qui se abstinuit post aditionem beneficio restitutionis.) Prouidendum fuit, benéque prouisum iisdem Senatusconsultis, vt si quando vel mater, vel liberi hereditatem cum effectu vel sibi acquirere, vel acquisitam retinere nollent, non impediretur delatio legis duodecim tabularum, non modò per delationem quam Senatusconsultum fecisset, atque per aditionem quæ delationem secuta esset. Vidit nimirum Senatus ita posito iure nullam fieri iniuriam matri

aut liberis nolétibus hereditatem ad se pertinere. Fieret verò maxima proximis agnatis, si à beneficio legis duodecim tabul. arceretur fauore matris aut liberorum, qui iure suo vti nollét. Itaque admittuntur hoc casu agnati, fiúntque verò heredes ex iure ciuili: quia verum est, filium, qui post aditam matris hereditatem abstinuit se per restitutionem in integrum, desiisse heredem esse: At non ideò quòd ea possit esse vis abstensionis aut restitutionis, vt heredis ius & nomen auferat, sed quia Senatuscósultum, quod hereditatem matris filio detulerat, sub ea veluti conditione, si eam effectu ipso acquisitam constanter, & perseueranter vellet, vsurpatis idcirco verbis extensiuis, & habentibus tractum temporis, non habet hunc pro herede post abstensionem: ac ne quis de eo possit dubitare, restituit agnatis ius antiquum leg. XII. tabul. vt possint ipsi perinde fieri heredes ex ea lege acsi matri aut liberis delata hereditas non fuisset. Quos enim Senatus heredes fecit, cur non potuit etiam facere vt desinerent esse heredes, si desinerent velle hereditatem ad se pertinere? At verò non similiter fecit Senatus, aut facere potuit, vt filius qui matris hereditatem repudiasset, posset adhuc fieri heres mutata voluntate, si ea hereditas interim adita esset per consanguineum, aut agnatum *d. l. filij. §. 1. eod. tit. ad SC. Tertull.* quoniam hunc consanguineum aut agnatum heredem facit lex 12. tabul. quæ tamé nullo casu patitur vt qui per eam semel heres factus est, postea heres vnquam esse desinat, propterea quòd in constituendis & deferédis hereditatibus semper vsa est verbis præcisis, numquam extensiuis. Non potuit autem Senatus se interponere in moderádis iis hereditatibus, quæ non ex Senatusconsulto, sed ex ipsa lege XII. tab. iam delatæ & acquisitæ reperirentur. Planè, quandiu per consanguineum aut agnatum proximum non fuit adita matris hereditas, fecit Senatus, & quidem contra iuris regulas, vt filius etiam post repudiatam matris hereditatem nihilominùs heres fieri posset, mutata voluntate, saltem intra annum qui datur filio ad petendam bonorum possessionem, *d. l. filij. §. 1. iunct. l. §. largius. D. de success. edict.* Hoc autem fecit Senatus non fauore hereditatis maternæ, vt vult Bartolus. Nam & idem est, si agitur de filij hereditate quam mater noluerit primùm, postea verò voluerit ad se pertinere, si non fuerit medio tempore acquisita ab alio, sed potestate verborum extensiuorum, quibus vsus est, vt Paulus ait, nullo etiam interueniente auxilio restitutionis in integrum, & siue minor, siue maior sit filius qui repudiatam matris hereditatem nunc amplecti vult: cùm tamen extra hunc casum quisquis adire vult hereditatem quam semel repudiauit, egeat beneficio restitutionis, quæ porrò solis minoribus indulgetur *l. 1. & tot. tit. C. si vt omiss. hered. iunct. l. sicut. 4. C. de repud. vel abstin. hered.* Nimirum potuit Senatus hoc facere, quasi sæpius & singulis momentis deferendo huiusmodi hereditatem, quandiu medium nullum est inhabile, id est, quandiu alius nemo intercedit cui iam acquisita sit hereditas. Nam nec restitutio in integrum datur minori ad hereditatem, quam semel repudiauerit, postmodum acquirendam, si res non sit ampliùs integra: etsi eo casu interpretamur integram non esse, non cùm ab alio adita est hereditas, vt apud Paulum, sed cùm distractæ iam sunt res hereditariæ *d. l. ait prætor. §. sed quod Papinianus. l. quod si minor. 24. §. Scæuola. D. de minor. l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.* sed post acquisitam hereditatem agnato proximo ex lege duodecim tabularum, quamuis nihil ex hereditate distractum sit, non fecit Senatus potestatem filio qui matris hereditatem primùm repudiauerat, vt heres esse possit, quia neque hoc facere potuit, vt diximus. Fecisset enim proculdubio, si alterutrum istorum facere po-

tuisset, vt vel agnatus proximus heres esse desineret, vel duo in solidum heredes esse possent, saltem vnus directò, & alius vtiliter, vt Bartolus loquitur.

ERROR VII.

De sententia & ratione l. 2. §. sed si sint sui. §. sed si quis. §. si bonum & §. vlt. eod. tit. ad SC. Tertill.

ILLVD difficilius est, quod Vlpianus ait in *d. l. 2. §. sed si sint sui*, tũ quoque cùm aliqui sunt sui heredes, si tamẽ ad eos hereditas non pertineat, nihilominus matrem admitti ex Tertilliano, puta si se abstinuerint bonis patris, & itá fiat vt rẽ non habeãt, quamuis retineãt nudum nomen suorum heredum. Nam cùm sit verissimum, non esse sine herede illum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem, *d. l. cùm quasi. § sed et si suus D. de fideic. libert.* adeò vt iure ciuili perinde suus heres creditoribus paternis teneatur, ac si se non abstinuisset, *d. l. necessarius. 57. D. de acquir. hered.* planẽ fatendum est, duos esse hoc casu heredes, nec tantùm in solidum, sed etiam directò, si admittamus matrem heredem fieri ex SC. Tertilliano. Et verò quàm sit hoc nouum, nec facilè ad nittendum tanquam quòd à iuris ratione omnino abhorreat, & ex eo apparet quod Vlpianus in eam rem adfert autoritatem duorum prudentum Africani & Publicij, sed ita tamen quasi hoc ipsi non tam dixerint adfirmatiuè, quàm dicere tantauerint. Sic enim scribit, *Africanus & Publicius tẽtant dicere*, audenter scilicet, vt loquitur Scæuola in *l. Gallus. 29. §. videndum. D. de liber. & posthum.* & parum religiosa iuris obseruatione. Nec rursus audet Vlpianus hanc sententiam veram dicere, sed tantùm æquam, & æquiorem ea opinione quæ aliorum erat, existimantium, vt ea sola dictio innuit, non esse admittẽdam matrem ex Tertilliano suis heredibus existentibus, ne plures in solidum heredes inducantur. Quomodo solemus dicere suis heredibus existentibus nihil pro herede vsucapi posse, *l. 2. C. de vsucap. pro hered.* Nam & generaliter proditum est in *l. 2. C. vnd. liber.* Ex testamento, vel ab intestato existente filio vel nepote suo herede, neminem posse ab intestato heredem existere. Atqui existit filius suus heres, etiã si se abstineat. Mater igitur hoc casu ex SC. Tertilliano heres existere nullomodo potest. Et sanè obseruandum est, non ita loqui Vlpianum etiam ex Africani & Publicij sententia, vt dicat matrem heredem esse, sed multo simpliciùs, *matrem venire*, quod ego sic accipiendum puto, non vt veniat ad hereditatem, herésque fiat, sed vt veniat ad bona, vtilésque actiones habeat, non tãtùm exemplo eius quod SC. Trebellianum constituit in fauorem fideicommissarij, sed etiam exemplo eius quod obtinet in persona coheredis vel substituti cuiuslibet, quoties suus heres qui coheredem, aut substitutum habuit, abstentus est bonis paternis. Tunc enim bona duntaxat perueniunt ad coheredem iure adcrescendi, aut ad substitutum iure substitutionis, *l. ex contractu. 44.* D. *de re iudic.* non etiam hereditas, quæ nec in suis heredibus vlla vnquam fuisse intelligitur, *l. in suis* XI. D. *de liber. & post.* Cur ergo, aut quomodo plus iuris habebit mater ex Tertilliana, quàm habebat ex lege duodecim tabularum coheres vel substitutus? Nam & ratio illa qua Africanus & Publicius mouebantur, *ne nudum nomen sui heredis noceat matri*, ea ipsa ratio est, quæ facit pro coherede &

pro substituto, quibus vtique noceret nudum nomen sui heredis, si ius adcrescendi & substitutionis ex eo impediretur, quòd suus heres, præsertim qui se abstinuit post immixtionem, vt in illa specie nihilominùs remaneat heres ipso iure. Neque verò Senatusconsultum adeò curiosum fuit vt matrem heredem faceret, magisq; cogitauit de effectu rei quàm de nomine, vt scilicet suo herede abstinēte mater, etiāsi nō posset habere nomē heredis, quod suus heres per abstensionē quoque retineret, haberet tamē rem ipsā quā suus heres habere noluisset. Quid enim refert in effectu, an dicamus heredē fieri matrē, vel aliud successionis nomē induere, vt loquitur Vlp. in *d. l. §. vlt* dūmodò rē habeat? An nō æquè satisfit Senatusconsulto? Idque ita esse ex hoc etiam appatet, quòd ex SC. Tertulliani beneficio potest mater non tantùm succedere iure ciuili, etiam iis casibus quibus potest heres esse: verùm etiā bonorū possessionē petere iure prætorio, adeoque post repudiatā bonorū possessionē adhuc deliberare de adeūda hereditate, *d. l. 2. §. sed si mater. 21.* Quis enim dixerit fieri heredē matrem, quæ voluerit iure prætorio succedere per bonorum possessionē? vt & in *l. 1. C. de success. edict.* Eaque etiam ratio est propter quā in specie *d. l. 2. §. sed si quis decessisset*, id est, cùm quis decessit relicta filia quam in adoptionem legitimè dederat, relicta & matre, ait Vlpianus, matrem, donec filia bonorum possessionem petere potest, ex capite scilicet, Vnde cognati, non posse eam bonorū possessionē accipere, quia licèt Diuus Pius in hac specie decreuerit cessare Senatuscōsultū, simulque admittendas ad illā bonorum possessionem Vnde cognati, matrē & filiā, ne alioqui per matrem excluderetur filia, quā certū est non posse admitti tanquā filiam, sed tantùm quasi cognatam, *§. admonendi. 13. Instit. de heredit. quæ ab intest. defer.* Si tamen filia in bonorum possessione petenda cessauerit, nihil vetat matrem admitti tāquam matrem, & quasi legitimam ex capite Vnde legitimi: certum autem est quandiu bonorum possessio ex capite Vnde legitimi deferri potest, nō deferri Vnde cognati. *l. legitimis 5. vl. D. vnde cognati.* Ideoque decipiebatur Iulianus, quem Vlpianus refert, & reprehendit. Existimabat enim non posse matrem ex Senatusconsulto admitti si filia in bonorū possessione petenda cessasset, quasi absurdum videretur deferri hereditatem tanquā legitimā posteaquàm aperta esset via successioni cognatorum. Sed nō ita est, quia, vt ait Vlp. mater defūcti succedit filiæ defūcti, vtpote quæ nec ante filiā admitti potest tanquā mater, ne filiā excludat, nec simul cū filia succedere nolēte, nec rursus sola quādiu filia potest succedere, nō quia ex eodē cognationis gradu & capite vocatur, (ex pluribus enim qui in eodē gradu succedēdi sint, vnū sine alio succedere nihil prohibet) sed quia bonorū possessio Vnde cognati, nō potest cōpetere quādiu aliquo casu succedi potest Vnde legitimi: tādiu autem potest admitti mater ex capite Vnde legitimi, quādiu filia nō successit ex capite Vnde cognati, vt & in speciē *§. si sit consanguinea, d. l. 2.* Sequitur vt saltē post filiā debeat mater admitti, & quidē nō tanquā ex capite Vnde cognati, sed tanquā legitima siue succedere velit & fieri heres ex Tertulliano, cum iam verendū nō sit ne faciat iniuriā filiæ cuius solius fauore Senatuscōsulti autoritas impediebatur ne matri legitimā hereditatē deferret: siue malit illa petere bonorum possessionē ex capite Vnde legitimi, & succedere iure prætorio. Generaliter enim quotiescūque vel lex, vel Senatus defert hereditatē, non etiā bonorū possessionem, nihilominus peti potest bonorum possessio ex capite Vnde legitimi, *l. generaliter. 3. D. vnd. legit.* Indeque apparet tāto manifestius verū esse, quod supra diximus, cùm existēte aliquo suo herede, ac se abstinēte mater admittitur ex Tertulliano

tulliano, nō fieri eam heredē, nec venire ad hereditatē, sed venire ad bona iure bonorū possessionis. Quid enim necesse est iuris rationem violari vt fiat heres mater alio iam herede existēte, cùm in effectu salua iuris ratione itidem possit cōsequi beneficio bonorū possessionis? Etsi itaq; bonorū possessio ex prætoris iurisdictione, nō ex Senatusconsulto est, quia nō id specialiter Senatus iubet vt bonorū possessio matri vllo casu detur: quod si ita esset, peti deberet ex capite, *Vt ex legib. Senatusue cōsultis bonorū possessio detur. l. vnic. D. vt ex leg. Senat. cōs. bon. poss. det.* Non alia tamē ratione dat prætor matri bonorū possessionē, quàm quòd ipsa ex Tertulliano ad hereditatē vocetur, *d. l. 3. vnd. legit.* Estque hic casus numerandus inter eos, quibus etiā hodie non solùm vtile, sed etiā necessariū est auxiliū bonorū possessionis: alioqui nullomodo posset admitti mater ad successione filij, qui suū herede reliquisset, quamuis se abstinentē: nec obstat quod dici solet, eum qui agnoscit bonorū possessione, hoc ipso pro herede gerere videri, *l. puberem 22. C. de iur. delib.* Tunc enim id obtinet, cùm delata ei est hereditas, ita vt iure quoque ciuili heres fieri possit, quod hic non cōtingit. Sed etsi cui durius videretur quod suprà diximus ad Vlpianū in *dict. l. 1. §. si quis adita. D. ad SC. Tertull.* filium, qui adita ex Senatusconsulto Orphitiano matris hereditate, per in integrum restitutionem abstentus est desinere heredem esse, vt possit ius antiquū habere locum, & hereditas deferri agnato proximo ex lege XII. tab. Similiter dicerem, sic saltē accipi Vlpianum debere, vt post filij abstensionem ius antiquum locū habere incipiat, non vt agnatus ex lege XII tab. heres fiat, quod prorsus impossibile est filio, manente herede, sed hactenus tantùm, vt ad matris successionem admitti possit petita bonorū possessione Vnde legitimi, quā vtique non daret ei prætor si remoto filio ius antiquum habere locum non posset, *d. l. 1. §. cùm ex lege. D. vt ex legib. d. l. 3. D. vnd legit.* Nec enim requirit prætor cùm dat eā bonorum possessionē Vnde legitimi, vt qui petit, possit eo ipso casu fieri heres iure ciuili: sed hoc tantùm inquirit, an sit ex ijs personis quibus lex defert hereditatem, ita vt posset etiā iure ciuili heres fieri si aliud nihil impediret. Alioqui nunquā esset vtile auxilium prætoris in danda bonorū illa possessione, nisi cùm nō esset necessarium: neque verò bonorū possessionis auxiliū ideo vnquam excluditur, quòd alius iam heres sit, si modò alius ille non habeatur à prætore pro herede, vt in *l. sine patronus 21. §. vlt. D. de iure patron. l. etsi ex modica 6. §. si filius D. de bon. libert.* Aliud est in specie, quam idem Vlpianus tractat in *d. l. 2. §. si bonorū ad Tertull.* si bonorū possessione accepta filius emancipatus abstinuerit se hereditate per in integrū restitutionē. Verū enim est senatusconsultum posse hîc locū habere, non solùm hactenus vt bonorum possessionem Vnde legitimi matri dare prætor debeat, sed etiam vt ex Tertylliano heres fieri mater possit, quia nihil vetat heredem fieri matrem, etiam posteà quàm filius bonorum possessionem accepit, cùm ea bonorū possessio non heredem ipsum fecerit, sed bonorum possessorem. Sed si fuerit rursus immixtus filius beneficio alterius restitutionis, non ideo quidem desinet mater heres esse, cùm nec filius rursum se immiscendo heres fiat, sed tamen rursus debebit mater abstinere, quoniam non ea mens fuit senatusconsulti vt matrē vocaret ad filij hereditatem quandiu aliquis ex liberis filij heres esse vellet & velle posset, siue ab initio, siue ex post facto, cùm eam ob causam vsus sit senatus verbis extensiuis: sic & in *§. vlt. d. l. 2.* vbi idem Vlpianus quærit, Matre prohibita ius suum vindicare ob non petitum filio impuberi tutorem, vtrum cæteros admittamus atque si mater non esset, an ipsam dicamus heredē fieri, vel aliud successionis

nomen induere; sed denegemus ei actiones, tanquam indignæ, atque ita fisco locũ aperiamus. Placet ex rescriptio Imperatoris Antonini, matre remota eos admitti, qui venirent, si mater non fuisset: id est, & agnatos & exclusis agnatis cognatos succedere, aut si nemo sit, tum demũ bona vacare: admitti, inquam, ad hereditatem, ita vt fiant heredes iure ciuili, si sint ex iis, quibus lex XII. tab. defert hereditatem, id est, si sint agnati, aut ad bonorum possessionem, ita vt fiant bonorum possessores, si sint ex iis qui non vocantur nisi ex mera indulgẽtia prætoris, cuiusmodi sunt cognati, *l.1.D.vnd.cognat.* Cur non enim agnati possint heredes esse, cùm mater nunquam ex Tertulliano heres fuerit: Quomodo namque potuisset ex Tertilliano heres esse mater, quam constitutio prohibet ius suum vindicare: Dices, Quæ nam igitur eo loco poterat tanta esse ratio dubitandi, vt tam solemni Imperatoris rescripto res egeret: Nimirum quia cõstitutionis verba non satis exprimebant, vtrum prohiberetur mater heres esse ex Tertilliano, an potiùs exequi ius suum postquàm heres facta esset. Quo posteriore sensu admisso, nullus proximis agnatis cognatisve locus relictus esse videbatur, sed bona fieri vacantia, & fiscũ inuitare, vt in *l.vlt.D.de success.edict.* Sed & cùm verba illa constitutionis, quibus prohibebatur mater ius suum vindicare, hoc apertè præ se ferrent, vt non eo minùs saltem deferretur matri hereditas, (alioqui non erat prohibenda ius suum vindicare, quæ ius nullum habuisset) videbatur hoc sufficere ad agnatos excludendos, cùm in agnatis eo tempore non esset iure ciuili successio, *d.§.placebat.Instit.de legit.agnat.success.* Verùm aliter visum est optimo Imperatori, ratione illa quam in alio casu suprà vsurpauimus, quòd delatio, quæ fit ex SC. Tertilliano, alia sit à delatione quæ fit ex lege duodecim tabularum. Hoc enim cùm euenit, potestas vnius legis hereditatem deferentis non potest consumere delationem ex alia lege postea faciendam. Cæterum in omnibus istis casibus perpetuum & simile illud est, quòd nec vnquam desinit heres esse is qui semel heres fuit, nec vnquam euenit vt duo sint eidem personæ in solidum heredes. Hæc verò omnia malè nostri vulgo explicant. Putant enim, cùm suis heredibus existentibus mater admittitur, suos heredes non esse heredes, sed matrem, quæ admittitur ex Tertilliano, quasi nudum nomen sui heredis non magis noceat matri, quàm si heres ille in rerum natura non esset. Alioqui non debuerat Bartolus hoc argumentum prætermittere, quod erat omnium fortissimum ad probandum posse duos in solidum heredes esse. Is sanè ad d.§.vlt. scribit generaliter, nudum nomen sui heredis non sufficere ad alios excludendos; ita innuens non obscurè, nihil obstare suos heredes qui se abstinuerunt quominus alij non tantùm ad bonorũ possessionem admitti possint, vt fiant bonorum possessores, sed etiam ad hereditatẽ, vt fiant heredes: quod certè falsum est. Rursus in specie & quæstione d. §. vlt. sic ille loquitur, quasi mater ita excludatur à successione filij, vt nec ei deferatur hereditas. Inde nimirum accepta occasione disputandi de statutis exclusiuis foeminarum, non extantibus masculis. Atqui hoc falsum est. Nam tum quoque cùm mater peccauit ob non petitum filio tutorem, non eo minùs tamen defertur illi ex Tertilliano hereditas, sed tantùm prohibetur per constitutionẽ ne ius suum vindicet, id est, ne sibi hereditatem acquirere possit. Quæ res agnatis cæteris locum facit, vt docuimus.

ERROR

ERROR VIII.

De differentia exclusionis statutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renuntiationem.

Æquiparare solent pragmatici & interpretes nostri exclusionem à iure succedendi, quæ inducitur per statutum, & eam quæ per iuratam renunciationem, vtramque verò similem facere exclusioni quæ fit per exheredationem; Quod his omnibus casibus perinde eueniat vt nõ possit succedere persona quæ alioqui successura esset. Sic enim Bart. ad *l.1.§.qui habebat.D.de bonor.poss.contr.tabul.* Indéque multa inferunt, vt nimirum quicquid vno casu constitutum reperitur, ad alios omnes tanquam similes porrigatur. Mihi tamen larga videtur inter istas exclusiones esse differentia: præsertim verò inter eam quæ inducitur per statutum, & eam quæ per iuratam renunciationem, ex autoritate capitis, *quamuis pactum, De pact. in 6.* Nam de exheredatione nunc dicere nihil attinet, cùm pertineat illa ad causam testati; Nec enim exheredatio alibi potest fieri quàm in testamento, & quidem valido, adeóque ex quo adita sit hereditas, *l.filium 20.D.de bonor.poss.cont.tab.l.si patronus 12.§.ex testamento.D.de bon.libert.* Cæteræ autem exclusiones quæ vel per statutum, vel per pactum inducuntur, ad causam intestati tantùm pertinent, ne alioqui liberam testandi facultatem, quam potiùs ampliare deberent, constringere, si non penitus auferre viderentur. Et in hoc sanè conueniunt, quòd personam exclusam submouent à successione intestati (quod vnum interpretes intuentur) sed tamẽ ita vt multum intersit an per statutum, an per pactum quis excludatur. Exclusionem enim quæ per pactum inducitur, certum est, nec interpretes diffitentur, habere tacitam conditionem, si hereditas ab intestato deferetur, vt Bart. Castrens. & cæteri tractant ad *l. qui superstitis 94.D.de acquir.hered.* & nos in Prima Chiliadis nostræ parte pluries inculcauimus, quia fieri nõ potest vt quis excludatur ab hereditate priùs quàm vlla sit hereditas, quæ porro viuentis nulla esse vnquam potest *l.1.n.de hered.vel act.vendit.l.1.D.pro hered.* Ita fit vt per huiusmodi renunciationes iuratas delatio hereditatis non impediatur, sed tantùm acquisitio. Delatio enim pendet à voluntate legis, *l. lege obuenire. 130. de verb. signific.* acquisitio autem extra causam necessariorum & suorum heredũ à volũtate hominis, *l.delata 151.eod.al.1.sicut 4. C.de repud.vel abstin.hered.l.nec emere 16.C.de iur.delib.l.4.D.ad SC.Trebell.* Ideóque nõ potest per pactũ fieri, quantumuis iuratum sit, vt potestas legis impediatur quominus lex hereditatẽ deferat ipsi etiam personæ quæ renunciauit, quia semper verum est quod Papinianus dicebat in *l.penult. D. de suis & legit.* priuatorum pactiones legum autoritate nõ censeri. Cùmque nihil sit quod pacta ista inuitis legibus confirmet præter iurisiurandi religionem, cuius præcipuam autoritatem esse sacrosancti Pontifices voluerunt, ne periurium incurratur, si non seruetur iusiurandũ quod seruari potest citra dispendium salutis æternæ; apparet non posse incurri periurium, tametsi persona, quæ renunciauit, patiatur deferri sibi hereditatem, quãdoquidem delatio præsertim quæ fit ex lege XII. tabul. fit nobis etiam inuitis. Neque verò id agit is qui renunciationem extorquet per stipulationem, vt impediat ne hereditas renuntianti deferatur, sed tantùm ne acquiratur, vt aliis ab

intestato successuris posit,non quasi mortua iam persona quæ renunciauit, vt malè interpretes iactitant, sed potius iure adcrescedi, vt fit quoties ex alia qualibet causa portionem sibi delatam quis agnoscere vel non vult,vel non potest. Impeditur ergo dumtaxat acquisitio hereditatis per huiusmodi renunciationē vires suas exerentem eo pso instanti quo hereditas per legem defertur, vt eodem tempore & delatio fiat,& exclusio, *arg.l.quoties 14.D.de nouat.* At exclusio quæ fit per statutum longè potentior est. Nam cùm statuta ius faciant,nec aliud quicquam sint,quàm ius ciuile eius loci,& populi cuius statuta sunt, habent proculdubio eam vim vt ius ciuile Romanorum tollant quatenus ei aduersantur,ac proinde vt impediant ne qua lex,siue duodecim tabularum illa sit,siue alia,hereditatem deferat ei personæ quam statutum excludit. Nam & statutis hereditates deferri posse constat,vt ex aliis quibusuis legibus,siue nouas successiones inducere statuentes velint, siue successionum ordinem antiquis populi Romani legibus constitutum immutare :cùm iura omnia hereditatum, maximè verò legitimarū sint ex legibus,ideóque pro legislatoris arbitrio cōstitui & emendari possint.Itaque si ponamus statutum tale esse, per quod excludantur foeminæ fauore masculorum,& quæras,Extátibus masculis, & foeminis, hereditas cui deferatur ? Respondebo deferri solis masculis ; foeminis autem nullomodo,tanquam quæ exclusæ sint,non tantùm ab acquisitione,sed etiam à iure ipso delationis.Non enim possis negare quin statutum hoc facere & voluerit & potuerit,cùm foeminas exclusit.In eóq; nos ipsi errauimus pragmaticorum errorem secuti in Error.1.Decad. 13. cùm diximus exclusioni statutariæ eandem inesse tacitam conditionem quæ renuntiationi, si hereditas ab intestato deferetur.Ex hac verò differentia, nec ab interpretibus, nec à nobis ante hunc diem obseruata,nascuntur aliæ quàmplures, quarum aut neglecta, aut ignorata obseruatio grauissimis erroribus causam dedit. Sed an illa primùm,quòd filia, quæ per statutum exclusa est à successione intestati, potest impunè à patre præteriri,nec habet ius dicendi nullum cùm neque sit sua heres,neque ei deferatur hereditas ab intestato:ita putat Bart.ad l.vlt.§.*quando in pendenti.num.5, ad SC.Tertill.*vbi ait, Eum qui non potest succedere, posse impunè prætoriri : sed non existimo sententiam hanc defendi posse. Est enim filia hæc sua heres vtroque tempore,& testamenti & mortis,vt defendemus in Err.3.Decad.39.Illud planè verum est,licèt ab eiusdem Bartoli & cæterorum interpretum traditionibus alienum, Non posse impunè à patre præteriri filiam quæ non sit exclusa nisi per renuntiationem. Hæc enim non tantùm sua est tépore testamenti & mortis patris,sed etiam habet ius succedendi, cùm ei deferatur hereditas per legem ac si non renunciasset; adeò vt nec impleta sit conditio tacita renuntiationis, priusquàm sit hereditas ipsi delata,quãuis renunciatio faciat vt ius illud suum, quod reuera ipsi competit, vindicare prohibeatur exemplo eius,quod in matre quæ filio suo tutorem intra annum non petiit,cōstitutio induxit vt quamuis hereditas ei ex Tertylliano deferatur, ius tamen non habeat vindicandorum bonorum, *d.l.2.§ si mater.& §.vlt. D.ad SC.Tertyll.*Quia sicuti mater ob id quod non petiit tutorem,non eo magis desinit esse mater, nec proinde potest ea culpa matris impedire potestatem senatusconsulti quod defert hereditatem matri tanquam matri, *l.tutelas 7. D. de capit. minut.* Ita nec filia quæ per pactum renunciauit cum intestando, desinit esse filia,adeóque sua heres,cùm neque desinat esse in potestate, & primum gradum tenere in causa succedendi quantum ad ius delationis.Ex quibus totum ius sui heredis

heredis æstimatur, *l. si filius fam. lias* 33. *D. de testam. milit. l. scripto* 7. *D. und. liber.* Cúmque in suis heredibus idem sit instans delationis & acquisitionis, qui a primo instanti heredes reperiuntur ipso iure, *l.* 1. *§. qui sunt in potestate. D. l. si quis omiss. caus. testam.* adeóque etiamviuo adhuc patre, *l. in suis* 11. *De liber. & posth.* potest au facter quidem, sed verè dici, per renunciationem filiæ non magis impedri acquisitionem quàm delationem hereditatis, ob idque necessariam esse exheredationem ad excludendam hanc filiam ab heredi tate patris, *d. l. in suis.* tantum abest vt possit impunè præteriri quomodo volu t interpretes, aut vt æquiparanda sit incapaci, quomodo eam æquiparat Bart. *ad l.* 1. *§. pen. de contr. tab.* Renunciatio enim ista maiorem vim habere non potest, quàm vt cogat filiam se abstinere metu penurij: quandoquidem licèt in ipsius arbitrio non sit facere quominus defuncto patre deferatur sibi per legem, & acquiratur portio hereditaria, quam effectu quoque ipso consequeretur si non renuntiasset, liberum tamen arbitrium habet vel immiscendi se, vel abstinendi, *l. necessariis* 57. *D. de acquir. hered.* Et idcirco ne periurium incurrat, facere debet quod in se est, non, ne succedat quod facere non potest, sed vt in effectu pro eo habeatur ac si non successisset, quod fit per abstensionem: quia liberos suos heredes, qui se abstinent, licèt reuera heredes sint iure ciuili, heredum tamen loco prętor non habet, *l. si filius.* 12. *D. de interrog. act.* Ergo quemadmodum suus heres non eo minùs statim heres est & ipso iure quòd possit abstinere, *d. l.* 1. *§ qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testa.* imò nec ob id quod se iam abstinuerit, *d. l. cùm quasi* 30. *§. sed et si suus. D. de fideic. liber.* Ita & filia quę renunciauit, cùm remaneat sua heres, licèt per renunciationem amiserit ius & arbitrium se immiscendi: nō eo minus tamen heres est, nec proinde potest haberi pro mortua, qualem haberi eam necesse esset, vt impunè præteriri posset, quomodo habenda est pro mortua ea quę exclusa est per statutum, quia statutaria illa exclusio non habet eandem tacitam conditionem quam habet renūciatio, si hereditas ab intestato deferetur, cùm potestate statuti tanquam specialioris, & consequenter potētioris legis non tantùm acquisitio, sed etiam delatio hereditatis impediatur, quæ non potest fieri nisi ex lege. Ex quo infertur necessariò, quod nemo obseruat, si filia quæ iam per statutum exclusa est, renunciauerit per pactum quantumlibet iuratum, nullius momenti esse renunciationem. Non solùm quod quemadmodum nec mea magis mea fieri non potest, *§. sic itaq;* *Instit. de action.* ita nec fieri queat vt persona iam exclusa rursum magisque excludatur, verùm etiam quia nunquam potest impleri conditio illa tacita quam renuntiationi omnes inesse fatentur, si hereditas ab intestato deferetur, auctoritate scilicet statuti impediente ne vnquam deferri hereditas possit ab intestato. Poterit quidem deferri ex testamento, sed non pertinet ad hunc casum renuntiatio, id est, ad excludendam filiam ab iis quæ per testamentum ei delata voluerit pater, quamuis pertineat ad casum quoque testati, quantum ad hoc, vt facto testamento filia quæ renunciauit excludatur à petitione supplementi legitimæ, si modò expressim ei renuntiauerit. Hoc enim etiam inuitis nobis exigunt interpretes contra quos disputauimus in priore Chiliadis nostræ parte. Ergo prorsùs inutilis est renunciatio si fiat per filiam, quę iam exclusa sit statuto: nisi fortè ponas exclusionem statutariam esse temporalem duntaxat & suspensiuam, (quod euenit secundùm interpretes cùm excluditur filia quoadusque masculi supererunt) exclusionem verò quæ per renunciationem inducatur esse perpetuam. Quod cùm accidit, renunciationis ea vis & potestas erit vt tunc incipiat

excludere filiam, cùm exclusio statutaria finem acceperit. Sed iam dixi in præcedentibus, non magis posse per statutum quàm per pactum induci temporales istas & suspensiuas exclusiones, quin saltem extinguatur suspensio ex die agnitę hereditatis, non quòd maior non sit vis statuti quàm pacti, cùm statutum legis vim habeat quam pactum non habet. Sed quia per huiusmodi temporales & suspensiuas exclusiones sic acceptas, quomodo ab interpretibus accipiũtur, absurdum illud inducitur vt nunc heres sit ad tempus, alius verò ex tempore, quod nos probauimus fieri nullomodo posse, ne quidem per legem: cúmque verum sit quod nos etiam probauimus, non posse ampliùs deferri ab intestato hereditatem quæ iam semel fuerit non modò delata, sed etiam acquisita, omninò consequens est, vt eo quoque casu quo statutum per verba suspensiua conceptum sit, perinde verum sit nunquam posse tacitam illam renuntiationis conditionem existere si hereditas ab intestato deferetur. Planè si masculi, quorum solo fauore exclusa esset per statutum filia, & cum illa adiectione *quamdiu liberi masculi superessent*, omnes decederent viuo eo, de cuius hereditate ageretur, posset effectum habere renuntiatio quæ facta esset, vt fieri passim solet fauore heredum & successorum quorumcunque, & aduenïente quocunque casu, ac in omnem euentum. Tunc enim deficiente potestate exclusionis statutariæ, nondúmque adita per quemquam hereditate, nihil vetaret deferri ab intestato hereditatem filiæ quę renuntiasset, atque ita renunciationis conditionem impleri, eodémque instanti vires suas exerere renunciationem in eius commodum, qui remota filia proximior est ad succedendum, licèt non sit ex liberis, aut ex masculis defuncti. Finge fratrem esse aut filiam quæ nunquam renunciauerit, nihil vtique prohibebit admitti hanc, aut illum beneficio renuntiantis, qui tamen admitti non possent beneficio statuti, si renunciatio nulla interuenisset.

ERROR IX.

De statuto excludente fœminas, extantibus vel succedentibus masculis.

ALIA inter hæc duo genera exclusionũ, statutariæ scilicet & cõuentionalis, differentia illa est, quòd filia quæ renuntiauit, non ideo prohibetur succedere ac se immiscere, si consentiant, & iurisiurandi gratiã faciant ij quibus alioquin renuntiatio prodesse posset, & deberet. Quidni enim liceat filiæ, quæ iam ipso iure, adeóque inuita heres sit, tanquam sua heres, & necessaria, hereditatis commodum quod per præmaturam renuntiationem à se abdicauerat, retinere citra metum periurij, cùm ij consentiant quorum potest interesse: Habet enim omne iusiurandum tacitam conditionem, si in eodem statu res manebunt, *l. vlt. D. qui satisd. cogant.* Et quemadmodum in omni iureiurando intelligitur excepta voluntas & autoritas superioris *l. vlt. in princip. D. ad municip.* Ita & multo magis intelligi debet excepta voluntas eius qui ex periurio lęderetur, cùm liceat cuilibet suo iuri renuntiare, *l. penult. C. de pact. l. pactum 46. D. eod.* At filia quæ per statutum exclusa est, quamuis non nisi fauore masculorum succedere nunquam potest, si modò masculus vel vnus supersit

eo

eo tempore quo intestati successio defertur, id est, quo certum esse incipit patrem familiâs intestatum decessisse, nec si masculus ille nolit succedere, consentiatque vt filia ipsa succedat. Etsi non ignoro Bartoli sententiam vulgò receptam esse, aliter existimantis ad *d.l.1.§.penult.num.7.D.de bonor.possess.contra tab.ex l.2 §.sed si sint sui.. D.ad S.C.Tertyll.* quam & probat Baldus ad *l. maximum vitium.num.12.C.de liberis prater.* Cum enim non possit excludi filia à successione patris intestati, siue fauore masculorum, siue, quod esset iniquius, odio sexus, quin abrogetur hoc ipso totum ius ciuile, quod leges duodecim tabularum, & Iustiniani constitutiones induxerunt circa parentum hereditates inter liberos vtriusque sexus ex æquis portionibus diuidendas, *d.l. maximum vitium.4 D.de liber.prater.& Nouell.118.de hered.ab intest.venient.cap.1.* Cõsequens fit, vt in quibus locis eiusmodi statuta vigent, necessariò fatendum sit, nihil ampliùs tractandum esse de hereditatis delatione, quæ alioquin fieret, siue ex lege duodecim tabularum, siue ex constitutionibus Iustiniani, sed solius statuti authoritas & potestas spectanda sit, vt quæ ex statuto non potest deferri hereditas in illis casibus, de quibus statutum loquitur, ea nullomodo, & ex alia nulla lege deferatur. Nec enim fieri potest, vt eadem hereditas eodem tempore ex diuersis planéque pugnantibus legibus delata dici queat, sed quoties noua lex cum vetere pugnat, necesse est delationẽ fieri ex sola posteriore, nullámque penitus haberi prioris & veteris rationem. Qua de re habemus exemplum illustre in Senatusconsulto Tertylliano, cuius licèt non ea mens fuerit, vt agnatos qui ex lege duodecim tabularum deficientibus suis vocabantur, excluderet, sed tantùm vt matrem iis præferret, *d.l.2.§.si mater hereditatem D.ad SC.Tertyl.* hoc ipso tamen quod agnatis matrem prætulit, cui lex duodecim tabularum nullum ius dabat, agnatos quoque in perpetuum exclusit, & legem duodecim tabularum abrogauit, ita vt nullo casu admitti possent agnati, id est, nec si mater legitimam filij hereditatem omitteret, si non ob hanc causam fuisset vsus Senatus verbis extensiuis, hoc etiam addito, vt in eum casum, quo mater nollet succedere, ius antiquum seruandum esset, *d. § si mater*, sicut & senatusconsultum Orphitianum, vocando filios ad successionem matris intestatæ, quibus antea ex lege duodecim tabularum agnati matris præferebantur, nec enim filius matri agnatus proximus est, vt est patri, *l. filius 12. D. de suis & legit.* alioqui nullo opus fuisset senatusconsulto, cùm potuisset ille succedere, quomodo & alius quilibet agnatus, adóque ante omnes, tanquam proximus, *l.2.§.1.d.vnd.legit.* hoc ipso exclusit matris agnatos, ne possent vllo casu succedere, nisi eo solo quem nominatim Senatus excepit iis verbis quæ Vlpianus refert in *l.§.si nemo.eod.si nemo filiorum eorũ quibus simul legitima hereditas deferetur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. iunct. l. filij 6.§.1.eod.* Porrò quod fecit, facereque potuit senatusconsultum, faciet etiam, poterítque facere statutum, cùm non modò habeat vim legis, sitque legi similis constitutio, vt de senatusconsulto scriptum est in *§.senatusconsultum. Instit. de iur.natur.gent.& ciuil.& §.quos autem. Instit.de bonor.poss.* sed etiam sit lex ipsa, & ius, quod nos propriè non solùm municipale, sed etiam ciuile appellamus, proprium scilicet cuiusque ciuitatis. Atqui in statuto, quod nos ponimus ita conceptum fuisse, vt *extantibus masculis fœmina non succedat*, nulla sunt verba extensiua, sed sunt omnia præcisa, & relata præcisè ad illud ipsum instans, quo succedi potest ab intestato, id est, quo certũ esse incipit, patrẽ familiâs decessisse intestatum. Igitur si eo tempore aliquis superfit masculus, etiãsi

nolit succedere, filia tamen omnimodo erit exclusa. Quomodo enim posset solus masculus succedere etiamsi vellet, si non ei deferretur tota successio, partim ex propria persona, partim saltem iure adcrescendi? Quomodo autem posset ei tota deferri, si filia non esset in totum exclusa? Cùm igitur exclusio filiæ inducatur eo instanti, quo inducitur delatio, quæ fit masculo: delatio autem præcedat acquisitionem, neque ab ea pendeat, sed è contrario acquisitio à delatione, saltem ordine intellectus (omnia enim ista per legem fiunt eodem instanti) fatendum necessariò est, exclusionem quoque filiæ esse anteriorem acquisitione, quæ postea sequatur in persona masculi: & ideò siue masculus succedere postea velit, siue nolit, manere semper exclusam filiam quæ iam ante declaratam masculi voluntatem exclusa fuit. Quare ad rem non pertinet quod nostri obiiciunt, posse quemlibet renuntiare statuto & fauori pro se introducto. Non enim sufficit renuntiari statuto, nisi etiam ius antiquum restituatur, quod per statutum fuerat abrogatum. Hoc verò à priuati hominis voluntate pendere non potest: alioqui debuerat statutum ita concipi, ***succedentibus masculis fœmina non succedat***, non, quomodo conceptum esse posuimus, ***extantibus masculis***. Aliud enim est, extare masculos, aliud verò succedere. Et cùm ablatiui illi absoluti resoluantur in conditionem, quod & Bartolus fatetur ad ***d.l.1.§.vlt.ad Tertyll.ex l. à testatore 209.de condit.& demonst.*** apparet nihil referre an statutum ita conceptum sit, ***extantibus masculis***, an verò ***si masculi extabunt***. Proinde extare masculos sufficit, vt cõditio exclusionis statutariæ existat: qua porrò semel existẽte exclusio habetur pro pura. ***l.potior 11.D.qui potior. in pign.habeant.*** & consequenter pro præcisa & perpetua, ac si absolutè scriptũ esset, ***fœmina non succedat***: quod si factum esset, nemo dubitaret, quin omni casu, & in omne tempus fœminæ exclusæ essent à successione intestati. Idémque esset statuto ita concepto, ***masculis succedentibus fœmina non succedat***, si modò poneres masculos non tantùm extare, sed etiã semel successisse, tametsi fortè postea omitterent successionem beneficio abstensionis ex edicto perpetuo, aut etiam in integrum restitutionis: quoniam verbum illud ***succedentibus*** non est extensiuum, vt possis admittere pœnitentiam & mutationem voluntatis, non magis quàm verbum ***extãtibus***. Quare nec est quod quis dicat statutũ cùm de succedentibus masculis locutum fuit, de iis sensisse qui effectu ipso succederent, & successionem perpetuò retinerẽt, quasi nec successisse vnquã videatur, qui posteà successionẽ à se abdicauit, vt solemus dicere, ***Non videri versum, quod non durat versum, l.si pro patre 10 §.versum. D.de in rem vers.*** Nam tritum est apud interpretes, statuta nonnisi strictam interpretationem recipere, & ex mera proprietate verborum: negari autem non potest heredem verè ac propriè esse illum qui semel fuit, quamuis posteà se abstinuerit, ***d. §.sed et si suus. l.necessariis 57. D.de acquir.hered.*** non secus acsi post agnitam hereditatẽ sine herede decessisset. Non potest igitur superueniens abstẽtio masculi, qui iam successit, facere vt admittatur fœmina, quam statutũ in eum casum quo masculi succederent, exclusit. Quid ergo, si statutum conceptum esset per verba extensiua exemplo Senatusconsulti Tertyl.& Orphitiani in hunc modum, ***si quis masculorum successionem ad se pertinere volet, fœmina excludatur***: esset sanè hic casus dubitabilior, quia verbũ ***volet***, cùm sit extensiuum, haud dubiè admittit pœnitẽtiam, ***d.l.filij.§.1.*** verùmque est, hunc non velle, licèt aliquando voluerit. ***d.l.1.§. si quis adita.eod.*** Sed tamen adhuc dicerem, etiam abstinentibus masculis omnibus, qui semel successissent, exclusam perpetuò manere filiam, quę iis succe-

dentibus

dentibus semel exclusa fuisset. Ratio est, quoniam licèt verba extensiua patiatur, faciántque vt voluntatem mutare masculis liceat, si modò ætatis, aut ex qualibet alia causa restitutionis auxilium iis suffragetur, non possunt tamé facere vt filia exclusa admittatur. Quo enim iure admitteretur? an forte ex verbis statuti? At verba ponimus sic esse concepta vt filiam excludant, siue dictum sit, *fœmina excludatur*, siue dictum sit, *non succedat*. Quomodo igitur possunt contrarium effectum operari, vt fœmina admittatur? an potiùs ex mente statuti, quasi à contrario sensu statuentium ea mens fuerit, vt si nemo masculorum succedere vellet, filiæ admitterentur? At præter id quod non passim & indistinctè admittunt nostri valere in statutis argumentum à contrario sensu, ne quidem ad statuti mentem dignoscendam. Illud etiam cõstat in constituẽdo iure legitimarum hereditatum solam legislatoris mentem non sufficere, sed opus esse verbis, & quidem affirmatiuis, non negatiuis, ex quibus hereditas deferri possit. Siquidem lex quælibet negatiuè concepta, nihil vnquam noui & affirmatiui potest constituere. Et quantumuis ex verbis negatiuis ducas argumentum à contrario sensu, nihil tamen assequeris, nisi vt in casu contrario statutum non debeat habere locum, quod ipsum tamen non sufficit ad sensum affirmatiuum inducendum. Exempli causa, sic concepto statuto, *succedentibus masculis fœmina excludatur*, aut etiam si voles, *succedere volentibus masculis*, si argumentaberis à contrario sensu, hoc vnum inferre poteris: Ergo *non succedẽtibus masculis*, aut *succedere non volentibus, fœmina non excludatur*. Sed an ex eo inferes, Ergo admittetur? Minimè: quoniam aliud est, non excludi: aliud verò, admitti: & inter duo ista medium illud est, *nec excludi, nec admitti*, quod iis etiam conuenit, de quibus statutum nec loqui, nec intelligi potuit. Nam si velles sic argumentari, statutum ita loquitur, *Masculis succedere volentibus fœmina excludatur*. Ergo masculis succedere volentibus fœmina admittetur, apertè esset vitiosa argumentatio tanquã excedens in sensu contrario terminos propositionis directæ, vt nostri loqui solent. Debent enim in vtraque propositione & directa & contraria retineri iidem termini mutato duntaxat sensu affirmatiuo in negatiuum, & contrà, vt dici possit & debeat argumentum à contradictorio veriùs quàm à contrario sensu. Atqui sunt illa contraria non contradictoria *excludi* & *admitti*. Contradictoria verò non contraria, *excludi & non excludi*. Nec aliud erit, etiamsi ponas statuti verba hæc fuisse *succedentibus*, aut *succedere volentibus masculis fœmina nõ succedat*. Nam si à contrario sensu velis inferre, *Ergo succedere nolentibus masculis fœmina succedet*, propterea quòd *succedere* & *non succedere* non tantùm contraria sint, sed etiam contradictoria, dicam in hoc argumento fore fallaciã ex æquiuoco, quia *non succedere* sumitur dupliciter, aut negatiuè, aut priuatiuè. Negatiuè, pro eo quod est, non admitti ad successionem: priuatiuè autem pro eo quod est excludi à successione. Tam enim non succedit qui non admittitur, quàm qui excluditur: in statuto ita concepto, *succedentibus* aut *succedere volentibus masculis fœmina non succedat*, accipitur verbum illud priuatiuè. Prorsus namque idem est, ac si scriptum esset, *fœmina excludatur*, quia nimirum cùm essent fœminæ capaces succedẽdi ab intestato ex iure cõmuni, non erat tractandũ de iis non admittẽdis quę iam erant admissæ, sed de iis excludẽdis. At in illatione quæ sic fiat: Ergo à cõtrario sensu perinde est ac si statuto cautũ esset, *succedere nolẽtibus masc. fœmina succedat*: verbũ *succedẽdi* opponitur verbo *non succedendi* sumpto negatiuè, non priuatiuè. Nã cùm oporteat ita sumi vt sit contradictoriũ, certũ est verba ista *suc-*

cedere & *nō succedere* ita esse cōtradictoria, si *non succedere* sumatur negatiuè, non priuatiuè,quandoquidē inter *succedere* & *non succedere* priuatiuè sumptū aliquod mediū est,scilicet *non succedere*,sumptū negatiuè. Cōtradictoria verò illa demū sunt quæ mediū nullū habent. Itaq; ex illo antecedenti, *Statutum vult vt succedentibus*,aut *succedere volentibus masculis fœmina nō succedat*, nihil aliud inferre possis à cōtrario sensu,q̄ quod facilè admittā, Ergo *succedere nolentibus masculis*,verum est *statuto non caueri vt fœmina non succedat*. Sed quid postea?Ergo foemina eo casu admittetur. Ego verò negabo consecutionem.Nam etsi maximè verum est,statutum hoc casu cessare quantum ad id, ne possit filia verbis statuti dici exclusa:non tamen id sufficit vt possit admitti, si non hoc ampliùs quoque faciant verba statuti,vt filia admittatur. Dices, Imò non esse hoc necesse,quia cùm filia ex iure communi admittatur, sufficit quòd per statutum exclusa non sit. Hoc verò est,in quo nostri omnes decipiūtur,existimantes post abrogatum ex huiusmodi statuto ius commune adhuc posse filiam succedere ex iure communi extra casum statuti.Quod planè ridiculum est.Nam quemadmodum ante leges vllas conditas non poterat filia, vt nec alia persona succedere,non tanquam prohibita,sed tanquam non permissa,cùm iura omnia successionum sint ex legibus, ita post abrogatum ius commune,ex quo admittebantur foeminæ cum masculis ad parentum intestatorum successionem propter authoritatem, maioremque vim statuti foeminas excludētis,noua lege opus est, vt in posterum admitti possit filia etiam extra casum statuti.Nec enim potuit ius commune abrogari pro parte per statutū, quin abrogaretur in totum,si non expressè in reliquis casibus retineretur : vt supradictis senatusconsultorum Tertylliani & Orphiciani exemplis videre est.Non enim fuit contentus Senatus ita dicere, *Filij,si volent,matris intestatæ heredes sunto*,sed adiecit , *si nemo eorum volet eam hereditatem ad se pertinere, ius antiquum esto .d.l.1.§.si nemo.d.l.filij 6.§.1.* Nempe quia si hæc adiectio prætermissa fuisset, potuissent quidem liberi nihilominus abstinere per restitutionem in integrum,non ex vi verborum extensiuorum, at ex ratione æquitatis,vt imprudentiæ eorum qui inconsultò adiissent,ob imbecillitatem ætatis subueniretur,sed non prodesset ea res agnatis matris, quominus semel per liberos exclusi manerent in perpetuum exclusi: quia quod facere non potest lex duodecim tabularum,aut alia lex qualibet eo instanti,quo primùm successio intestati locum habere possit,nunquam id postea facit,nec facere potest. Fuit itaque necessariò ius antiquum restituendum agnatis ex ipso senatusconsulto,per quod fuerat iis ademptum.Fuerat autem ademptum, non quòd verbis vllis senatusconsulti prohibiti essent succedere , etiamsi filij adessent , sed ob hoc ipsum quòd Senatus iis liberos prætulerat , quamuis non tam odio agnatorum,quàm solo liberorum fauore id factum esset. Eo igitur exemplo dicām similiter in proposito,si ea mens statuentium fuit , vt masculis quidem succedentibus,aūt succedre volentibus,foeminæ excludantur:iisdem verò succedere vel non volentibus,vel non valentibus foeminæ admittantur, non sufficere quòd ita sint concepta verba statuti, *succedentibus aut succedere volentibus masculis fœmina ne succedito*,sed adiici præterea debuisse, *nolentibus verò masculis succedere,ius antiquum & commune esto.* Tunc enim posset succedere filia nolentibus masculis succedere,idque ex iure communi & antiquo , sed non tam ex ipsius iuris communis & antiqui authoritate, quàm ex potestate statuti, quod voluisset ius antiquum hoc casu vel restituere,vel retinere.Et verò si ne-

cessarium fuit rescriptum Imperatoris Antonini in specie §. *vlt. d. l. 2. D. ad S.C.Tertyll.* hoc est, ad faciendum, vt post matrem remotam, quæ nunquam heres fuerit, eo casu, quo ex constitutione prohibita sit ius suum vindicare ob non petitum filio impuberi tutorem, possent agnati succedere, & præterire fisco, tametsi Senatusconsulti verba ius antiquum expressim reseruassent fauore agnatorum, nempe quia reseruauerant in eum duntaxat casum, quo nollent liberi, materve hereditatem, quæ de agerctur, ad se pertinere, non etiam in alium illum casum quo mater liberis succedere quidem vellet, sed tamen ne posset, constitutionis authoritate prohiberetur: quanto minùs ferendum est, vt abrogato iure communi per statutarium sine vlla iuris communis aut reseruatione, aut restitutione, permittatur filiæ, quæ succedentibus, aut succedere volentibus masculis exclusa fuerat, vt succedat ex iure communi nolentibus succedere masculis?

ERROR X.

De interpretatione statuti per quod masculi ponuntur in conditione, & quantum intersit an positi sint in conditione adfirmatiua, an negatiua, & an admittantur fœminæ masculis non extantibus, an masculis non succedentibus?

SCIO vulgare illud nostrorum brocardicum, Statuta in casibus non expressis interpretationem recipere, & vt loquûtur, regulari à iure communi. Sed dico id obtinere, quantum ad ea in quibus non potest videri derogatum fuisse iuri communi per statutum: saltem in totum. In quo genere defendo non posse numerari statutum, quod excludit fœminas à successione intestati fauore masculorum, licèt adiectum sit *succedentibus*, aut *succedere volentibus masculis*, quia per huiusmodi statutum, sicut peruertitur totum ius commune de intestatorum parentum hereditatibus, ita & in totum abrogatur, si non ipsius statuti verbis aliqua ex parte retineatur, aut restituatur. Idcóque facilè admitto quod tradit Bartolus ad d. §. *vlt. l. 2. ad SC. Tertyll. & ad d. l. 1. §. penult. D. de contra tab. bonor. poss.* per ea statuti verba, *extantibus, & succedentibus masculis, fœmina non succedat*, positos esse masculos, non modò in conditione exclusionis fœminarum, sed etiam in dispositione, id est, videri ad successionem vocatos. At non ratione illa, quam ipse adfert, quòd ablatiui absoluti prolati ab eo, qui disponendi facultatem habuit, inducant dispositionem: (hoc enim falsum est, & alibi à nobis refutatum) sed quia eo verborum compendio, videtur ius succedendi antiquum ex lege duodecim tabularum, & ex Iustiniani constitutionibus fuisse masculis conseruatum, ac si pluribus scriptum esset, *extantibus masculis & succedentibus ex iure communi*: quomodo lex duodecim tabularum, cùm ita scripsit, *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, non detulit hereditatem suo heredi, quam deficiente suo herede defert agnato, sed conseruat suo heredi ius illud dominij, quod habebat ab eo tempore, quo viuebat adhuc pater: quòd sufficit, vt patri possit filius heres existere, agnatósque omnes excludere.

Conseruat autem hoc ipso, quòd ponit suum heredé in cõditione delationis quam inducit fauore agnatorum: Ita & in proposito conseruatur masculis ius

antiquum hoc ipso quòd positi sunt à statuto in conditione exclusionis foeminarum, inductæ in fauorem masculorum. Nec quod ex iure communi non nisi pro sua parte possent succedere, ad rem facit: sufficit enim conseruatum iis esse ius succedendi ex antiquis legibus in portione vel minima, vt totam hereditatẽ reliquam exclusis foeminis iure adcrescendi consequantur. Alioqui si diceremus cùm Bartolo ex statutis huiusmodi deferri hereditatem masculis, sequeretur quòd iis solis deferretur, exclusis in totum foeminis. Non enim posset in solidum deferri masculis, quin foeminæ perpetuò excluderentur. Atqui si foeminæ essent semel exclusæ, nõ possent postea succedere, tametsi masculi nollent succedere, quia semel fuissent exclusæ. Atque ita reperiretur exclusæ antequam conditio exclusionis extitisset, quod implicat contradictionem. Vt ergo possint succedere non succedentibus masculis, necesse est fateamur, nõ deferri masculis hereditatem à statuto, sed iis conseruari tantùm eam delationem, quæ fit ex iure communi. Quæ delatio licèt non fiat nisi pro parte, tunc tamen, cùm incipit fieri pro parte, succedit potestas statuti excludentis foeminas ne possint facere partem, vt proinde masculi totum iure adcrescendi consequi possint. Nec est quod dicas non adesse personam à qua possit pars adcrescere, si filia ab initio exclusa fuit. Nam ad ius adcrescendi sufficit quòd filia heres non sit, licèt ea propositio verificetur in sensu negatiuo tantùm, non etiã in priuatiuo (siquidem priuatio præsupponit habitum, qui in hac filia nullus superest propter statutariam exclusionem.) Alioquin dicendum esset, portionem quæ fuerat deferenda filio, fieri vacantem, & ademptum masculis ius adcrescendi, quibus tamen fauere statutum voluit. Ceterùm cùm ea res faciat, vt duplex sit ratio propter quam ex huiusmodi statutis foeminæ succedentibus masculis excludantur, vna, quòd succedentes masculi faciant existere conditionem exclusionis, altera quòd illi ipsi in dispositione positi sint, & ad successionem vocati ex dispositione iuris communis; Prorsus consequens est, vt statim atque semel impleta est conditio exclusionis statutariæ, siue per solam superexistentiam masculorum, si conditio illa fuit, *extantibus masculis*, siue ob id quòd masculi aliquando successerint, si statuti verba hæc sunt, *masculis succedentibus*, nunquã possit amplius admitti filia, nec si masculus beneficio restitutionis impetret vt liceat sibi abstinere, quia conditio, quæ semel exstitit, nunquam potest amplius deficere; vt è contrariò, quæ semel defecit, nunquam potest existere nisi concepta sit per verba extensiua & tractum temporis habentia, cuiusmodi non sunt illa de quibus nunc tractamus, *extantibus*, *succedentibus*, *l. vnic. ver. nam etsi. D. si tabul. testam. extab. l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit.* Etsi enim secunda illa ratio, quo fauorem & ius masculorum respicit, incipit cessare cùm masculi nolunt hereditatem ad se pertinere, (cur enim bonum est iis fauere qui nolunt succedere? *l. si post mortem 10. §. liberi. D. de cont. tabul.*) prima tamẽ semper subest, quia non eo minùs verum est extitisse conditionem exclusionis propter superexistentiã, aut successionem masculorum, licèt desierint velle succedere. Atque in hanc sententiam textus est non inelegans in *l. filiusfamilias 114. §. cum quis rogatus, De legat. 1.* vbi Marcianus scribit, cùm rogatus quis est, vt si sine liberis decedet, hereditatem restituat, excludi fideicommissarium, si superuixerint liberi, tametsi non extiterint heredes patri. Nec responderi potest, quod Bartolus tentat, esse casum illum huic nostro dissimilem in eo, quòd liberi non impediebant ibi fideicommissariũ ob id quod haberent ius potẽtius in successione

ſione, cùm non eſſent vocati, ſed ob id ſolum quòd faciebant deficere cōditionem fideicommiſſi. Quamquā enim verum eſt liberos poſitos in conditione, etiam ſub qualitate & expreſſione maſculinitatis, vt loquuntur, non cenſeri vocatos, quemadmodum à nobis diſputatum eſt ſuo loco: illud tamen negari nō poteſt, verſari in eo fauorem aliquem liberorum qui poſiti ſunt in conditione, vt ex teſtatoris voluntate fideicommiſſario præferantur, *l. Lucius* 85. *D. de hered. inſtit. l. cum pater* 77. §. *volo. de legat.* 2. Et quamuis in caſu noſtro hoc amplius ſit, quòd maſculi ſunt ipſi vocati ad ſucceſſionem, non tamen ſuccedunt tanquam vocati per ſtatutum, ſed ex iure communi quod iis à ſtatuto reſeruatum intelligitur hoc ipſo quòd poſiti ſunt in conditione, vt iam diximus: & vtut ſit, ſiue ex ſtatuto vocati ſint, ſiue ex iure communi, ſemper verum illud eſt extitiſſe conditionem excluſionis foeminarum vbi ſemel maſculi ſuperuixerūt & ſucceſſerunt. Quandi ergo remanebunt excluſæ foeminæ, quandiu vel vnum ſupereſt ex duobus impedimentis facientibus ne admitti poſſint? Quod verò idem Bart. adducit, *l.* 2. §. *ſed ſi ſint ſui. D. ad SC. Tertyll.* ad rem noſtrā planè non pertinet. Nam exiſtente aliquo ſuo herede qui hereditatē patris ad ſe pertinere nolit, dicimus matrē defuncti ex Tertylliano admitti, non ad hereditatē, ſed ad bona, & beneficio bonorū poſſeſſionis. Vnde legitimi, ne nudū heredis nomen noceat matri, quę ex SC. Tertylliano expreſſim vocatur poſt liberos: præſertim cùm verba Senatuſconſultorū eſſent extenſiua, nec tam nudum ſui heredis nomē, quàm effectū acquiſitionis hereditatis reſpicientia, *d. l.* 1. §. *ſi nemo. & ſeq. d. l. filij* 6. §. 1. *eod.* At in propoſito caſu extantibus maſculis, & ſuccedentibus, licèt poſtmodùm abſtineant beneficio reſtitutionis, dico nihilominus excluſas manere foeminas propter impletam conditionem excluſionis. Nullum enim poſſunt fauorem mereri à ſtatuto, neque circa ſtatuti interpretationem, quandoquidem per ſtatutum excluſæ ita ſunt in caſum extantium, aut ſuccedentium maſculorum, vt nullo tamen caſu ſint vocatæ. Aliúdque longè eſt ita concipi ſtatutum, *extantibus* aut *ſuccedentibus maſculis foemina excludantur.* Aliud verò in hunc modum, *non extantibus* aut *non ſuccedentibus maſculis foeminæ admittantur.* Prior enim formula, quæ expreſſam foeminarum excluſionem inducit, nullam interpretationem recipere poteſt, per quam foeminæ admittantur, ſi modò verum ſit conditionem excluſionis ſemel extitiſſe, ne inducta ad excluſionem operentur admiſſionem contra *l. legata inutiliter* 14. *D. de adim. legat.* Poſterior verò, quæ foeminarum fauorem reſpicit vt admitti poſſint, faciliùs recipere poteſt benignam interpretationem, vt nudum nomen heredis acquiſitum maſculo non noceat foeminæ, quominus poſſit ſuccedere ex ſtatuto per quod admittitur. Etſi hoc quoque caſu mallem eſſe verba ſtatuti extenſiua exemplo ſenatuſconſultorum Tertylliani & Orphitiani: ſed tamen iis quoque verbis retentis, quæ nos ex facto proponimus, dici adhuc poteſt, licèt nulla ſint verba extenſiua; multum tamen intereſſe an ſtatutum ſit excluſiuum foeminarum, extantibus, aut ſuccedentibus maſculis, an verò admiſſiuum iiſdem maſculis non extantibus, aut non ſuccedentibus. Nam cùm eſt excluſiuum; ſi vel vno inſtanti extent maſculi, vel ſuccedant, exiſtit conditio excluſionis, ita vt deficere poſtea nunquam poſſit; ſi verò ſit admiſſiuum, ſucceſſio maſculorū non tam facit vt conditio videatur iam defeciſſe, quàm vt habeatur pro nondum impleta: nempe quia impleri aliquando poterit, puta ſi contingat vt maſculi qui iam ſucceſſerunt, nolint amplius ſuccedere, malintque abſtinere, quia vt in cæteris omnibus, ita præcipuè in ſtatutis verba cum effectu ſunt accipienda.

damon potest autem haberi pro eo qui successerit, is quem prætor pro eo habet, acsi nunquam successisset. Itaque eo dicto quæ defecisse videbatur, cùm hic masculus successerat, propterea quòd eo tempore & nomine & effectu heres esset, extitit postea eodem masculo se abstinente, ex eóque apparet quòd antea non tam defecerat conditio, quam fuerat non impleta, quia si defecisset, existere postmodum nunquam potuisset: Proinde quamuis verba statuti non sint extensiua, res tamen ipsa in se habet tractum temporis, & admittit mutationē, quandiu fieri potest ut qui successit, habeatur pro non successore quantum ad effectum. Quandiu autem ea mutatio incidere potest, tandiu verum est posse impleri conditionem sub quâ fœminæ ad successionem admittuntur, *non succedentibus masculis*, nec aliud quicquam interim possis inferre ex eo quod masculi successerint, nisi hoc vnum, Filiam ergo non esse admissam. At si velles iterum inferre Esse igitur exclusam, malè inferres, cùm aliud sit non admitti, aliud excludi. Quæ semel exclusa est, nunquam admittitur. Et ideò verbis extensiuis vsus est senatus in Tertylliano & Orphitiano ne agnati dici possent exclusi per primā hereditatis delationem vel acquisitionem. Quæ verò admissa nondum est, adhuc tamen admitti potest quandiu non fuit exclusa. At enim statutū est exclusiuum fœminarum sub conditione affirmatiua quæ continetur in ablatiuis illis absolutis *succedentibus masculis*, neque in verbis, neque in re ipsa quicquam est quod habeat tractum temporis, quoniam statim atque masculus vnus successit, verum est extitisse conditionem exclusionis, cùm & nomine & effectu sit heres hic qui successit: etsi autem potest fieri postea vt æquè se abstineat beneficio restitutionis, non ideo tamen fieri potest vt conditio quæ semel extitit postea deficiat, quia nec vlla conditio post implementum est, quæ deficere, aut iterū existere possit. Nascitúrque hęc differentia si subtiliter inspicias ex differenti potestate affirmationis & negationis. Affirmatio enim vnum duntaxat casum includit, nec vera esse potest, nisi vno illo casu quo eueniat, quod affirmatum fuit: negatio autem duos casus habet, vnum qui sit suspensus, alterum qui sit præcisus. Tam enim verum est non succedere eum qui nondū succedit, licèt aliquando successurus sit, quàm eum qui necdum succedit, nec vnquam succedere poterit: Et è contrario tam verum est non succedere illum qui posteaquàm successit, se abstinet, inspecto scilicet effectu rei, quàm si numquam successisset. Ex quo fieri necesse est vt successio masculorum quæ facit conditionem affirmatiuam existere, non similiter faciat conditionem negatiuam deficere, quia quæ extitit, neque impleri amplius, neque deficere potest, nec illa quoque quæ defecit. Atqui hæc cōditio, *non succedentibus masculis*, potest adhuc existere, scilicet si masculi post aditam hereditatem abstineāt se per in integrum restitutionem. Ergo nunquam defecit. Alia ratio est eius conditionis, *non extantibus masculis*. Tam enim facit existentia masculorū vt deficiat conditio negatiuè concepta, *non extantibus masculis*, quàm vt existat conditio adfirmatiuè sic concepta, *extantibus masculis*. Nec potest haberi potius pro nō impleta, quia licèt perinde verum sit, masculū, qui hodie extat, posse cras mori; atque verum est, masculum, qui hodie & nomine & re ipsa succedit, posse cras nolle succedere, impetrata in eam rem abstinendi potestate. Differentia tamen in eo est quòd superexistētia ad certum & pręcisum tempus relata est; ad illud videlicet quo paterfamilias intestatus moritur, quia eo demum tempore successionem deferri necesse est, si nihil sit per quod suspendatur. Nec fieri vllo casu potest vt non videatur extitisse & superuixisse masculus qui extitit & super-

uixit

vixit eo instanti, quamuis postea moriatur, & desinat extare; quoniam mors quoque accidit in instanti, quod vbi venit, tam certum est mortuum fuisse hominem in illo certo instanti, vt certum sit neque amplius alio vllo instanti mortuum, neque posse retrofingi alio vllo instanti mortuum. Nam neque mors, quę factum est tempus admixtum habet, neque tempus ipsum retrofictiones istas potest admittere. Alioqui quotquot viuimus, fingeremur post mortem nostram nunquam vixisse, cùm sit nobis necessariò moriendum. At successio liberorum, aut aliorum masculorum qui semel heredes extiterunt, ad nullum tempus certum refertur, nec tale quid est quod instanti aliquo concludatur, quia sui natura tractum habet temporis, & antè quàm acquisita sit, & postea quàm fuit acquisita. Antè quidem, quoniam quamdiu repudiata non est hereditas, aut aliter amissum ius adeundi, aut se immiscendi, tamdiu agnosci hereditas potest, *l. licet. 8. cum l. seq. C. de iur. deliber.* Postea verò, quia is qui semel heres fuit, semper heres perseuerat, ita vt si per impossibile posset fieri vt quis fieret heres ad certum tempus, non intelligeretur per aditionem primum impleta conditio illa, *succedentibus masculis*, imò potius defecta, impletaque negatiua contraria, *non succedentibus masculis*, quia & statuti & legis mens eadem est quæ & cuiuslibet testatoris, vt quisquis volet succedere, succedat ille & in perpetuum, & non tantùm nomine, sed etiam effectu, *l. in conditionibus 19. §. si patronus. D. de condit. & demonst.* vt si bona per creditores distrahenda erunt, non sub defuncti nomine distrahantur, sed sub nomine heredis, vt defuncti famæ consulatur, *§. 1. Instit. quib. ex caus. manum. non licet. l. paterfamilias 28. D. de reb. autor. iudic. possid.* Ea verò mens semper inspicienda est in conditionibus interpretandis, siue lex, siue statutum, siue testator conditionem adscripserit, *dicta. l. in conditionibus. in princip. l. pater seuerianam 101. eod. tit. De condit. & demonstr.* Indéque fit, vt qui aliquando successit & nomine & effectu, quomodo succedit quisquis heres fit, quandiu non se abstinet: si postea se abstineat, siue beneficio edicti perpetui, non a ...ito prætore: puta si suus heres sit qui nunquam se immiscuerit, aut qui se quidem immiscuerit, sed in pupillari ætate, in qua sit adhuc constitutus, *l. ei qui 12. D. de acquir. hered.* siue per auxilium in integrum restitutionis ex causa minoris ætatis, *l. necessariis 57. eod.* perinde habeatur, acsi nunquam successisset, quia ne quidem pro eo tempore quo verum fuit eum successisse, pro successore tamen haberi potest, ne successio ad tempus contra iuris regulas inducatur. Cùm enim ius succedendi tam ex testamento, quàm ab intestato non facti sit, sed ex iure vel ciuili, vel prætorio, facilè admittit fictiones omnes pro arbitrio siue legislatoris ciuilis, siue prætoris: cùmque iura hereditatum ob id potissimùm introducta sint per legẽ XII. tabul. vt posset ciuis Romanus habere successorem, qui æris alieni onus suscipere, & ni solueret, bonorum venditionem pati cogeretur, apparet non valdè ad rem facere in proposito, quòd is qui se abstinet, nihilominùs heres remaneat nomine tenus, cùm non habeatur pro herede à prætore, *l. si filius 12. de interrog. action.* ex cuius tamen imperio & iurisdictione fit venditio bonorũ, *l. 1. & tot. tit. D. de reb. author. iudic. possid.* Adeò autẽ non habetur pro herede post abstensionẽ, vt nunquã heres aut successor fuisse videatur, ne quidẽ pro eo tẽpore ꝙ præcessit abstensionẽ: quia si posset retrofingi heres fuisse cũ effectu, vel vnico instãti, nihil ei prodesset abstensio, quominus venditionẽ bonorũ saltẽ hereditariorũ pati cogendus esset, vt euenit hodie in heredibus cũ beneficio legis & inuẽtarij. Quomodo enim sub defuncti nomine vẽdi posset bona quę defuncti esse desiisset, & heredis aliquo tẽpore esse cœpissẽt? Igitur cùm natura ipsa successionis ita ferat, vt vel nũquã,

vel ex instanti mortis agnita retrofingi debeat cum effectu, consequens est, vt si posita sit in conditione, negatiuè per huiusmodi verba statuti, *non succedentibus masculis fœminæ admittantur*, non priùs dici possit defecta conditio ad fœminas in perpetuum excludendas, quàm certum verúmque sit ita successisse masculos, vt non possint ampliùs retrofingi nunquã successisse: quod tunc euenit, cùm nulla spes vel causa superest abstensionis aut restitutionis, puta si is qui successit maior sit annis viginti quinque: non quòd in pendenti sit hereditas ante abstensionem, cùm interim verè heres sit & nomine & effectu is qui hereditatẽ semel agnouit, tametsi possit abstinere, *l.* 1. §. *qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam.* Sed quia cùm aliquo casu adhuc possit impleri conditio, aut saltem in effectu haberi pro impleta, necesse est vim eius haberi interea in suspenso, vt non tam defecta iam, quàm nondum impleta esse videatur, vt in *l. hac conditio.* 10. *in fine principij, de condict. & demonst.* Quandoquidem si defecta esset, neque impleri postea, neque pro impleta haberi posset. Conditio enim quælibet ex suspensione & incertitudine euentus tota æstimatur, definítque esse conditio statim atque vel impleta est, vel defecta. Quæ autem conditio nulla est, ea nec impleri, nec deficere vnquam potest: si verò posita sit successio in statuti conditione affirmatiua hoc modo, *succedentibus masculis fœminæ excludantur*, diximus excludi fœminas statim atque vnus ex masculis successit, quamuis possit adhuc fieri aliquo casu vt se abstineat, neque expectandum esse futurum euentum, an sit ille abstenturus, necne, quoniam affirmatiua illa conditio extitisse intelligitur primo instanti quo verum fuit dicere masculum aliquẽ successisse: vbi verò semel extitit, postea non potest deficere, nec si is qui heres fuit, postea redigatur ad causam non heredis in effectu beneficio abstensionis, quia conditio affirmatiua ponitur ad exclusionem, quæ si semel locum habuit, in perpetuum habet. Conditio autem negatiua non ponitur ad exclusionem, sed ad fœminarum admissionem, quę si statim locum non habeat, postea tamẽ habere potest: quia facilius est, vt quod nondũ est, postea sit, quàm vt quod iam est, postea non sit. Et rursus, cùm statutum affirmatiuè ita conceptum est, *succedentibus masculis, fœminæ excludantur*, fœminarum exclusio inducitur per masculorum successionem ex ipsis statuti verbis citra vllam interpretationem: ideóque nulla ratio est, cur masculis re vera succedentibus, licèt in eo sint vt adhuc possint abstinere, conditio tamen pro suspensa potiùs quàm pro impleta haberi debeat. Præcisa enim potestas & proprietas verborum nullum interpretationi aut mutationi quæ superuenire potest, locum relinquit. Cùm verò negatiuè conceptum est, *non succedentibus masculis fœminæ admittantur*, si masculi succedant, fœminæque excludantur, iam non est his casus qui verbis statuti expressus est, & necessariò veniendum est ad interpretationẽ quæ fiat per argumentum à contrario sensu. Quo tamen argumenti genere nõ possis vllam fœminarum exclusionem inducere, sed tantùm non admissionem; adeò, vt etiamsi masculus, qui semel successisset, nunquam se abstineret, fœminæ tamen non tam exclusæ dici deberent, quàm admissæ nunquam. Atqui nõ admissio potest esse temporalis, nec necesse est esse perpetuá, qualis semper exclusio est. Cùm ergo succedentibus masculis deficiat tantùm conditio admissionis, nec aliud ex eo possis inferre à contrario sensu, nisi quòd extiterit conditio nõ admissionis, relinquitur adhuc locus admissioni per iustá interpretationem, si contingat per abstensionem vt prætor redigat successorem ad causam non successoris, quia statutũ admissiuum est, nõ exclusiuum, ideóq; fa-

uorabile

notabile, tanquam quod hac parte redeat ad ius cõmune; eiuſq; verba cum effectu ſint accipienda quotieſcumque aliquam admittunt interpretationem. At cùm propter ſucceſſionem maſculorum exiſtit conditio excluſionis, nullus poſtea relinquitur locus admiſsioni, neque per argumentum à contrario ſenſu, quia diſpoſitio quæ ſuum effectum habuit in ſenſu directo, non poteſt ampliùs contrarium habere in ſenſu contrario. Quando autem fieri poſſet vt ſtatutum ita conceptum, *maſculis ſuccedentibus fœminæ excludantur*, effectum ſuum haberet ad excluſionem fœminarum inducendam, ſi non tunc haberet, cùm aliquis ex maſculis ſucceſsit: ſume enim verba cum effectu, quantùm voles. Hic, qui ſucceſsit, & nomine & effectu verè heres eſt. Quid ergo expectare poſsis aut debeas vt præciſa excluſio inducatur? An fortè vt certum eſſe incipiat, non poſſe vnquam eum qui ſucceſsit haberi pro non ſucceſſore? At caſus ille futuræ abſtentionis, legi & patrifamilias abominabilis eſt, & cùm pendeat ex mutatione futura voluntatis, non poteſt impedire effectum & poteſtatem iuris, quominus conditio ſtatim impleta dici debeat. Porrò quæ ſemel fuit excluſa perſona, poſtmodùm admitti nunquam poteſt, ne videretur ſibi parum conſtare lex, quæ eandem perſonam & excluderet & admitteret. In ſumma, diſpoſitio negatiua ſtatuti, *ſuccedentibus maſculis*, neque in ſenſu directo locum habet, neque in ſenſu contrario. Non in directo, quia maſculi ſucceſſerunt, & fœminę non admittuntur: non in contrario, quia fœminę nondum ſunt excluſę, ſed tantùm non admiſsę, & conſequenter admitti adhuc poſſunt. Diſpoſitio autem affirmatiua, *ſuccedentibus maſculis*, ſtatim habet locum & effectum in ſenſu directo. Ergo fruſtrà expectaretur vt haberet effectum in ſenſu cõtrario, quem nec habere vnquam poteſt, quia non quemadmodum perſona non admiſſa admitti poſtea poteſt, ita & excluſam perſonam dicendum eſt poſtea admitti vnquam poſſe.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA OCTAVA.

ERROR PRIMVS.

De sorore per statutum exclusa, fratribus extantibus, an possit succedere excluso fratre consanguineo propter matrem.

PROPONIT Bartolus hanc quæstionem ad *l.1.§.qui habebat.num.4. D.de bonor.poss.contr.tabul.* & post eum Baldus ad *l.si quis filium.34.num.10.C.de inoff.testam.* præsuppositis duobus statutis quæ sunt frequentissima in Italia; quorum altero caueatur, vt fœmina non succedat extantibus masculis filiis ex eodem patre: altero, vt soror non succedat fratri extantibus aliis fratribus ex eodem patre. Pone, inquit, quòd extet aliquis frater, qui non sit quidem omnino incapax, sed qui tamen impediatur succedere ex alterius persona: vt puta, si quis decesserit relicto fratre consanguineo, id est, ex parte tantùm, relictis item matre & sorore ex vtroque parente: constat fratrem hunc non posse fratri succedere, quia præfertur ei mater ex Nouella Iustinian 118. *De hered. ab intest. venient.* vnde sumpta est Auth.*defuncto.C.ad SC.Tertyll.* quamuis olim ipse matri præferretur, *§.præferuntur.Instit.eod.* An ergo soror ex vtroque parente poterit succedere cum matre? Nec enim mater defuncti sororem huiusmodi excludit, sed ex Iustiniani constitutione simul admittuntur. Affert autem Bartolus tres in proposita quæstione opiniones: Prima est, vt sola mater admittatur exclusa sorore propter statutum, cùm sit verum extare fratrem: exclusio item fratre, propter Iustiniani constitutionem, *arg. Auth.licet. C.de natur. liber.* vbi naturalibus liberis ne ab intestato possint succedere, nocet côiunx defuncti legitima, quãuis ipsa succedere ab intestato non possit quandiu supersunt agnati vel cognati, *l. vnic.C.vnd.vir.& vxor.l.vlt.C.quor.bonor.* Secunda opinio est, fratrem admittẽdum cesse ad eam portionem, in qua si frater non esset, soror succederet, cùm

nonnisi

non nisi ex eius persona soror excludatur ex *l. 2. §. obiicitur,& l. æquissimum 5. §. si ex filio. D. ad SC. Tertyll. iuncto dict. §. præferuntur*, vbi scriptum est, Patrem quidem anteponi matri in successione legitima filij, non etiam auum aut proauum; sed hoc ita, si inter eos tantùm agatur. Nam si omnes concurrant, pater, auus & mater, præferri auum matri propter patrem qui matri haud dubiè præferretur. Quod elegantiorem habet tractatum in ea specie, de qua Paulus *in d. §. si ex filio.* vbi ponit nepotem ex filio manumissum ab auo, postea patre & auo & matre superstitibus, decessisse: Et ait posse quęri quis potior esse debeat. Nam si mater, inquit, excluserit auum manumissorem, qui patri anteponitur in petenda bonorum possessione filij tanquã liberti, ex edicto, de quo in *tit. D. si quis à parent. manum. sit*, inducetur pater defuncti ex alio prætoris edicto, scilicet successorio. Porrò admisso patre statim desinit locus esse senatusconsulto, cùm matri pater, vt diximus, perpetuò præferatur. At rursus statim atque exclusa est mater, fit locus auo, quia cùm inter auum & patrem, eundémque filium in potestate retentum res agitur, semper auus patri anteponitur, etiamsi ponas nepotem hunc qui ab auo manumissus fuerat, se dedisse patri suo adrogandum *d. l. 1. §. nepos. D. ill. tit. si à parent. quis manum. sit.* Ita ergo inducetur circuitus, vt in vtram voles partem nihil responderi possit, quod non statim falsum appareat: concludit verò Paulus rectiùs esse, vt auo ius suum conseruetur, id est, vt auus qui patri præferretur, si mater nulla esset, etiam matri, cùm pater adest, præferatur. Quidni enim præferri debeat heredi legitimę cùm & soleat accipere bonorum possessionem contra tabulas aduersus scriptos heredes exemplo alterius patroni cuiuslibet? Cùm tamen eo fauorabiliores haberi debeant heredes scripti quàm legitimi, quòd nituntur expresso iudicio testatoris, legitimi verò nonnisi tacito, *leg. conficiuntur 8. §. 1. D. de iur. codicil. l. ab exheredati. 126. de legat. 1.* Tertia opinio apud Bartolum est, sororem in proposito casu debere succedere cum matre, excluso fratre consanguineo propter matrem. Atque in hac tertia sententia post aliquam hæsitationem cõquiescit Bart. itémque Baldus loco suprà citato, ex *d. l. 2. §. si sit consanguinea. D. ad SC. Tertyll.* vbi Vlpianus ait, si sit consanguinea soror defuncti, sit & mater, sit & pater adoptatus vel emancipatus, & consanguinea hereditatem habere velit, matrem ex senatusconsulto simul cum ea venire, patrem verò excludi, non propter matrem, cui pater naturalis semper obstat, etiamsi sit adoptatus vel emancipatus, sed propter consanguineam, quæ cùm sit agnata, præfertur vtique ex lege XII. tab. patri, qui per adoptionem aut emancipationem desiit & familiam & filium habere. Sed si consanguinea repudiet, matrem ex senatusconsulto propter patrem non venire, scilicet ad hereditatem, & tanquam matrem; sed hoc vnum ei auxilium superesse, vt quasi cognata possit simul cum patre accipere bonorum possessionem Vnde cognati. Exclusa enim per propriam repudiationem sorore consanguinea, quæ ex lege XII. tab. vocabatur ad hereditatem quasi agnata, inducit prætor potestatem edicti successorij, vt cæteræ personæ quas soror adeundo exclusisset, & quæ ampliùs admitti non possunt iure ciuili ex capite Vnde agnati, quia in agnatis olim non erat successio, *§. placebat. Instit. de legit. agnat. success.* admittantur ex capite Vnde cognati: in quo numero haud dubiè & pater est, in cuius persona neque adoptio, neque emancipatio naturalia cognationis iura dissoluere potuit; & mater, quę non tantùm cognata est, sed plus etiam quàm cognata, cùm sit principium cognationis. Cognatos enim speciali nomine eos appellamus, qui per matrem coniunguntur, sicut agnatos qui

per patrem. Et quemadmodum pater hic adoptatus vel emancipatus succedit sorori cōsanguineæ ex edicto successorio, vt possit admitti tanquam cognatus, ita & mater sibi ipsi tanquam matri succedit tanquam cognata, vt possit simul cum patre admitti. Tunc enim pater matrē excludit, cùm succedit ille tanquā pater siue ciuili, siue prætorio iure, illa verò vult succedere tanquam mater. Sed cùm neque ille iure patris succedere potest, neque illa iure matris, vt in proposito, quia sicuti pater matrem à Tertylliano, ita & patrem soror consanguinea excludit à successione legitima, nec minus à prætoria quàm à ciuili (nam & legitimos cognatis omnibus qui legitimi non sunt prætor anteponit, *l. legitimus §. & l. vlt. D. vnd. cognat.*) nihil vetat eos vnà succedere tanquam cognatos. Ita fit, vt quamuis alias, id est, si pater non sit, non soleat mater expectare consanguineam vtrum adire velit necne, cùm habeat ius suum certum & paratū ex Tertylliano, nunc tamen, id est in proposita specie, cogatur eam expectare, non ob id quòd consanguinea sit simpliciter, sed quoniam talis consanguinea est, id est, quæ patrem excludit adeundo, & qui si non excluderetur, matrem ipsam esset exclusurus. Necesse igitur est expectari vt sciatur an pater excludetur, quod ipsum non priùs sciri potest, quàm soror consanguinea vel adierit, vel repudiauerit. Sed & quod magis mirum est, repudiante consanguinea, licèt futurum sit vt mater bonorum possessionem accipiat cum patre quasi cognata ex capite, vt diximus, Vnde cognati: adhuc tamen in hac ipsa bonorum possessione morā patietur, cogetúrq; expectare patrem, vt non priùs possit eam possessionem petere, quàm pater petierit, non quasi patris quicquā intersit (qui enim ex pluribus simul admittendis prior venit ad bonorum possessionem, non nisi pro virili sua parte eam accipit) sed quia nec priùs competit, siquidem futurum esset, patre suam repudiante, vt admitti posset mater ex Tertylliano & tanquam legitima: quandiu autem legitimus, siue heres, siue bonorum possessor speratur bonorum possessio ex capite Vnde cognati, non defertur, *d. l. 2. §. sed si quis decessisset eod. tit. ad SC. Tertyll.* Nec enim edictū successoriū facit vt possit quis sibi ipsi tanquam legitimo succedere tanquam cognatus antequàm poterit admitti quasi legitimus. Præposterum enim id esset, *l. 1. §. sed videndum. D. de success. edict.* Atque hæc quidem Vlpiani sententia & ratio est in *d. §. si sit consanguinea*, Ex quo loco infert Bartolus, quemadmodum ibi mater excludit patrem propter sororem consanguineam, quæ si in medio non esset, mater per patrem excluderetur: ita & in proposito casu sororem excludere fratrem consanguineum propter matrem per quam frater consanguineus excluditur, & quæ tamen sororem hanc eandémque filiam suam excludere non potest quominùs ambæ pariter admittantur. Addidit ille rationem, Quoniam, inquit, licèt ablatiui illi absoluti resoluantur in conditionem *l. à testatore* 109. *de cōdit. & demonstr. l. euictis* 18. *D. de vsur.* tamen in proposito faciunt etiam dispositionem, & eam inducunt vt frater succedat, & sorori præferatur, quia eius fauore hoc est statutum, *l. seruo legato* 69. *§. si testator. de legat.* 1. *l. fideicommissa.* 11. *§. cùm esset, & §. interdum. legat.* 3. Et sic excluditur soror à fratre tanquam habente ius potentius, ideo fratre excluso per matrem soror admittitur, *d. §. si sit consanguinea*, nempe ex consequentia distinctionis quam ibidem tradit Bartolus. Ea verò est huiusmodi: Quandoque, inquit, ille qui est remotior me, excludit eum qui excludit me, sic quòd ille remotior succedit in locum eius quem exclusit, & tunc ipse succedit, & ego excludor, *vt d. l. æquissimum, & d. l. 2. §. obiicitur ad Tertyll.* Nam ibi auus excludit patrem, & succedit in locum patris, eiusdémque

demque sui filij:meritò excludit matrem,sicut pater ipse eam excluderet.Quãdoque non succedit in locum eius, & tunc aut ille quem remotior excludit, ideo me excludit quòd habeat ius potentius in successione:& tunc ego non excludor,sed potero ad successionẽ vocari iure meo, perinde ac si exclusus ille in rerum natura non esset,*vt d §.si sit consanguinea*;aut nõ excludit me ideo quòd habeat ius potentius, sed quia deficiat conditio quæ vocabat ad successionem; & tunc non potero admitti,vt in Auth.*licet.C.de natur.liber.* Ibi enim excluditur naturalis filius propter coniugem,non ideo quòd coniunx habeat ius potẽtius in successione cùm ipsa non succedat ab intestato:sed ideo quia lex vocari voluit naturalem,sub ea conditione,si coniunx non esset; ideo non attenditur vtrum illa coniunx succedat,vel non,vt ibi.Verba sunt Bartoli,cuius tamen neque sententiam, neque distinctionem probare possum. Est enim ea distinctio planè commentitia, & vt cæteræ ferè omnes Bartoli distinctiones esse solent, magis ad numerum legum quas conciliare voluit, quàm ad rationem iuris accommodata.Etsi enim quoties is qui excludit excludentem me, succedit in locum exclusi,necesse est me quoque excludi.Hoc ipsum tamen est,quod Bartolus docere debuit,quando excludens succedere debeat in locum eius quem excludit,& cur non in proposito excludens fratrem mater non debeat in ipsius locum succedere,vt sororem quoque excludat,quam frater excluderet. Quid enim vetat quominùs dicamus matrem succedere in locum fratris, cùm ipsa ad successionem pro parte vocetur ex propria etiam persona? Dices idem euenire in specie *d. §. si sit consanguinea* , vt soror consanguinea excludat patrem succedendo pro parte cum matre,& tamen non succedat in locum patris, quãdoquidẽ si succederet,matrem prorsus excluderet,sicut illa per patrẽ excluderetur. Verùm respondebo, Esse in eo dissimilem speciem,quòd nullum ius ibi habebat pater in quod posset succedere soror consanguinea,cùm si aliquod ius habuisset pater tanquam pater,neque soror consanguinea,neque mater admitti vllomodo potuisset.In proposito autem licèt nullum ius succedendi habeat frater consanguineus,matre in medio existente,quantum ad hoc, vt vel matri præferatur,vel cum matre concurrat,habet tamẽ quantum ad hoc,vt sororem, etiam quæ vtrimque coniuncta sit,excludat:vt apparet ex eo,quòd si mater ex aliqua causa, vel nollet,vel non posset succedere, frater consanguineus sorori vtrimque coniunctæ propter statuti autoritatem præferretur. Et rursus, licèt ius aliquod succedendi haberet frater hic,etiam matre in medio existente,puta si esset ipse vtrimque coniunctus,non eo minùs tamen mater admitteretur,nimirum ex semisse.Quidni ergo dicimus hoc casu matrem succedere in ius fratris consanguinei,quem ipsa excludit,ad hoc vt sororem quoque excludat?Sed neque aliæ partes distinctionis Bartoli, etiamsi veræ essent, ipsius tamen sententiam confirmãt.Nam in nostro casu frater consanguineus, qui per matrem excluditur, ideo sororem excluderet si mater non esset, non quòd haberet ille ius potentius,aut anterius,sed quia solus, &,vt verbis Papiniani vtar,in *l. 2. D. qui potior.in pign.tab.*quòd non tam potior sorore in causa successionis quàm solus inueniretur. Cùm enim ponamus sic concepta esse verba statuti, vt neque filia patri,neque soror fratri succedat extantibus masculis ex eodem patre, apparet solam masculi existentiam facere, vt nullum planè ius succedendi habeat fœmina,non magis quàm si ipsa in rerum natura non esset: siquidem ad eam excludendam & arcendam à successione nihil aliud exigit statutũ, nisi vt masculus aliquis extet.Quamquam enim illud etiam verũ est, quod in vltimũ

proximæ Decadis errorem disputauimus, istis ablatiuis absolutis, *extantibus masculis*, non tam positos esse masculos in dispositione statuti, vt vocentur ex statuto, quàm vt iis ius vetus conseruetur succedendi ex lege 12. tabul. quæ porrò nō solos masculos, sed vnà cum masculis fœminas vocat ad successionē, *l. 4. C. de liber. preter.* Cùm tamen illud quoque verum sit, quod nec Bartolus negare potest, Esse illos etiam positos in conditione exclusionis fœminarum, euenit necessariò vt extante vel vno masculo deferatur ei hereditas ex lege XII. tabul. & quidem in solidum. Quia tametsi ex lege XII. tabul. non deferatur hereditas masculo nisi pro virili, cùm adest filia, cui aliam virilem æquè lex deferre possit, quænam tamen necessitas aut ratio subest diuidendæ delationis inter eos qui simul ad successionem admitti nunquam possint? Nec enim solet lex hereditatem frustrà deferre, vt nec aliud quicquam frustra facere; frustra verò deferret filiæ, quam statutum excludit ab omni spe successionis sub illa tantùm conditione, *si masculus extabit*, quæ conditio existit statim atque per rerum naturam certum est masculum aliquem extare. Atqui extare illum necesse est, vt ipsi hereditas per legem deferatur etiam pro virili eius portione. Hoc ipso igitur quod lex XII. tabul. ei defert hereditatem, videt iam extitisse conditionem exclusionis fœminarum, atque ita fieri non posse vt hereditatem pro vlla parte vnquam deferat filiæ, cui fuerat delatura si statutum nullum esset. Proinde nihil aliud facere potest nisi vt totam hereditatam soli masculo deferat, inducto in ipsa delatione iure adscrescendi, aut potiùs iure non decrescendi, quod alioqui non nisi post delationem locum habere posset. Solet enim dici adcrescere portioni portionem, quæ alteri vel delata fuerit, vel deferri potuerit, non quæ iam sit acquisita, *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. interdum 9. De vsufr. adcresc.* Quę autem alteri neque delata vnquam est, neque deferri potuit, ea nō tam adcrescere dicenda est, quàm ab alia portione nunquam fuisse diuisa. Nō idem erit si statutum ita conceptum sit, *succedentibus masculis fœmina non succedat*, aut quod effectu tantundem est, *extantibus & succedentibus masculis*. Hoc enim casu sola masculorum existentia non facit vt existat conditio exclusionis fœminarum, quas non aliter statutum excludi voluit, quàm si masculi succederent, qui tamen etiamsi extent, fieri ex variis causis potest vt non succedant, siue quòd nolint succedere, siue quòd nō possint. Prius ergo est vt masculi succedant, quàm vt fœminæ sint exclusæ, quia in qualibet conditionali dispositione conditionem ante omnia impleri necesse est. Quandiu autem filia exclusa non est, tamdiu fieri nequit vt hereditas soli masculo deferatur, quia sicut conditio exclusionis fœminarum ipsam exclusionem præcedere debet, ita & exclusas esse oportet fœminas priusquàm solis masculis tota hereditas deferri possit. Necesse igitur est hoc casu euenire vt masculo dimidia tantùm pars hereditatis deferatur, alia dimidia, quæ filiæ deferenda esset manente in suspēso, quousque sciatur an masculus sit successurus. Masculo autem succedente eo ipso instanti alia portio ei acquiratur iure adcrescendi, tanquam quæ amplius non possit acquiri filiæ propter impletam exclusionis conditionem, vt nos tractauimus in fine Decadis superioris: Et hoc nimirum casu potest dici masculum in succedendo non tam solum, quàm potiorem, & vt loquitur Bart. potentioré inueniri, quia quamuis solus succedat, non tamen ei soli defertur successio tota initio delationis inspecto, sed pars dimidia duntaxat, ita tamen vt eo succedente in illa sua dimidia, totum ius delationis quod in eum vsque diem

dient manserat in suspenso pro parte sororis ad ipsum deuoluatur. Atqui in ea quæstione quam Bartolus tractat, statuti verba sunt de liberis masculis tantùm, non etiam de succedentibus: isque perpetuus Bartoli error est, quòd statuta ista de superstitibus masculis loquentia semper restringit ad eos solos qui succedant; quasi nihil intersit an positi sint in conditione sub qualitate extantium, an sub qualitate succedentium; cùm tamen hæc duo planè differentia sint, & toto cœlo distantia *succedere* & *extare*. Illud sanè non nego, inspecta mente statuentium, quæ in statutorum conditionibus interpretandis, vt & in aliis quibuslibet semper inspicienda est, non per quoslibet masculos extantes excludi fœminas, sed per eos duntaxat, qui sint capaces succedendi; quandoquidem qui sunt penitus incapaces, cuiusmodi sunt monachi Franciscani, de quibus Bart. in *d.l.1.§.1.* D. *de contr. tab. num.3.* ij non possunt pro extantibus haberi, qui potiùs pro mortuis habentur, *d.§. penult. l. si necem. 4. §. si deportatus.* D. *de bon. libert.* Sed si aliquo casu sint vel possint fieri capaces succedendi, licèt non succedant, siue quòd nolint, siue quòd non possint propter impedimentũ quod ex alterius persona intercedat, defendo non eò minùs obstare illos fœminis, tanquam per quorum superexistentiam impleatur conditio, in qua positi sunt, exclusionis fœminarum. Et ex hac quoque parte tertium membrum distinctionis Bartoli pro nobis contra ipsius sententiam pugnat. Fatetur enim ille, quoties is qui remotior est, excludit remotiorem me, non quòd habeat ius potentius in successione, sed quia facit vt deficiat conditio quæ remotiorem illum vocabat ad successionem, tunc non posse me admitti ex dicta Authentica *licet. C. de natur. liber. & l. filiusfamilias 114. §. cùm quis rogatus. de legat. 1.* Atqui in proposita quæstione frater cõsanguineus excludit sororem vtrinque coniunctam, non ob id quòd habeat ille ius potentius, sed quia sola ipsius existentia posita sit in conditione exclusionis fœminarum, faciatque proinde vt non tam debilius, quàm nullum penitus sit ius sororis. Ergo etiamsi contingat non posse fratrem succedere quia per matrem excludatur, non eo minùs tamẽ debet obstare sorori, ne possit illa etiam fratre excluso succedere cum matre. Nam etsi verum esset ideò excludi sororem à fratre quòd habeat ille ius in succedendo potentius, quod nos illo tantùm casu admisimus, quo statutum, non de extantibus, sed de succedentibus masculis loqueretur, adhuc tamen æquè verum esset positum illum esse in conditione exclusionis fœminarum, & consequenter ideò etiam illum vincere, & sororem excludere, quòd faciat non modò deficere conditionem, sub qua ius succedendi ex lege duodecim tabularum tacitè filiæ conseruatum intelligitur: sed quod magis est, existere conditionem, sub qua expressim filia exclusa fuit per statutum. Cur autem sororis, quæ propter impletam per fratrem exclusionis conditionem excluditur, melior erit causa ob id solùm, quod alia quoque ratio concurrat eiusdem sororis excludendæ, ob id nimirum quòd fratris ius in causa succedendi sit potentius? Et quæ ratio sola sufficeret, cur non effectum suum habebit, etiamsi alia ratio deficiat, quam nec iungi sit necesse? Concludo itaque contra Bartolum in proposita dubitatione sororem quamuis vtrinque cõiunctam admitti nullo modo posse cum matre, sed solam matrem, quia licèt frater ipse non succedat per quem soror excluditur, verum tamen est facere ipsius solam existentiam, vt extiterit conditio exclusionis. Nec est contrarium quod suprà admisimus, non de aliis masculis videri statutum sensisse, quàm qui possint saltem succedere, licèt in e[illegible]ctu non succedant. Nam & hic frater consanguineus, tametsi non

succedat, quia per matrem excluditur, potest tamen aliquo casu succedere, si non excludatur per matrem: quod sufficit vt sororem iam inde ab initio, & omnimodo, omniqueꝗ casu excludat. Quid enim si mater nollet succedere, aut ante declaratam voluntatem moreretur? Eo saltem casu fatendum esset rem agi inter fratrem & sororem, nec dubitandum excludi debere sororem per fratrem, hoc præsertim addito, ne quà Bartolus effugium quærat, quòd frater ipse velit succedere: tunc enim concurrunt omnia, quæ statutum requirit ad sororis exclusionem. Et tamen quomodo fieri posset, vt per fratrem excludatur soror, cui iam lex duodecim tabularum hereditatem detulisset? Detulisset enim sine dubio sorori cùm detulisset matri, si nōdum soror eo tempore per fratrem exclusa erat: eáque nimirum res fecisset, vt neque quandiu soror pro parte sua heres esse potuisset, mater in solidum & ex toto asse heres fieri posset, neque soror ad partem suam adeundam expectare debuisset matris aditionem, cùm tamen certum sit fieri non potuisse vt posset soror adire portionem, quæ nunquam ei fuisset delata. Porro si admittas quod necessariò admittendum est, delatam fuisse eo casu portionem hereditatis sorori tanquam non exclusæ per fratrem, illud quoque te admittere oportebit, non posse superuenientẽ postea matris repudiationem, aut mortem facere vt soror per fratrem, aut propter fratrem excludatur. Sera namque exclusio est, quæ superuenit post admissionem, admissio autem ex delatione æstimatur. Id enim agit statutum quod fœminas excludit, vt in earum persona impediat non tantùm acquisitionem, sed etiam delationem hereditatis. Dices fortasse pro Bartolo, faciendum esse hoc casu quod Vlpianus ait in *d. §. si sit consanguinea*, vt cogatur soror expectare aditionem matris, nec priùs heres esse possit, quàm mater heres fuerit, vt appareat per aditionem matris exclusum fuisse fratrem consanguineum, qui proinde ex eo tempore non deberet ampliùs obstare sorori, ne possit illa succedere simul cum matre: quemadmodum & in specie *d. § si sit consanguinea*, mater quæ aliàs non solet expectare vtrum consanguinea velit adire, necne, cogitur tamen expectare sororis aditionem, cùm pater adest, vt si fortè soror repudiabit, possit mater excludi per patrem. Verùm respondeo inter hos casus multùm interesse. Primùm, quia non sicut in casu nostro soror per fratrem excluditur sub illa tantùm conditione, Si frater extabit: nec proinde admittitur nisi sub contraria illa conditione, Si frater non extabit. Ita & apud Vlpianum vocabatur mater ex Tertylliano sub ea conditione, Si pater non esset, nec è contrario excludebatur sub contraria illa conditione, Si pater esset. Nulla enim talis conditio siue affirmatiua, siue negatiua Tertylliano inserta erat, certúmque est matri obstare patrem, non qui extat, adeóque nec qui possit succedere aliquo casu, sed eum demum qui succedit, & eo solo casu quo succedit. Quæ res facit, vt quandiu pater admitti potest, pendeat quidem ius matris, sed non ideò tamen intercidat. Itaque moram interim patitur mater ne priùs possit adire ex Tertylliano, quàm certum esse incipiat patrem ex nullo capite posse succedere. Sed patre non valente succedere propter sororis consanguineæ aditionem, licèt aliquo casu euenire potuerit vt succedere posset, nimirum si consanguinea repudiasset, non eo minùs succedere mater ex Tertylliano potest. At in casu nostro ad excludendam omni casu sororem propter fratrem, sufficit fratrem extare qui aliquo casu succedere potuerit, licèt casus ille propter matris aditionem non euenerit, quia perinde verum est conditionem exclusionis extitisse. Cur ergo expectabimus matris aditionem, quæ etiamsi nulla sequatur,

non

non eo magis tamen verum erit exclusionis conditionem defecisse, *argum. l. si quis ita scripserit 33. D. de hered. instit.* Præterea in quæstione Vlpiani ex alio iure vocabatur ad hereditatem defuncti soror consanguinea, ex alio mater. Soror ex lege duodecim tabularum, mater ex Tertylliano. Indéque fit vt nihil absurdi sit, deferri hereditatem sorori priusquàm deferatur matri, quasi nulla senatusconsulti Tertylliani habenda ratione, quandiu pater admitti potest, tametsi habenda sit ratio legis duodecim tabularum, quæ sorori omnimodo hereditatem defert, deferretque ex asse, si non potestas eius retineretur & suspenderetur pro parte matris ex potestate Tertylliani. In proposita autem specie, tam matri, quàm sorori vtrinque coniunctæ, si ea per fratrem exclusa non est, defertur hereditas ex eadem lege, scilicet ex Iustiniani constitutione *Nouel.* 118. *de hered. ab intest. venient.* Non potest igitur fieri, vt deferatur matri pro parte, quin pro alia etiam parte deferatur sorori: alioqui si pro nulla parte deferretur sorori, sequeretur vt in solidum esset delata matri, quæ proinde heres ex asse fieri posset, *l. 151. D. de verb. signif.* atque ita nullus sorori, quamuis post matris aditionem succedere volenti locus relinqueretur: quia potestas legis diuidi non potest, vt pro parte deferat hereditatem, pro alia verò parte retineat delationem in suspenso, nisi cùm Senatusconsulti, vel statuti potestas, & casus necessitas eam suspensionem inducit, vt in *d. §. si sit consanguinea*, & in ea specie, de qua suprà diximus, & quæ nihil cum hac nostra commune habet: cùm non excludantur fœminæ per statutum, nisi succedentibus masculis, nec nisi inter masculum ipsum & fœminam de hereditate contenditur. Ergo dicendum est, vel ab initio sororem hanc per fratrem excludi, ne possit ipsa cum matre succedere, vel repudiante quoque matre, solam eam succedere per ius adcrescendi, fratre in totum excluso. Atqui posterior huius dilemmatis pars pugnat apertè cum verbis statuti, ac proinde falsa est. Relinquitur igitur priorem solam veram esse, solámque matrem ad defuncti filij hereditatem admittendam esse, exclusa sorore propter statutum, & excluso fratre propter Iustiniani constitutionem, quæ potiorem vult esse causam ascendentium, quàm transuersalium extra fratres vtrinque coniunctos.

ERROR II.

Si statutum in suprascripta specie conceptum esset, per verba illa succedentibus masculis.

ALIVD responderem, si statutum ita conceptum esset, *succedentibus masculis fœmina non succedat*. Nec enim tunc soli masculi existentia posset sororem excludere, si non etiam ille succederet: succedere autem ipse non potest, non solùm si mater succedat, quæ fratres omnes consanguineos & vterinos excludit, sed nec si mater repudiet, quia nullum ius hoc casu habet frater, quod ei conseruare statutum potuerit. Nouóque iure indigebat, vt posset succedere cum sorore vtrinque coniuncta, multò magis vt posset solus succedere exclusa sorore. Nam ex Iustiniani constitutione, neque ante sororẽ, quæ defuncto vtrinque coniuncta fuit, potest succedere, neque cum sorore, sed tantùm post sororem. Ex statuto verò multò minùs, quia ponimus statuto nihil aliud cautum esse, nisi vt succedentibus masculis fœmina non succedat, id est, ita demum excludatur si masculi succedant, at non etiam vt succedant masculi. Quod nominatim & verbis dispositiuis erat necessariò inducendum, vt posset frater succedere, eo præsertim casu quo ex iure communi impediebatur non modò à matre defuncti, sed etiam à sorore vtrinque coniuncta ne succedere posset. Quamuis enim Bartolo hoc tribueremus, quod ille vult ablatiuos istos absolutos inducere dispositionem, & facere vt frater succedat, & sorori præferatur, quia eius fauore ita statutum est, arg. *l. seruo alieno 69. §. si testator. de leg. 1. l. fideicommissa 11. §. cum esset. & §. interdum. de legat. 3.* Id tamen intelligi deberet de illo casu, quo iam aliquod ius haberet frater à iure cõmuni ad succedendum saltem cum sorore, vt statuti effectus in eo totus consisteret, quod faceret ius fratris potentius quàm sororis, faciendo vt ille solus admitteretur exclusa sorore, quam alioqui ius commune simul cum ipso admisisset. Sed eo casu quo frater nullo modo potest ex iure communi succedere, vt cùm anteuertitur non solùm à matre defuncti, sed etiam à sorore vtrinque coniuncta, quis dicat factum esse potentius per statutum iuris fratris, quod nullum penitus fuit? Aut quis ferat eam ablatiuis istis absolutis vim tribui, vt non tantùm deferant hereditatem masculo tanquam ex statuto in eum casum quo posit ille succedere ex iure communi, sed etiam præferant masculum sorori in eo ipso casu, in quo alioqui soror fratrem ex iure communi exclusisset? Triplex siquidem hoc casu abrogatio iuris communis necessaria est: vna, vt soror vtrinque coniuncta non succedat, quæ sola succederet: altera, vt frater succedat, qui ex constitutione Iustiniani arcetur à successione: tertia, vt præferatur sorori frater, cui soror ex noua Iustiniani lege præfertur. Alioquin paulatim dicendum erit, quod tamen nec Bartolus ipse dicere ausus est, etiam succedente defuncti matre adhuc debere admitti fratrem consanguineum, tanquam ex statuto vocatum ad excludendam sororem, quæ, si frater non esset, matri partem factura fuisset, simúlque cum matre successura. Frustrà enim mater tueretur se constitutione Iustiniani, si frater pro se haberet statutum, cuius tanquam iuris specialioris maior authoritas esset, quàm iuris communis. Nec quicquam matris interesse videretur, an cum sorore vtrinque coniuncta, an verò cum fratre cõsangui-

ſanguineo ſuccederet, dum ne minùs vno caſu quàm alio conſequeretur, vtroque autem caſu haberet dimidiā. Ita fieret vt ſtatutum quod propter fratrē excludit ſororem, rurſus propter ſororem admitteret fratrem, non tantùm in præiudicium ſororis, ſed etiam in præiudicium matris, & eo caſu, quo ſi ſoror nulla eſſet, frater non admitteretur. Et tamen fatetur Bartolus, & verum eſt, fratrem conſanguineum cum matre defuncti concurrere hodie non poſſe. Repugnat enim conſtitutio Iuſtin. *d. Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. venient. cap.* 2. Repugnat etiam ratio iuris, & æquitatis quæ certè non patitur vt plus iuris habeat frater ob ſororem excluſam, quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet. Quid enim ampliùs facere poteſt excluſio ſtatutaria, quàm vt perſona quæ excluditur pro mortua habeatur? Atqui ſi ſoror nulla eſſet, non faceret frater conſanguineus partem matri defuncti. Fateamur ergo non eſſe hoc caſu vocatum fratrem per ſtatutum, ſiue dictum ſit *ſuccedentibus maſculis*, ſiue ſimpliciter *extantibus*, ac proinde excludi ſororem, non quaſi habentem ius debilius, ſed quaſi exiſtente conditione excluſionis. Quę porrò conditio ſemper exiſtit cùm maſculus ſuccedit; & è contrario ſemper deficit, cùm maſculus nō ſuccedit, ſi ſuccedentes maſculi poſiti ſint in cōditione: ſed ſi extantes tantùm, exiſtit cōditio, licèt maſculus non ſuccedat; ſi modò ſuperuiuat, & aliquo caſu poſſit ſuccedere, licèt poſtea nec ſuccedat, nec ſuccedere poſſit, vt in ſimili loquitur Iurec. *in l. quod vulgo* 19. *D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Tunc verò tantùm deficit cum aut maſculi nulli ſuperſunt, aut ſi qui ſunt ſunt, ſuccedere nullo modo, nullóque caſu poſſunt. Illa ratio magis pro Bartolo vrgere videtur, & pro ſorore, quòd hic caſus, quo & mater adſit, & ſoror vtrimque coniuncta, non videatur fuiſſe ſtatuto comprehenſus, cùm non cogitauerint ſtatuentes de excludenda ſorore propter fratrem, qui ſuccedere ipſe non poſſet, ſemota autem poteſtate ſtatuti ſucceſſio legem accipiat à iure communi: ſed iam reſpondimus tunc verè hoc dici poſſe cùm ſtatutum conceptum eſt per ea verba *ſuccedentibus maſculis*, non etiam cùm per illa, de quibus apud Bartolum, *extantibus maſculis*. Extare enim maſculos ſufficit ad implendam conditionem excluſionis, nec prætereà requiritur vt ſuccedant, ſi modò poſſint ſuccedere. At nec requiritur, vt poſſint ſuccedere eo ipſo caſu quo ſtatuti poteſtas inducitur: ſed ſufficit, vt aliquo caſu poſſint illi ſuccedere, quamuis in iſto non poſſint, maximè ſi talis caſus ille ſit in quo ſera eſſet ſtatutaria excluſio, ſi non ab initio induceretur.

ERROR III.

De maſculo, qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni, an obſtet ſorori quam ſtatutum excludat extantibus aut ſuccedentibus maſculis.

PLANE ſi ponas ita etiam concepto ſtatuto *ſuccedentibus maſculis*, adeſſe filium vel fratrem qui excluſus ſit à ſucceſſione per pactum, id eſt per propriam renuntiationem non ſine cauſa factam, ſed cui cauſam dederit aliqua pecuniæ quātitas, aut quid aliud propter quod iurauerit ſe nihil vnquam ex bonis aut paternis, aut maternis, aut fraternis petiturum (iuſiurādum enim neceſſarium eſt ad tales pactiones confirmandas) videtur probabi-

lius quod vult Bart. ad *d. leg. 1. §. penult. D. de bonor. poss. contr. tab.* perinde habendum hunc filium acsi successisset, cùm in vicem portionis suæ hereditariæ aliquid habeat quod non habuisset, si non renuntiasset, *l. 1. §. aduersus. D. si quid in fraud. patron.* Vt quemadmodum facit partem cæteris in computatione legitimæ, ita cæteros impediat succedere tanquam existens secundùm formá prædictorum statutorum, quamuis præteritus ipse non posset testamentú vel nullum dicere, vel rumpere, quia nec debet institui, si Bartolo, & nostris credimus. Mihi tamen attentiùs intuenti tota hæc Bartoli traditio displicet. Adeò verum est tam nulla esse in Bartolo falsa, aut potius tam pauca vera. Tractat enim Bartolus eum casum, quo statutum sit conceptum per verbum *extantibus*, non per verbum *succedentibus*. Quo præsupposito res non habet dubitationem, quia ad implendam exclusionis conditionem sufficiat extare masculum, licèt non succedat, vt suprà disputauimus. Ideóque otiosa disputatio est, An succedat, aut pro eo habendus sit, acsi successerit. Et tamen Bartolus non alia ratione habet eum pro extante, quàm quòd eum habeat etiá pro succedente. In quo primùm & maximè fallitur. Si enim non alia ratione credendus est successisse, quàm quòd renuntiauerit aliquo accepto in vicem portionis hereditariæ, sequetur, fore vt nec aliud dicendum sit, etiamsi decesserit ante patrem, aut matrem, aut fratrē, cuius successioni renuntiauit, quia semper æquè verum erit, acceptam ab eo fuisse portionem hereditariam, aut saltem quæ portionis hereditariæ loco sit. Adeò vt etiamsi ex tali filio vel filia renuntiante, nepos aliquis sit qui ex propria persona velit succedere, & legitimam petere, tanquam repræsentans non tam personam quàm gradum personæ quæ renuntiauit, cogendus sit imputare in suam portionem, quod renuntians acceperat, præsertim si sit ille heres renuntiantis, ex traditis per Bart. Castrens. & alios in *l. qui superstitis 94. D. de acquir. hered.* Nec tamen verum erit hoc casu concepto statuto per verbum, *extantibus liberis*, exclusum iri filiam vel sororem per huiusmodi masculum, quem verum est non extare tempore mortis eius, de cuius successione agitur. Certum enim est, cùm statutum ita loquitur, *extantibus masculis fœmina non succedat*, ad illud vnicum tempus collatam esse præcisè existentiam masculorum, in quo possit succedi, quod non contingit nisi patrefamilias defuncto *leg. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* Si ergo non extet eo tempore masculus, quantumuis fingas eū successisse, suámque portionem hereditariá percepisse, fieri non potest vt fœminam excludat. Alioqui erit in potestate ipsius infligere fœminæ damnum conditionis, & facere vt videatur conditio extitisse priùs quàm re vera extiterit. Quod sanè iniquum est, & à statuentium volūtate alienum: exemplo eius quod dici solet, Eum qui sub conditione rogatus est fratris sui filiis hereditatem post mortem suam restituere, ante diem fideicommissi cedentem, ne quidem ex voluntate eorum posse restituere iis in potestate patris agentibus, cùm possit die fideicommissi cedente sui iuris constitutis ipsis debere restitui, vel si aliquis ex his antè decesserit, non omnibus *arg. l. filiusfamilias 114. §. Diui. 1. De legat. 1. l. vxorem 41. §. Seium maritum. De legat. 3.* cur ergo nocebit fœminis ne possint succedere, hic masculus qui renuntiauit aliquo accepto, quasi ipse totaliter succedat, cùm neque extet eo tempore quo tractandum est de successione: annon prius est vt extet, quàm vt vel succedat, vel haberi possit pro succedente? Rursus quomodo potest haberi pro succedente is, qui per pactum iuratum de non succedendo seipsum à succedendi iure exclúserit, adeóque quem Bartolus vult impunè præteriri posse? Quamquam in

hoc quoque errat Barlolus,& alius is error est quem nos iam sæpius in præcedentibus refutauimus. Cùm enim renuntiationes istæ tacitam conditionem illam habeant,si hereditas ab intestato deferetur, ideóque delationem hereditatis nullomodo impediant, quam è contrario pro conditionis implemento requirunt,impediant verò solam acquisitionē,idque non ipso iure, sed quantum ad effectum, faciendo vt persona quæ renuntiauit, cogatur se abstinere, ne periurium incurrat. Apparet per huiusmodi renuntiationes nec tolli nec impediri ius suitatis, ac proinde nō eo minus inutile esse testamentū in quo præterita sit talis persona,quæ non obstante eiusmodi renuntiatione debuit omnimodo vel institui,vel exheredari. Nec dubitandum est, personam istam,quæ renuntiauit,si sit ex liberis primi gradus, obstare nepoti & aliis remotioribus, ne sui heredes dici possint,aut in sui heredis locum successisse,quemadmodum & exheredatus obstat nepoti,*l.1.§.si pater. D. de coniung. cum emancip. lib. eius. l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto. 7. D. vnd. liber.* quamuis exheredatus ex quo tempore confirmata est exheredatio per aditionem pro mortuo habeatur, *d.l.1.§. si pater 1. vers. sed etsi patruus. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Nempe quia exhereditatio nullum effectum habere potest, quousque confirmata sit per aditionem hereditatis:ius autem sui heredis oritur ante aditionem, & illo tempore quo exheredatus non potest dici exclusus, vt bene ratiocinatur idem Bart. ad *d.§. si pater.* Sic igitur cùm nec renūtiatio aliter effectum habeat,quàm si delatio fiat illi ipsi personæ quæ renuntiauit, consequens est personam quæ renuntiauit non posse haberi pro mortua:cùm etiam hoc amplius iuris habeat quàm exheredatus,quòd non tantùm ei defertur hereditas quæ nullomodo defertur exheredato,sed etiam acquiritur ipso iure si sit suus heres, nec alium effectum potest habere renuntiatio, quàm vt cogatur hic se abstinere,vt in octauū præcedentis Decadis errorem explicauimus. Ex quo apparet nihil planè interesse an masculus hic qui renuntiauerit,aliquid acceperit vt renuntiaret, an nihil. Nam & cùm nihil accepit,siue neges cum quibusdam interpretibus valere renuntiationem tanquam sine causa factam,siue dicas, quod magis puto, valere propter autoritatem iurisiurandi,æquè verum erit hunc qui renuntiauit succedere ipso iure, tùm quoque cùm propter renuntiationem coactus & metu periurij se abstinebit. Quidni ergo excludet sororem,cùm dici soleat non esse sine herede eum qui suum heredem habet quamuis se abstinentem,*l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus. D. de fideic. libert.* Et similiter cùm renuntiatio facta est aliquo accepto,excludit hic masculus sororem,non ratione illa quam adfert Bartolus, quòd accipiendo aliquid in vicem portionis hereditariæ videatur iam tum successisse,sed quia ei tanquam superstiti & suo heredi defertur hereditas patris, & acquiritur etiam inuito, licèt cogatur se abstinere propter renuntiationem. Non igitur distinguendū est quomodo Bartolus distinguit an aliquid acceperit necne,vt renūtiaret,sed an superuixerit,an prędecesserit,non modò si de extātibus masculis loquatur statutū,sed & si de succedētibus,quia nec succedere quisquā potest ante mortē illius,de cuius successione agitur. At neq; verū illud est quod vult idē Bartolus,filiū hunc,qui aliquo accepto renūtiauit,facere partē fratribus in computatione legitimę,nisi hoc etiā addas,vt superuixerit ei cuius successioni renūtiauit. Nā cùm legitima nihil aliud sit,quàm portio portionis ab intestato cōtingentis,*l. parētibus 8. l. qua nuper. 31. C. de inoff. test.* quemadmodū ab intestato succedi non potest nisi post mortē,ita nec legitima repręsentari,tametsi facilè possit fieri vt quod prorogatū est ab eo ipso,ex cuius bonis

legitima debebitur, in legitimã ipsam suo tẽpore imputetur, id est, tũc cùm de legitima quærendũ erit, *l. quoniã. Nouella 29. eod.* Nec ad rẽ facit, quod qui soluit ante diẽ, plus præstat quàm debeat, *l. Iauolenus 15. aliàs. l. eum qui. D. de ann. l.* Id enim tunc obtinet cùm in eo quod præstat, idipsum quod debet cõtinetur, vt puta si debuit in diem certum, & soluit statim, vt in specie illius legis. Nam quod in diem certum debetur, iam debetur, diésque cessit licèt nondum venerit, ideóque nihil vetat quominus & solui possit, *l. in diem debitor 10. D. de con. indeb. l. cedere diem 213. de verb. signific.* At quod in diem incertum debetur, aut quod idem ferè est, sub conditione, (dies namque incertus pro conditione habetur, *l. dies incertus 101. de condit. & demonstr.*) nullomodo interim deberi intelligitur, & idcirco nec solui potest, quia solutione eius quod nondum debetur, nulla liberatio potest contingere, *l. stipulatio ista 38. §. inter certã. D. de verb. obligat.* Et rursus tum quoque cùm aliquid in diem certum debetur, ita demum potest repræsentari solutio, si dies non fuerit adiectus nisi fauore debitoris. Sed si dies alterius personæ fauorem admixtum habeat, non auditur volens soluere ante diem, nec si soluerit, liberatur, *d. l. eum qui. l. si ita relictũ 42. §. Pegasius. De legat. 2. l. 3. §. cum Pollidius. D. de usur.* Quanto minùs in proposito casu ferendũ est, vt videatur à viuo patre benè soluta & repræsentata legitima filio renuntiatio, ad hoc vt per eum, tanquam per masculum excludatur filia à patris successione, tametsi masculus ille viuo patre decesserit. An fortè faceret hic masculus partem fratribus suis succedentibus, vt tanto minorem illi ab intestato portionem consequeretur? Minimè verò. Non enim alij faciunt partem in successione intestati, quàm qui & superuiuunt, & succedunt, *leg. 2. C. ad SC. Orfic.* Ergo neque faciet partem in computatione legitimæ. Planè si superuiuat, & factum sit testamentum, per quod exclusus ille sit etiam à petitione supplementi, cui iam fortè expressim renuntiauerat, aliquo accepto, faciet partem in computatione legitimæ, at non quasi successerit ob hoc solùm quòd aliquid accepit, sed quia superuixit, verúmque est ei fuisse delatam portionem suam legitimæ, ac si non renuntiasset. Quemadmodum enim renuntiatio successionis intestati habet eam tacitam conditionem, si hereditas ab intestato deferetur, ideóque nec impedit delationem successionis intestati, ita & renuntiatio legitimæ aut supplementi habet eandem conditionem tacitam si legitima aut legitimæ supplemẽtum deferetur. Tantum abest vt impediat ne deferatur. Quid igitur? Impedit duntaxat ne peti possit. Fauore nimirum eius qui in renuntiatione stipulatus fuit, aut ipsius heredum, non etiam cæterorum qui ad legitimę aut supplementi petitionem admitti possunt. Quare nec aliud erit, tametsi filius hic qui renuntiauit legitimæ & supplemento nihil ob eam causam acceperit, si modò causam aliam quamlibet habeat renuntiatio, qualem hodie solent habere renuntiationes filiarum; quæ minima planéque incongrua dote accepta nubunt, & renuntiant, vt masculis consulatur per quos solos familiarum splendor & dignitas conseruari potest. Tanta enim hodie vis & potestas est huiusmodi renuntiationum, præsertim verò in Gallia, vt quamuis filia minor annis vigintiquinque in manibus patris amplissimam legitimam pro quinque, si voles, solidis eiurasset, non ideò tamẽ restitutionis auxilium implorare vllomodo posset, quod plerisque Parisiensis Curiæ senatusconsultis in purpura recitatis constitutum fuisse, mihi, Gallísque omnibus compertissimum est.

ERROR IIII.

De statuto excludente matrem extantibus agnatis vsque ad tertium gradum, an noceat auo materno.

EST hæc quæstio finitima superioribus,& ab eodẽ Bartolo tractata in *l.2.§.vlt.num.1.D.ad SC.Tertyll.* Cauetur, inquit, statuto Florentiæ quòd mater non succedat filiis, extantibus agnatis vsque ad tertium gradum. Quæro, quid de auo materno. Disputat autem in vtramque partem. Primùm pro auo ex verbis statuti. Deinde cõtra auum ex mente ac ratione statuti. Si respicis verba statuti, solùm excludunt matrem: de admittendis verò agnatis nihil disponunt, sed matre exclusa necesse est venire sequentes in gradu, qui tenent primum gradum successionis,& qui venirent, si mater non esset, vt in specie *d.l.1.§.vlt.* Atquin auus veniret, si mater non esset. Ergo & in proposito admitti debet. Item pro auo facit, quòd per huiusmodi statutum mater excluditur sub nomine matris, non sub nomine cognationis,& tanquam cognata. Ergo non excluduntur alij cognati, arg. *l.tutelas.7.D.de capit minut.* In contrarium, quòd excludatur auus maternus, videtur ratio statuti, quæ videtur velle quòd hereditas remaneat apud agnatos. Atqui auus maternus non est agnatus. Ergo ad hereditatem admitti non debet. Prætereà si excluditur proximior in gradu, sequens quoque videtur excludi, *l.1.§ fratris, cum ibi not. D.si quis aliq.test.prohib.* His ita disputatis refert Bartolus Richardi Malumbini in hac quæstione sententiam, Præferendos esse agnatos auo materno cognatisq; omnibus, ratione illa noua, quòd licèt mater excludatur ne sit ipsa heres, tamen quãtum ad excludendum alios, videtur esse heres, *arg.l.mulieri & Titio.74.D.de condit.& demonstr.l.cùm quasi.30.§.sed et si suus.de fideic.libert.* Sed Bartolus rationem hãc refellit ex eo quod nudum heredis nomen non possit sufficere ad alios excludendos, *ex d.l.2.§.sed si sint sui.D.ad SC.Tertyll.l.etsi ex modica 6.§.si filius.D.de bon.libert.* vbi dicitur nudũ nomẽ sui heredis in filio patri superstite, neque obstare matri quominus admitti debeat ex Tertylliano, neque patrono quominus competat ei bonorum possessio contra tabulas liberti. Erat sanè inepta ratio Malumbini. Sed non multo aptior est reprehensio Bartoli: nam cùm mater excluditur per statutum, fieri nequit vt sit illa heres filij, neque reipsa, vt Malumbinus dicebat, neq; nudo nomine, vt admittit Bartolus, siquidem potestas senatusconsulti Tertylliani, ex quo poterat mater admitti; tota eliditur per statutum, prohibens ne mater succedat, quia cùm statuti ius sit speciale, vtique potentius est iure communi, siue ius illud commune referas ad senatusconsultum Tertyllianum, siue ad constitutionem Iustiniani Nouell.118. *De hered.ab intest.venient.* quæ post liberos & descendentes primam ac potiorem in succedendo causam ascendentium esse voluit. Atqui nudum heredis nomen habere ille dicitur, qui ipso quidem iure heres est, sed effectu tamen ipso non habetur pro herede à prætore propter abstensionem, *d.§ sed et si suus.d.§.si filius,& d.§ sed si sint sui. instit. l. si filius 12.D.de interrog.action.* Cùm ergo statutum prohibitorium faciat ne mater succedere possit extantibus agnatis, apparet fieri nullo modo posse vt nomẽ

heredis mater habeat ne quidem nudum. Impedit namque huiusmodi statutũ non modò delationem, sed etiam acquisitionem hereditatis, quam tamen non solùm deferri, sed etiam acquiri necesse est vt heres quis ipso iure fiat: Implicátque manifestam contradictionem vt quis à successione excludatur, nec eo minùs tamen ad alios excludendos heres esse videatur. Aut enim nullius momenti esse statutariam exclusionem necesse est, aut eam vim habere vt & delationem hereditatis impediat, & acquisitionem. Concludit tamen Bartolus cum Malumbino pro agnatis aduersus auum maternum; Et bene, sed mala etiam ratione. Ait enim verba illa statuti, *quòd mater non succedat extantibus agnatis*, habere non solùm virtutem exclusiuam matris, sed etiam virtutem inductiuam, vt agnati succedant, propterea quòd illi ablatiui absoluti, *extãtibus agnatis*, inducant dispositionem quando proferuntur ab eo qui potest disponere circa illud *l. fideicommissa. 11. §. cùm esset de legat. 3. l. in ratione. 11. §. tametsi. D. ad leg. falcid.* Hoc verò falsum est. Nam, vt disputauimus in præcedentibus, quoties agnati, vel masculi ponuntur in conditione exclusionis statutariæ siue per ablatiuos absolutos & sine figura conditionis, vt loquitur Marcianus *in d. §. tametsi*, siue per expressam conditionem; non tam intelliguntur vocati per statutum, quàm conseruatum ijs fuisse ius vetus quod habebant succedendi ab intestato, remotúmque obstaculum quod faciebat ne succedere tam citò possent. Vt ecce in proposito, Habent agnati ius antiquum succedendi ab intestato ex illis verbis legis duodecim tabularum, *si suus heres non erit agnatus proximus familiam habeto.* Quod ius postea per senatusconsultum Tertyllianum non tam sublatum & extinctum fuit, quàm immutatum fauore matris, vt agnati qui antea præferendi erant matri, tanquam quæ cognata tantùm esset, non possent ex eo tempore admitti nisi post matrem. Idem placuit Iustiniano in dicta *Nouell.* 118. vbi sublata differentia agnationis & cognationis constituit vt prima in succedendo causa sit descendentium, secunda ascendentium, tertia transuersalium. At cùm statuto cauetur vt extantibus agnatis vsque ad tertium gradum mater non succedat, nullus alius fauor agnatis accedit, nisi quòd sublato matris obice, quem senatus primùm, deinde Iustinianus interposuerat ne agnati possent succedere, hoc ipso ius antiquum agnatis restitutum intelligitur, acsi statutum apertioribus verbis abrogaret hac parte potestatem senatusconsulti, & constitutionis Iustinianeæ, iuberétque succedi ex vetere iure legis duodecim tabularum. Cæterùm si poneres agnatos nulla lege vocari ad successionem tanquam agnatos, non posset dici vocatos eos per statutum, quod de iis, non dispositiuè, sed tantùm per ablatiuos absolutos locutum esset. Dispositiuis enim verbis, adeóque imperatiuis opus est in constituẽdo iure directo hereditatum, & sicut in cæteris omnibus, ita in hoc maximè longè aliud est poni in cõditione, aliud in dispositione. Nec simile est quod obiicit Bart. *ex d. §. cùm esset*, vbi agitur de fideicommisso reciproco ex voluntate testatoris inducendo inter coheredes, qui ambo grauari potuerint per fideicommissum. Nam in fideicommissis interpretandis certum est voluntatem fideicommittentis magis quàm verba inspici oportere. *l. pen. De leg. 1. l. heredes mei 57. §. cùm ita, D. ad SC. Trebell.* Quamquam nec illud extra controuersiam est quod Vlpianus in *d. §. cùm esset*, scribit de fideicommisso per ablatiuos absolutos inducendo, vt constat ex Martiani responso, quod pugnare è diametro videtur, *in d §. tametsi*, de cuius & sententia & emendatione videri possunt, quæ scripsimus lib. 6. Coniectur. In proposito igitur succedunt agnati ex mente quidem statuentium, sed non ex

potestate

potestate statuti, quomodo succederent si statutum ita conceptum esset, *extantibus masculis mater non succedat, sed agnati.* Tunc enim positi essent, non tantùm in cōditione, sed etiam in dispositione. In eoque errat manifestè Bart. cùm vtriusque conceptionis verborum eandem vult esse vim ac potestatem. Errat etiam cùm ad obiectionem factam ex *d. l. 2. §. vlt. ad Tertyll.* respondet exclusam ibi fuisse matrem contemplatione nullius, nec per constitutionem, quam Vlpianus eo loco refert alium vllum nominatim vocatum fuisse exclusa matre: in casu autem nostro secus esse, in quo & mater exclusa sit fauore agnatorū, & agnati ipsi nominatim vocati. Nam constitutio quæ prohibet ne vindicandorum filij bonorum ius habeat mater quæ non petiit ei tutorem intra annum, licèt nihil de agnatis cognatisque expresserit, agnatis tamen & cognatis fauere proculdubio voluit, si qui extarent. Id enim est quod Vlpianus ait, *ergo & agnati cæterique succedent.* Nec magis verum est in casu nostro vocatos fuisse agnatos, licèt agnatorum expressa mentio facta sit in statuto, quoniam non per modum dispositionis facta est, sed per modum conditionis, cuius natura illa est vt nunquam disponat. Aequè corruit quod Bartolus respondet ad obiectionem illam quæ fieri poterat ex eo, quod si per statutum nominatim mater excluditur; ergo non alij, ex *d. leg. tutelas. D. de capit. minut.* Admittit enim ille quod ex eo capite quo mater excluditur, alij non excluduntur, sed ex eo tantùm quo agnati vocantur, quia, inquit, cum alios voco, alios videor excludere, vt *l. cum prætor 12. D. de iudic. l. sicut certi 9. C. de testam. milit.* Debuerat dicere satis exclusos esse cognatos hoc ipso quod agnati positi sunt in conditione exclusionis matris, cùm per huiusmodi cōditionem restitutum iis fuerit ius antiquum, ex quo vocabantur ante cognatos omnes, quamuis non eo magis vocati fuerint per statutum. Illud bene Bartolus, non fore rectam consecutionem si auus ita argumentetur, Ego vinco agnatos, Agnati vincunt matrem: Ergo vinco matrem. Nam brocardi cum illud quod habet, Si vinco vincentem te, multò magis vinco te, *ex l. de accessionibus 14. D. de diuers. tempor. præscript.* tunc locum habet cùm quis ex eodem iure & vincit & vincitur. At quod auus excludit agnatos, fit ex iure communi Auth. *defuncto. C. ad Tertyll.* quod verò agnati excludunt matrem & omnes cognatos, fit ex forma statuti. Id est, vt ego interpretor, non quòd agnati per statutum vocati sint, quomodo Bartolus intellexit, sed quòd positi sint in conditione exclusionis matris, & consequenter omnium cognatorum, non quasi matris appellatione cognati omnes contineantur, sed quia tale statutum fieri non potest, quin ius commune abrogetur, quod & matrem agnatis præferebat, & agnatos cognatis exæquabat. Alioqui si diceremus etiam post hoc statutum cognatis Iustinianæū ius saluum manere, sequeretur quòd essent illi admittendi cum agnatis, imò præferendi agnatis si agnati essent remotiores in gradu, & consequenter præferendi matri, quod tamen verba statuti non patiuntur, quę non excludūt matrem nisi propter solos agnatos. Nec proinde fieri potest quin ex huiusmodi statuto legis 12. tabul. ius vetus restitutum aut potius conseruatum intelligatur, quod agnatos & matri & cognatis omnibus anteponebat. Sublato igitur iure illo, ex quo succedere cognati potuissent, quid aliud dici potest nisi vt agnati soli succedant, non tanquam soli vocati sint per statutum, aut quasi cognati succedere prohibiti fuerint, sed quasi nulla amplius existente lege, ex qua vel mater vel cognati ad successionē admitti possint, ne quidem post agnatos? quia semel exclusi per defectū aut implementum conditionis, semper & in perpetuum remanent exclusi, cùm perpetua sit causa exclusionis, siquidem nec conditio, quę semel extitit, postea de-

ficere,nec quæ semel defecit,postea existere vnquam potest. Vnde dicerem extantibus agnatis exclusos in perpetuum esse cognatos, ne succedere iure ciuili possint,nec si agnati hereditatem repudient,quia non fuit per statum ipsis restitutum ius antiquum, quod restitui omnimodo debuerat vt possent succedere ex Iustiniani constitutione.Exemplo eius quod in præcedentibus disputauimus,per verba senatusconsulti Orphitiani fuisse restitutum agnatis matris ius antiquum,vt possent ipsi succedere, si nemo filiorum maternam hereditatem suscipere vellet,cùm alioqui etiam repudiantibus filiis,agnati nullomodo succedere,nullóque casu potuissent,*l.1.§ si nemo.D.ad SC.Tertyll.* Dixi *ne succedere iure ciuili possint*,quia non quemadmodum ius commune senatusconsulti Tertylliani, & constitutionis Iustinianeæ abrogatur per huiusmodi statutum restituto agnatis vetere iure legis duodecim tabularum, ita & abrogatum dici potest ius prætorium, quod tum quoque locũ habebat cùm ex lege duodecim tabularum agnati ante matrem cognatósque admittebantur. Exclusis enim agnatis,siue tempore,siue repudiatione,admittebat prætor cognatos. Imò & agnatos ipsos iam exclusos tanquam agnatos,ex capite Vnde cognati,*§.placebat. Instit.de legit.agnat success.*Certum autem est per huiusmodi statutum, *extantibus agnatis mater non succedat*, restitui agnatis ius antiquum,quale erat, ac proinde iuris prætorij æquitate temperatum,& consequenter salua edicti successorij potestate, quæ in acquirendis successionibus magnum ac plerumque necessarium auxilium præstabat.Itaque extantibus quidem agnatis,sed cessantibus in adquirenda hereditate, vel agnoscenda bonorum possessione non tantùm cæteri cognati poterunt admitti,sed etiam mater ipsa, tanquam sibi ipsi succedens cum cæteris cognatis. Nam & hæc edicti successorij potestas fuit,*l.1.§.sed videndum.D.de success.edict.l.2.§.si sit consanguinea.D.ad SC.Tertyll.* Nec pugnat quod proximè diximus, personam semel exclusam manere in perpetuum exclusam. Id enim ita accipi debet,vt maneat exclusa in perpetuum ab eo ipso iure,à quo semel fuit exclusa, non etiam à cæteris à quibus numquam exclusa fuit. At in proposito,neque mater, neque cognati fuerunt exclusi per agnatos, nisi à succedendo, illa ante agnatos, isti cum agnatis, ex iure ciuili nouo per statutum abrogato, non etiam à succedendo ex iure prætorio post agnatos.Saluum ergo iis remanet auxilium iuris prætorij etiam post restitutum ius vetus legis 12.tabul.in fauorem agnatorum, quod auxilium habebant eo quoque tempore quo ius illud vetus neque per senatusconsultum Tertyllianum,neque per Nouellam Iustiniani legem adhuc erat abrogatum. Sed si poneres aliquem ex agnatis successisse,postmodum tamen abstentũ fuisse per in integrũ restitutionem,dicendum esset non excludi omnino matrẽ, cognatósque cæteros,sed ex edicto successorio admittẽdos, quia & olim poterat edictũ successoriũ hoc casu locum habere,*l.defunctis 6.C.de legit.hered.l.2.D. vnd.legit.*nisi cum succedebatur ex capite Vnde cognati,quia nullum aliud erat caput ex quo posset succedi. Huius autem capitis potestas tota consumpta fuerat per agnitionem semel factã bonorum possessionis ex eodem capite delatæ,vt probatur ex *l.vlt. D.de success.edict.* Aliæ Bartoli rationes,quas contra auum adfert,æquè sunt futiles,& inanes. Ait enim quoties dispositio fit alicuius contemplatione,licèt expressè verba ad illum non dirigantur, tamen ei cõpetere actionẽ ex *l.seruo legato 69.§ si testator. De leg.1.l.fideicõmissa. 11. §. interdũ, De legat.3.* Ergo,inquit,cùm ista dispositio facta sit fauore agnatorũ,competit eis ex hac dispositione actio.Malè. Non enim defertur hereditas, aut acquiritur

quiritur beneficio alicuius actionis, sed sola legis potestate defertur, aditionis potestate postquàm delata est, acqu ritur: nec hereditatis petitio, aut alia actio datur heredi futuro vt succedat, sed heredi iam facto, vt acquisitionis suæ effectum habeat posteaquàm iam successit. Longéque aliud est si tractetur de legato, aut fideicommisso, vt in legibus per Bartolum allegatis. Non enim quærimus cum quo de supremis quis locutus sit, sed in quem voluntatis suæ intentionem direxerit, *l. cum pater 77. §. donationis. De legat. 2.* dummodo ex verbis dispositiuis appareat legatum aliquod vel fideicommissum datum esse. Hoc enim etiam in fideicommissis requiritur, nisi cùm fideicommissi verba ex Imperatoris autoritate supplentur, vt in specie *l. vnum ex familia. 67. §. vlt. eod. l. qui filium 74. D. ad S C. Trebell.* Quanto magis in legibus & statutis hereditates deferentibus dicendum est non sufficere vt alicui fauere legislator voluerit, nisi idipsum expressè disposuerit? Nimirum, quantum ad hoc, vt vocati dici possint ij quibus legislator fauere voluit. Si enim vllo vnquam casu verum est, quod semper est verissimum, Verba conditionalia nihil disponere, *leg. si quis sub conditione 8. D. si quis omiss. caus. testam.* in legibus maximè id verum est, quatum verba non tantùm dispositiua esse solent, & debent, sed etiam imperatiua, *l. legis virtus 6. D. de legib. & apud Vlp. in Tit. de legat.* cùm definit legatū id esse quod legis modo imperatiuè relinquitur. Si verò vnquam in legibus id obtinet, in iis maximè obtinere debet per quas successio defertur. Nihil enim est quod maiorem legum potentiam & autoritatem exigat, quàm hereditatis delatio, & inductio iuris succedendi, cùm huiusmodi arte & fictione faciendū sit, vt dominium in alium ipso iure continuetur earum rerum quę per mortem domini desierunt esse in bonis vllius, *l. 1. D. de rer. diuis.* Addit Bartol. pro vltima ratione, Quando aliquis remouetur à lucro contemplatione alterius, debere lucrum applicari ei cuius contemplatione remouetur, vt apparet, inquit, in tutore qui priuatur legato si excusat se à tutela. Legatum enim applicatur pupillo, cuius contemplatione tutor à legato remouetur, *l. post legatum §. § amittere. D. de his quæ vt indig. l. penult. C. eod. l. cùm emancipati. §. si duo emancipati. D. de collat. bonor.* Ergo, inquit, cùm excludatur in casu nostro mater contemplatione agnatorum, hereditas agnatis applicanda est non cognatis. Parum subtiliter. Prius enim est, vt is, cuius contemplatione alius à lucro remouetur, sit capax eius lucri retinendi, quàm vt dicamus ei applicari debere: vt in specie illa quam Bartolus, quasi similem tractat, id quod tutori denegatur qui se à tutela excusauit, non in fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius vtilitates desertæ sunt, vt scriptum est *in d. §. amittere.* quia & ab ipso pupillo herede instituto fuerat præstandum legatum: quòd si non præstetur, necesse est penes pupillum ipsum remanere, non tanquam penes pupillum, sed tanquam penes heredem quemlibet. Idque apparebit manifestius si ponas pupillum hunc, cui pater tutorem dederat, eodem testamento fuisse exheredatum (nam & exheredato filio tutorem à patre, sicut & substitutum pupillarem dari posse certum est) & alium heredem institutum. Nec enim dubito quin eo casu dicendum sit, legatum quod tutori denegatur qui se contra defuncti voluntatē excusauit, non ad pupillum peruenire debere, cuius vtilitates desertæ sunt, sed heredi instituto relinqui oportere, quia & ipsum relinquendi verbum quo lex vtitur in *d. §. amittere* hoc euincit. Aliud siquidē est acquiri, aliud relinqui. Acquiritur nobis quod nondum penes nos erat, relinquitur verò nobis quod penes nos iam erat. Et eo

modo legata quæ legatariis non præstantur, heredibus relinquuntur, non acquiruntur, cùm legatum sit delibatio hereditatis per quam velit testator alicui collatum esse id, quod alioquin heredis foret, *l. legatum est delibatio* 116. *De legat.* 1. Ergo & in proposito prius est vt quis probet pro Bartolo hereditatem à qua mater excludatur, agnatis extantibus, posse agnatis ipsis acquiri, & vt ille loquitur, applicari, quàm vt dicat, ob id solùm acquiri debere agnatis, quòd eorum contemplatione mater sit exclusa. Atqui non potest hereditas agnatis acquiri, quin iis prius deferatur. Prius ergo probandum est, iis deferri ex aliqua lege aut ex statuto ipso. Porrò non defertur ex statuto, cuius nulla in hanc rem verba sunt dispositiua, tantum abest vt aliqua sint quæ esse deberent, imperatiua. Quamuis igitur verum sit statutum quod agnatos posuit in conditione, excludendo matrem si agnati extarent, nonnisi agnatorum contemplatione matrem exclusisse, præpostera tamen ratiocinatio est, si quis ex eo inferat, agnatos ex eo statuto vocatos esse. Nihil enim aliud agit hoc statutum nisi vt hereditas agnatis relinquatur, non etiam vt iis acquiratur & applicetur. Proinde non vocatur agnati ad hereditatem ex hoc statuto, sed præsupponit statutum, agnatos ex aliquo iure antiquiore ad hereditatem admitti posse, quomodo vtique admitti possunt ex potestate legis XII. tabul. si modò noua iura abrogentur quæ ius illud vetus quod agnatis solis fauebat, abrogauerant. Ideóque nimirũ supra dixi, Huiusmodi lex statutis, quibus cauetur, *extātibus agnatis mater ne succedat*, non solùm abrogata est per iura omnia noua quæ matris meliorẽ quàm agnatorũ, & agnatorũ parem ac cognatorũ conditionẽ faciebant, sed etiam in necessariũ antecedens fuisse agnatis in cõditione positis hoc ipso restitutum ius antiquũ legis XII. tab. quod equidem restitui potuit ex sola legislatoris voluntate, statutique interpretatione, nullis in eam rem verbis adhibitis dispositiuis & imperatiuis, quia nempe sublato noui iuris obice nihil iam impedit quominus potestatem suam propriis viribus exerere ius vetus possit, sufficitque vt statutum non repugnet. Quanto magis sufficiet si statutum præsupponat iuris antiqui restitutionem in necessarium antecedens? Superest, vt omnibus Bartoli rationibus confutatis exponamus iam, qua ergo ratione defendamus Bartoli sententiam veram esse quæ agnatorum potiorem causam facit quàm aui materni. Ratio illa est, quam idem Bartolus videtur indicasse, cùm dixit, Exclusa persona aliqua prioris gradus, omnium quoque sequentium graduum personas intelligi exclusas (id enim falsum est quoties non eadem ratio est sequentium graduum excludendorum, vt videre est in matre, quæ licèt agnatis, & cognatis omnibus anterior sit in gradu succedendi, si tamen excludatur à filij impuberis successione ob non petitum ei tutorẽ, non ideo facit vt agnati cognatique excludantur qui sequuntur in gradu, *d. leg.* 2. *§. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Sed quia neque auus maternus, neque cognatus quisquam ex superioribus transuersalibus aut agnati aut cognati nomen habet, nisi propter mediã matris personam, cùm & ius aui in succedendo nepoti ex filia pendeat ex iure quod habet mater succedendi propriæ filiæ, *arg. l. dotem* 6. *D. de bonor.* qui per matrem coniunguntur. Inde namque necessarium est vt quæ lex, aut, quod statutum excludit matrem, hoc ipso etiam excludat auum maternum & agnatũ, nisi aliqua sit ratio propria & specialis quæ in persona matris locum habeat ad eam excludendam vt ad auum maternum cognatósque extendatur, vt in specie *d. l.* 2. *§. vlt. vbi mater*, ob non petitum filio suo impuberi tutorem, hic propriæ culpæ pœnam patitur, vt ius suum vindicare prohibeatur. Nec enim

ideo

ideo arcetur à successione filij quòd sit mater, sed quia filio non bene consuluit cùm esset mater. Proinde nihil causæ est cur ea remota non debeat admitti, quisquis, si ea non esset, admitteretur, siue auus maternus sit, siue alius cognatus. Et ob id ita locuta est constitutio, non vt dixerit nullum ius succedendi habere hanc matrem, sed prohibuerit matri ius suum vindicare; ita admittens, non excludi hoc casu matrem quia nullum ius habeat, sed quia iure suo vti nō potest. Vnde nec mirum est ea remota non tantùm agnatos admitti, sed etiam cæteros, id est cognatos qui admitterentur si mater in medio non esset. At aliud est cùm mater à successione intestati præcisè excluditur extantibus agnatis. Tunc enim nulla ratio est cur alia meliórque sit causa cæterorum qui per matrem coniungūtur, cuiusmodi sunt ascendentes materni, vt non tantùm admittantur, sed etiam, quod omnino consequens esset, agnatis præferantur. In cęteris verò cognatis, qui per matrem non coniunguntur, sed per filiam fortassis, aut per sororem, ratio illa facit ne admitti possint, quæ & generalior est, & ad omnes omnino cognatos pertinet, quod abrogato iure Iustinianeo, ex quo solo poterant succedere cum agnatis, adeóque præferri agnatis remotioribus, nullum ius superest ex quo possint admitti cum agnatis, nedum ante agnatos, vt supra docuimus. An ergo in perpetuum exclusi erunt & ascendentes materni & cæteri cognati vt nunquam admittantur, ne quidem post agnatos? Minimè. Nam & mater ipsa, quæ nonnisi extantibus agnatis excluditur, non vsque adeo exclusa est vt non possit ipsa quoque post agnatos admitti, scilicet non tanquam mater, & ita vt succedat ex iure ciuili, siue ex SC. Tertylliano, siue ex Nouella Iustiniani constitutione, sed tanquam cognata & cum cæteris cognatis, vt & in specie *d.l.2.§.si sit consanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Non enim id agit hoc statutum, vt matrem omnino excludat & ab omni iure etiam prætorio, sed tantùm vt ei agnatos præferat, restituto in eam rem vetere iure legis duodecim tabularum quæ agnatos matri anteponebat. Ergo quemadmodum ius legis duodecim tab. non excludebat temperamētum prætoris, quominùs post agnatos cognati ex edicto successorio admitterentur, ac proinde mater quoque cum cæteris: ita nec statutum hoc eam vim habebit vt impediat, ne possit mater, possintque ij omnes etiam qui per matrem iunguntur, succedere post agnatos, & iure prætorio ex capite Vnde cognati.

ERROR V.

De nepote ex filia per statutum exclusa existentibus masculis.

CONIVNGEMVS hanc quæstionem cum præcedente, quia & eam coniungit Bartolus ad *d.leg. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll. in fin.* vbi posteaquàm tractauit De statuto excludente matrem extantibus agnatis vsque ad tertium gradum, conclusitque siue mater sit mortua, siue viuat, admitti agnatos exclusa matre cognatisque omnibus qui sequun-

sequuntur in gradu, subiicit, *& idem puto in omnibus similibus quaestionibus descendentibus ex statuto, vt puta si diceret statutum, Extantibus masculis filia foemina non succedat; quid de nepote ex filia? Certè idem quod in filia, per ea quae supra dixi.* Atque ita se in ciuitate Florentiae consuluisse testatur. Ego autem vereor ne in hac quaestione Bartolus non solùm falsis moueatur rationibus vt in superiore, sed etiam malè & contra iuris rationem respondeat. Nam si quidem statutum iis verbis conceptum esset quibus illud de quo proximè diximus, *extantibus agnatis masculis filia foemina non succedat* (quomodo interdum concipi necesse est ad excludendas foeminas fauore agnatorum masculorum, cùm foeminae quoque sint agnatae quae proinde admitti deberet cum caeteris agnatis si non specialiter essent exclusae, *l. 2. §. nec tantum masculi. D. vnd. leg.*) Posset ea ratio quam nos ad superiorem speciem aptauimus ad hanc quoque accommodari, Exclusa nimirum filia per statutum, quae & agnata & proximior est, multo magis exclusum intelligi nepotem ex filia, qui auo non nisi per mediam filiae personam coniungitur, quique licèt hoc plus habeat quàm filia, quòd est masculus, hoc tamen minùs habet quòd non est agnatus, sicut illa agnata est. Nam foeminae quidem possunt esse agnatae si per masculos coniungantur, sed per foeminam nemo agnatus esse vnquam potest. Et ideo fit vt in plerisque locis in quibus vigent huiusmodi statuta, quae solius agnationis conseruandae rationem habent, nec nisi agnatos ad successionem admittunt, foeminae omnes quantumuis agnatae sint, excludantur, quia licèt agnationis ius habeant, tales tamen sunt quae agnationis conseruandae & perpetuandae facultatem non habent, cùm dici soleat quod & verum est, mulierem familiae suae & caput & finem esse, *l. pronuntiatio 195. §. vlt. De verb. signific.* Si enim foemina tanquam agnata ad successionem proximi agnati cum caeteris admitteretur, fieri necesse esset, vt eius portio quae ipsi semel quaesita fuisset, ad ipsius liberos transiret, qui tamen agnati non essent, nec de familia & nomine defuncti, cuius agnationi prospicere legislator voluisset, *l. cùm pater. 77. §. cùm inter.* vbi est Papiniani textus elegans, alibi à nobis explicatus, *De legat. 2.* Ex eo igitur apparet, tantū abesse vt nepos ex filia exclusa possit admitti ad successionē, cùm sit illa agnata, ipse verò non agnatus, vt è contrario sit multo facilius & rationabilius, vt filia quae ex propria persona posset admitti tanquàm quae sit de familia patris, excludatur tamen propterea quòd qui ex ea nascituri sunt liberi, siue masculi erūt, siue foeminae, aliam familiam sint habituri, paternam scilicet, non maternam, aut quae fuerit aui materni, *l. penult. D. de agnosc. & alend. liber.* Sed hoc tunc obtinet, vt dixi, cùm statutum nihil nisi agnationem, & agnationis conseruandae fauorē intuetur. At si non tam agnationis quàm sexus ratio habita sit, quomodo habetur plerunque à legislatoribus, dignitatem reipublicae, non tam ex familiarum amplitudine ac opulentia aestimantibus, quàm ex numero eorum qui laborantem rempublicam animi & ingenij sui viribus reficere, labantémque retinere, & collapsam erigere possunt, in quo numero sunt omnes masculi, nec tanquam agnati aut cognati, sed tanquam masculi; nihil vetat excludi etiā à patris successione filiam, quia foemina est, id est eius sexus, quem leges ab omnibus & pacis & belli officiis studiisque arcent, neque tamen excludi nepotem ex filia, quippe qui tam sit masculus & iuuandę reipublicae idoneus, quàm si ex filio nepos esset. Et haec mediae iurisprudentiae Romanae mens fuit, quae in causa successionis tam testamentariae quàm legitimae faciebat meliorē penè in omnibus masculorum quàm foeminarum conditionem, siue ex mascu-

lis,siue ex fœminis masculi,fœminæve descenderent, vt constat ex iis quæ Iustinianus refert in *l.4.C.de liber.præter.& in Instit.tit. de exhered. liber.* Huiusmodi quoque videtur esse mens legislatoris statuentis vt extantibus masculis filia fœmina non succedat.Quis enim alius potest esse sensus eorum verborũ, *filia fœmina non succedat*, nisi vt à successione excludatur filia ob hoc solùm quòd fœmina est: Alioqui quis crederet posse aliquam esse filiam, quæ non esset etiam fœmina? Quamuis igitur nepos ex filia locum filiæ teneat, vt etiam si voles, ipsius filiæ non tantùm locum & gradum; sed etiam personam repræsentare videatur,quia tamen non fœmina est,vt erat filia,sed masculus, non ideò possis dicere, Excludi eum per statutum, quandoquidem neque verba ei conueniunt,neque ratio statuti:non verba,quia non est fœmina: non mens & ratio statuti,quoniam idcircò tantùm filias excludere statutum voluit,quia fœminæ sunt,& ad gerendam rempublicam ineptæ,hic verò masculus est,nec minus ad rempublicam administrandam aptus, quàm si nepos ex filia non esset. Itaque cùm ratio exclusionis quæ propria & specialis est in filia non possit extendi ad nepotem,nihil etiam causæ est cur ad eum potestas statuti, & exclusio extendatur:veréque huic casui aptari ratio illa potest, quam præcedẽte capite sumpsimus ex *l.2.§.vlt.D.ad SC.Tertyll.* tum demum remota matre admitti ad successionem eos qui post matrem veniunt, quíque admitterẽtur si mater non esset,cùm propria & specialis aliqua ratio est matris excludendæ, quæ ratio locum non habeat in cæteris sequentium graduum personis.Etsi namque in casu nostro hoc amplius est,quàm in specie *d. §. vlt.* quòd eo loco mater non tam à iure succedendi excluditur, quàm iure suo vti prohibetur:In casu autem nostro nullum penitus habet ius succedendi filia quæ per statutum exclusa fuit:illud tamen vtrique casui simile est, quòd ratio quæ nocet matri vel filiæ non potest porrigi ad personam sequentis gradus. Matri nocet ratio illa,quòd intra annum tutorem filio impuberi non petierit. Ea ratio non nocet auo materno,aut proximo agnato,ad cuius scilicet officium non pertinebat vt tutorem impuberi peteret quandiu mater eum in causa successionis antecedebat.In proposito autem filiæ nocet ea ratio, propter quam & statuto exclusa est,non quòd sit filia,sed quòd sit fœmina. Ea ratio non nocet nepoti,quia masculus est.Si filia tanquam filia excluderetur,vtique noceret ea exclusio nepoti,non quasi verba statuti ei conuenirent (æquè enim verum esset non esse filiam eum qui esset nepos,vt nec filia propriè dici posset quæ esset neptis)sed quia nepos ita non est filia vt sit minùs quàm filia. Filiam enim cùm dicimus,filiationis & procreationis ius significamus, quòd ius non tantum est in nepote, nec in nepte quantum in filia,cùm sit illa in primo gradu descendentium,nepos verò,neptísque in secundo: nec rursus vllum ius succedendi habere potest nepos neptísve,nisi quoniam auo per mediam filiæ personam coniungitur,*arg.d.l.dotem 6.D.de collat.bonor.* Cùm verò filia excluditur à patris sui successione,non tanquam filia,sed tanquam fœmina, non debet ipsius exclusio nocere nepoti,& quia statuti verba ei non conueniunt cùm sit masculus,non fœmina, & quia ita non est fœmina, vt sit plus quàm fœmina,quia masculus est:nocet tamen nepti, nõ tam quòd statuti verba ei magis conueniant quàm nepoti (etsi enim conueniunt in hoc quòd fœmina est, non tamen conueniunt in eo quòd filia non est,sed neptis) quàm quia ita non est filia vt sit minùs quàm filia,si quidem & fœmina est, & remotior in gradu naturæ quàm si filia esset. Dices, illam semper manere communem rationem

exclusionis nepotis & neptis, cùm filia ipsa exclusa est, quòd neque nepos, neque neptis auo materno iungitur, nisi per mediam filiæ personam, nec proinde fieri posse videtur, vt cui filia succedere nequit, nepos iste, neptisve possit, cùm non possit venire nisi tanquam imago matris, vt loquitur Baldus, qui Bartoli sententiam sequitur ad *l. maximum vitium 4. num. 2. C. de liber. prater.* Verùm respondeo non esse bonam consecutionem, quia nepos neptisque coniunguntur auo per filiam, non tanquam per fœminam sed tanquam per filiam, cùm æquè ac eodem gradu coniuncti essent, si ex masculo suscepti proponerentur. Iam autem diximus non esse exclusam filiam tanquam filiam, sed tanquam fœminam, quæ formalis ratio exclusionis inspicienda magis est quàm persona ipsa, quæ excluditur. Non igitur nocere debet nepoti neptique, quòd coniungantur per filiam & fœminam, si modò exclusionis ratio quæ in filia locum habuit, nullum in ipsis locum habeat. Habet autem in nepte quidem, quia & fœmina, & minùs quàm filia est: non etiam in nepote, qui licèt minùs sit quàm filia, quatenus nepos est, plus tamen quàm filia est quatenus masculus est: quod vnum statuti mens intuetur, siue verba conditionis respicias *extantibus masculis*, quæ non agnatis, sed masculis fauet, siue verba dispositionis, *filia fœmina non succedat*, per quæ excluditur à successione, non quisquis agnatus non est, sed ea tantùm persona, quæ sit fœmina, adeóque quatenus fœmina. Sed & ratio ipsa Bartoli manifestè ipsius sententiam impugnare videtur. Ait enim ideò excludi non tantùm filiam, sed omnes etiam sequentes in gradu, quòd statutum iis hereditatem applicare intelligatur, quos ponit in conditione. Etsi enim hoc falsum esse suprà ostendimus, tamen eo quoque errore admisso, consequens fiet, vt in proposita specie masculi omnes ad successionem vocati intelligantur: nec minùs qui ex filia, quàm qui ex filio progeniti sunt, cùm masculi omnes indistinctè supradictis statuti verbis in conditione positi esse proponantur. Nisi fortè quis pro Bartolo respondeat in conditione positos esse masculos non omnes, sed eos tantùm qui sint fratres eius filiæ quam fauore masculorum statutum excludit, aut saltem qui ab iis fratribus progeniti sint. Quod admittendum videtur eo casu quo filia viuat adhuc illo tempore, quo agitur de successione. Absurdum enim esset dicere positos in conditione ad exclusionem filiæ masculos ex ipsa filia susceptos. Illi namque demum ponendi fuerunt in conditione ad eam excludendam, qui alioquin eam non excluderent, sed simul cum ipsa admitterentur, non etiam ij, quos ipsa fuerat exclusura, quique nonnisi post eam vocari possent. Sed tamen præter id quòd obiectio nostra semper subsistit, eo saltem casu quo filia per statutum exclusa decesserit ante patrem superstite filio eodémque nepote, quia tunc nepos succedit ex proprio capite, tanquam repræsentans, non tam personam, quàm gradum filiæ, ipsiúsque locum subintrans: quem proinde absurdum non sit simul cum filiis masculis primi gradus succedere iure repræsentationis, quod inter descendentes locum habet in infinitum, *§. cùm filius. Instit. de hered. qua ab intest. defer.* Non puto eam statuti, de quo agimus, interpretationem fieri posse, vt filia non per alios masculos excludatur, quàm quibuscum alioqui succedere ipsa potuisset. Repugnant enim verba conditionis, quæ cùm sint indefinita, apta sunt comprehendere masculos omnes quorumcunque graduum etiam remotiorum. Nec quicquam absurdi est plus iuris habere in succedendo nepotem, quia masculus est, quàm filiam, quæ tanquam fœmina sit exclusa fauore masculorum, etiamsi filia ipsa adhuc viuat: alioqui dicendum erit, si ponas alios masculos nullos extare qui

possint

possint succedere excepto isto nepote ex filia adhuc superstite admittendam esse filiam excluso nepote. Hoc verò pugnaret euidentissimè cum verbis statuti, quæ è contrario excludunt filiam propter masculos positos in conditione. Annon enim verum esset extare masculum aliquem, atque ita extitere conditionem exclusionis filiæ? Fateor non debere hunc nepotem facere partem patruis suis, si qui sint, nec in hoc plus iuris habere quàm filiam, quæ per fratres suos in totum excluderetur, quia quos statutum noluit præferri filiæ, multò magis videri debet prætulisse iis etiam masculis, quibus præferendi fuissent, etiamsi filia ipsa exclusa non esset, vt exclusio filiæ sicuti non nocet nepoti, sic nec ei prosit aduersus cæteros: & contrà, quæ prodest fratribus ne concursum sororis patiantur, quæ alioquin vnà cum ipsis fuerat successura, iisdem non noceat, vt concursum huius nepotis ex sorore pati cogantur, qui nullum ius haberet succedendi si soror non excluderetur, tanquam qui in remotiori gradu esset constitutus. Sed nego debere hunc nepotem excludi propter matrem suam, eandémque filiam defuncti, si ambo sint superstites, quia eo extante verum est extare masculum aliquem, eúmque capacem successionis, atque ita conditionem exclusionis statutariæ impletam esse ad filiam summouẽdam. Nec video cur odiosa & ipsi filiæ damnosa videri possit hæc interpretatio, quæ excludit filiam propter masculum nepotem ex ipsa filia. Cur non enim æqui bonique hoc consulat filia potiùs quàm si per alium masculum, qui filius ipsius non esset, excluderetur? Cæterùm quod diximus nepotem hunc non posse cum patruis suis concurrere, tanto magis ostẽdit, non esse igitur verum quod vult Bartolus, omnes eos qui in conditione positi sunt, hoc ipso vocari per statutum. Nã cùm in proposito masculi omnes positi sint in conditione, omnes quoque vocati intelligerentur, atque ita etiam hic nepos cum patruis succedere deberet tanquam vocatus, si masculi omnes vocati essent. At nõ succedit cum patruis, quia non succedũt patrui ex statuto, sed ex iure communi quod iis reseruatum intelligitur per statutum: ex iure autem communi siue vetere, siue nouo, neque nepos ex filio aut filia, neque nepos ex fratre aut sorore vnquam cõcurrit cum patruis, quandiu anteuertitur à persona ex qua natus est, quia tunc semper remotior est in gradu: in successione autem intestati generale est & perpetuum, vt nunquam alius succedat, quàm qui vel æquè proximus est, vel natura, vel repræsentatione. Quòd si obiicias, filiam quæ per statutum exclusa est, habẽdam esse pro mortua, ob idque non magis debere nepoti nocere, quominus possit ille cum patruis concurrere, quàm si ipsa in rerum natura non esset. Respondebo quod iam dixi, habendam quidem esse pro mortua hactenus, ne possit partẽ facere fratribus suis, cum quibus alioquin ab intestato admitti potuisset, sicut etiam eueniret, si esset exheredata: sed non quantũ ad hoc, vt nepos hic admitti possit & concurrere cum patruis, à quibus excluderetur tanquam remotior in gradu, etiamsi statutum nullum esset. Nam statuti eam mentem fuisse certum est, vt iis demum masculis prodesset, quibus filiæ concursus partem facere poterat; aut si illi non essent, etiam cæteris masculis, qui alioquin nonnisi post filiam venire potuissent, puta ipsi quoque nepoti ex ea filia, vt suprà diximus. At non vt noceret prioris gradus masculis, dãdo iis coheredẽ hunc nepotem, qui si nullum statutũ esset, admitti cum patruis nullo modo posset; ne quod in fauorem masculorum cum filia successurorum inductum fuit, maligna interpretatione in eorundem perniciem retorqueatur, contrà *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. D. eod. cum simil.*

ERROR VI.

De nepote ex filia exclusa per renuntiationem fauore masculorum.

ALIVS hic tractatus est à superiore, ex eóque intelligemus apertiùs quàm verum sit quod in præcedentibus disputauimus, multum referre an filia exclusa sit à successione intestati per statutum, an per renuntiationem. Solet quæri à nostris, An renuntiatio filiæ noceat nepoti. Et alij alia sentiunt. Sunt qui distinguant post Bartolum, *ad l. qui superstitis. 94. num. 2. D. de acquir. hered.* an hic nepos ex filia veniat ad successionem cum aliis nepotibus aui, an verò cum patruis, seu auunculis, vt priore casu non noceat ei renuntiatio matris, siue mater pacta sit, & iurauerit de se tantùm, quia nepos hic veniret iure suo & proprio, siue de filiis quoque suis expressim pacta sit ne succederent, quoniam tale pactum non valet, nisi in quibus locis receptum est de consuetudine, vt in cap. 1. *De matrim. ad morganat. contract. collat. 10. & cap. filius si de feud. fuer. controuers. in vsib. feudor.* Nec iuramentum filiæ ligat nepotem, quanquam heredem, cùm sit personale ex parte iurantis, quamuis reale sit ex parte illius cui iuratur, *cap. veritatis. Extr. de iureiur.* Posteriore verò casu noceat nepoti renuntiatio filiæ, quia, inquit Bartolus, nō potest hic nepos succedere cum patruis & auunculis, nisi succedat in locum matris suæ. Atqui mater fuit exclusa per pactum suum: ergo & filius. Sed tamen video Bartolum ipsum eodem loco ab hac sententia recedere, cùm statim subiicit, nepotem hunc non habere à matre, sed à legis dispositione vt succedat in locum matris suæ quantum ad aui successionem. Ergo, inquit, mater suo facto ius illud ei auferre non potuit, *arg. l. si adrogator 22. § sed an impuberi. D. de adopt. l. 3. D. de interd. & relegat.* Itaque videtur Bartolus in ea fuisse sententia vt nullo casu filiæ renuntiationem nepoti obesse crediderit, siue cum aliis aui nepotibus, siue cum patruis, & auunculis succedere velit. Qua etiam in sententia Baldus est ad *l. pactum dotali 3. C. de collat.* ratione illa quòd cùm huiusmodi renuntiationes non valeant, nisi ob authoritatem iurisiurandi, ne quidem ad excludendam eam ipsam personam, quæ renuntiauit, cap. *quamuis pactum. de pact. in 6.* certum est eo iureiurando non alium posse obligari quàm qui iurauit; cùm, vt dixi, personale sit ex parte iurantis, *d. cap. veritatis. vbi Innocentius Extr. de iureiur.* nimirum præsupponit Baldus, quod & Bartolus disertè tradit ad d. l. *qui superstitis. num. 4.* in huiusmodi iuratis renuntiationibus eam esse vim iurisiurandi, non vt pactum ipsum confirmet, quòd per se nullum est, sed tantùm vt inducat exceptionem periurij, & vt eo solo metu periurij incurrendi seruandum sit, cùm seruari possit citra dispendium salutis æternæ, *cap. cùm contingat. eod. tit. de iureiur.* Sed tamen hæc sententia falsa est. Iam enim obtinuit, non tantùm frequentiore interpretum calculo, sed etiam plerisque supremarum curiarum senatusconsultis, vt renūtiationes istæ propter iusiurandū valere existimentur, ita vt non solam iurantis personam, sed ipsius etiam heredes obligent: adeò vt apud Gallos non aliud obtineat, etiamsi nullum iusiurandum interuenerit, si modò facta sit renuntiatio in tabulis dotalibus cùm filia nuptui tradebatur, & accepta dote. Nullam enim habent illi rationem iurisiurandi ad validandos contractus alioquin prohibitos; ratione illa certè non mala, quòd parum cauti

homines

homines,& contra leges contracturi æquè faciles sint ad iurandum, atque ad contrahendum: nec ob id prudentior quisquam esse credendus sit quòd ad iurandũ sit facilior. Sed quod Canonistæ hac parte tribuunt religioni iurisiurandi, id Galli tribuunt fauori matrimoniorum, quibus nihil habent fauorabilius: indéque est quòd vix vlla est tam iniusta, id est, iuris nostri ratione aliena pactio, quam non tueantur, si facta sit in contractu matrimonij, siue de succedendo facta proponatur, siue de non succedendo, siue æqualitatem inductura sit inter liberos, siue inæqualitatem; denique etiamsi facultatem testandi in totum tollat, quia nec ferè testamentis vtuntur, in iis nimirum prouinciis quæ non iure scripto Romanorum, sed moribus reguntur. Itaque pro heredibus testamentariis aut legitimis habent heredes, quos vocant contractuales, factos scilicet per contractum matrimonij, per quem & heredes adnascuntur, non tantùm iis qui in matrimoniũ coeunt, sed etiam ipsorum agnatis, cognatísque, ita vt dici possit quoties matrimonium inter Caium & Semproniam contrahitur, non tam priuatum ipsorum negotium agi, quàm communem vtriusque familiæ causam, imò & ipsius reipublicæ ad quam vel maximè pertinet, vt magis ac magis inuitentur homines ad nuptias, quod plerunque fit allectis huiusmodi pactorum vtilitate iis qui aliter non essent contracturi. In eo siquidem totus fauor matrimonij versatur, vt matrimonium spectemus non iam contractum, sed contrahendum. Vbi enim contractum est, nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur, nec si quis in eam rem velit matrimonij fauorem obtendere, quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qui iam contraxerunt. Quare nec si ponas millies interuenisse iusiurandum in contractu facto post initum matrimonium, valebit tamẽ pactio apud Gallos, siue facta sit de succedendo, siue de non succedendo, quia extra dotales tabulas habent pro vero & inuiolabili quod scriptum est in *l. hereditas 5. C. de pact. conuent.* hereditatem pacto dari non posse: & quod à Papiniano *in l. vlt. D. de suis & legit.* priuatorum pactiones legum autoritate non censeri: denique quod ab Imper. *in l. pactum quod dotali 15. & in l. vlt. C. de pact.* non valere pacta, per quæ libera testandi facultas vel auferatur, vel constringatur, aut per quæ votum captandæ mortis alienæ inducatur. At extra Galliam filia quæ paternæ aut maternæ successioni cum iureiurando renuntiat, licèt non in ipso cõtractu matrimonij, sed siue ante, siue postea, vtiliter renũtiasse intelligitur propter authoritatem iurisiurandi, etiamsi dotem eo tempore nullam accipiat, dummodò aliud quid sit, ex quo possit apparere non sine causa factam fuisse renuntiationem. Alioqui esset in dolo is qui lucrum captare vellet ex renuntiatione quam sine causa extorsisset, *l. 2. §. circa. D. de doli mali except.* nec proinde æquum esset ei prodesse iusiurandum, quippe quod iniquitatis vinculum esse non debet. Vnde est quod toties nostri tractant de filio qui per pactum exclusus est à successione paterna, nulla etiam matrimonij facta mentione. De quo & Bartolus *ad l. 1. §. qui habebat. num. 6. D. de bonor. possess. contra. tabul.* Cùm igitur placeat huiusmodi renuntiationes valere vbiq; gentium si iuratæ sint propter authoritatẽ iurisiurandi & Pontificiæ cõstitutionis, apud Gallos verò etiãsi non fuerint iuratæ, si modò adhibitæ sint in contractu matrimonij, apparet non esse bonam rationẽ illã qua Bart. & Bald. vtuntur, vt negent filiæ renuntiationẽ nocere nepoti etiã heredi, quòd iusiurãdũ sit personale. Quoties enim iusiurãdũ in cõtractu alioquin illicito adhibitũ eã vim habet vt validet contractũ, necesse est potestatẽ iurisiurãdi transire in heredem

tam ex parte eius qui iurauit, quàm ex parte illius cui iuratum est, quia & contractus ipse ex vtráque parte in heredem transit, *tot. tit. C. de hered. action. l. viam veritatis* 10. *C. de locat.* An ergo dicemus renuntiationem iuratam filiæ nocere nepoti? An verò distinguemus vtrum nepos hic succedat cum aliis nepotibus suis, an verò cum patruis & auunculis? Atqui ratio illa repugnat quam tradidit Bartolus, quòd nepos non à matre sua, sed à lege habet vt succedat in locum matris, habeátque ius repræsentationis, quoties cum patruis & auunculis concurrit. Non est igitur permittendum vt ei facto matris ius illud auferatur, quod aliunde habet quàm à matre. Et sanè ita est. Non tam personam quàm gradum matris repræsentat, sicut & qui in prædefuncti locum succedendo quasi agnatione fit suus heres. De quo in *l. Gallus.* 29. *§. nunc de lege. D. de liber. & post. leg. posthumorum* 14. *D. de iniust. rupt.* Quid enim posset nepoti prodesse vt repræsentaret personam illius, qui filiusfamilias decessisset, ac proinde qui nullum in patris successione ius vnquam habuisset? Nec enim viuentis quisquam suus heres esse potest, non magis quàm extraneus cùm viuentis nulla sit hereditas, nisi hoc sensu quòd suum heredem dicimus eum qui esset hodie, si hodie pater moreretur: quemadmodum posthumum suum appellamus, non qui iam suus sit quandiu adhuc est in vtero, cùm non possit dici in patris esse potestate antequàm sit editus, *l. vlt. D. de collat. bonor.* quod tamen ad sui heredis constituendi essentiam requiritur, *l. scripto.* 7. *D. vnd. liber. l. si filiusfamilias.* 33. *D. de testam. milit.* sed eum, qui si hodie nasceretur inter suos futurus esset. *§. posthumo. Instit. de lega. l. vlt. D. de vent. in poss. mitt.* At vt vnius factum alteri noceat, necesse est vt non tantùm gradus, sed etiam persona repræsentetur. Sic enim habet iuris regula, Ex qua persona lucrum quis sentit, eius factum præstare debere, *l. ex qua persona* 149. *De regul. iur.* non autem, ex cuius gradu. Nam & longè aliud est, In ius alterius succedere, Aliud verò in alterius gradum & locum. Qui in alterius ius succedit, eodem prorsus iure vti cogitur, at non etiam qui in alterius gradum & locum duntaxat. Hic enim tantum iuris habet, nõ quantum habuit is qui ab eo gradu exclusus fuit per mortem aut renuntiationem, sed quantum haberet hodie si viueret, aut non renuntiasset, denique si exclusus non esset. Distinguunt alii, An filia quæ renuntiauit, perceperit dotem aut quid aliud quod sit vice portionis hereditariæ, an nihil, vt posteriore casu non noceat nepoti quamuis heredi matris renuntiatio. Priore verò casu noceat etiam non heredi, quasi filia quæ renuntiauit successisse ipsa videatur. Quam sententiam videtur probasse *Castrens. ad d. l. qui superstitis*, sed parum subtiliter. Quemadmodum enim viuentis nulla successio est, ita nec retrofingi potest aliqua fuisse. Nec video quid absurdius dici possit quàm vt filia quæ renuntiauit, & se à successione per renuntiationem exclusit aliquo accepto in vicem & locum portionis hereditariæ, hoc ipso credenda sit successisse, quę nec si noluisset, succedere tamen potuisset. Illud tantùm verum est, id quod ipsa percepit dotis, aut alio titulo in legitimam imputari aut conferri debere. Sed aliud est Imputare aut conferre debere, aliud verò succedere, aut successisse. Illa itaque distinctio videtur probabilior quæ à nonnullis affertur, An nepos hic sit heres matris suę, necne, vt si non sit heres, non noceat ei matris renuntiatio, si sit, noceat, tanquam ei qui hoc casu non tantùm gradum & locum, sed etiam personam matris repræsentet. Noceat, inquam, non si nepos cum aliis nepotibus in eodem gradu constitutus succedere velit, multo minus si cum pronepotibus, qui in gradu remotiores sunt, quandoquidem his omnibus casibus succedit proprio iure,

& ex

& ex propria persona, sed si velit succedere cum patruis & auunculis, quòd hoc casu necessariò tractandum sit de matre cuius gradus repræsentandus est. De matris autem gradu tractari hoc casu non potest, quin appareat non modò gradum ipsius, sed etiam personam repræsentari ab hoc nepote, cùm idem & filius & heres renuntiantis inueniatur, ac proinde talis cui renuntiationem matris omnimodo nocere necesse est. Etsi autem non minùs verum est, & filium eum esse & heredem matris eo casu, quo vult ille ex propria persona succedere cum aliis nepotibus eiusdem aui, quia tamen nulla occurrit necessitas tractandi de matre, ne quidem ad gradum eius repræsentandum, quandoquidem repræsentatio cùm sit fictio, nunquam nisi ex necessitate inducitur, hic autem nepos proprium ius habet succedendi cum aliis nepotibus, nulla penitus habita matris ratione, non potest eius conditio fieri ob id deterior, quòd & heres & filius sit eius personæ quæ renuntiauit, quia neque tanquam filius succedit, neque tanquam heres matris, sed tanquam nepos: alioqui cæteros nepotes in totum excluderet, qui non succedunt nisi tanquam nepotes. Verùm si propiùs inspicias, neque hæc distinctio vera est. Quid enim si filia quæ renuntiauit, decesserit viuo patre? Certum est euanescere renuntiationem, quippe quæ tacitam habeat conditionem, si hereditas cui renuntiatum est, quandoq; ab intestato deferetur: vt nostri omnes cõsentiunt post Bald. *ad l. vlt. C. de pact. & Castr. ad l. qui superstitis 94. D. de acquir. hered.* Quę conditio apertè defecit vbi præmortua est filia quæ renuntiauit. Nec enim viuentis patris vlla vnquam fuit hereditas, quæ huic filiæ deferri potuerit. Et rursus mortuo patre cùm aliqua eius hereditas esse cœpit, non potuit illa deferri filiæ iam tũ defunctæ: quia mortuo neque deferri, neque acquiri quicquam potest, *leg. 4. D. de his qua non script. habent.* Fieri ergo non potest vt nepoti eo tempore succedere volenti, siue cum aliis nepotibus succedat, siue cum patruis aut auunculis, noceat renuntiatio quæ iam euanuit, nec vlla vnquam fuisse intelligitur. Illud enim conditionalibus omnibus stipulationibus commune est, vt deficiente conditione euanescant, & pro eo habeantur acsi interpositæ nunquam fuissent. Et verò fatentur, faterique coguntur omnes interpretes, ne quidem matri ipsi, quæ renuntiauit, nocere hoc casu renuntiationem, quia cùm præmortua sit, excluditur à patris successione per mortem, non per renuntiationem, cuius conditio defecit. Quanto minùs ergo nocebit nepoti ea renuntiatio, tametsi talis casus proponatur in quo necesse sit vt non modò gradum, sed etiam personam matris repræsentet. Quod si ponas filiam quæ renuntiauit, superuixisse, fatebor quidem extitisse hoc ipso conditionem renuntiationis, sed æquè negabo nocere hoc casu renuntiationem nepoti, quippe qui satis excluditur per solam matris superexistentiam, nec minus quàm cum renuntiatio aliqua interuenit, præsertim verò si, vt hodie fit, repræsentata fuerit filiæ portio hereditaria tempore renuntiationis, quo casu si Castrensi & aliis crederemus, videretur successisse & portionem hereditariam percepisse, vt supra diximus. Cùm enim renuntiatio per filiam facta non impediat delationem hereditatis, at neque acquisitionem, si tractemus de hereditate patris cui sit filia sua heres, nec alium effectum habeat nisi quem abstensio haberet, vt nimirum filia ista quæ renuntiauit, ipso quidem iure sit sua heres patri, sed tamen apud prætorem non habeatur pro herede, sicut in præcedentibus abundè disputauimus, sequitur non posse nepoti huic deferri à lege hereditatem quæ iam ipsi filiæ delata aliquando fuerit & acquisita, siue cum nepotibus aliis velit succedere, siue cum auunculis, & siue matris suæ

heres sit, siue non sit quia hereditas semel delata primo gradui, sequentibus gradibus postea deferri nunquam potest: multo minùs si vt in proposito fuerit etiam acquisita, quoniam in suis neque olim fuit, neque hodie est successio, *l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit.* Nempe quia is qui suus non fuit mortis tempore, nunquam postea suus inuenitur, cùm suus ille sit qui mortis tempore & in potestate fuit, & primum gradum tenuit in causa succedendi, *l. scripto 7. D. vnd. liber. l. si filiusfamilias 33. D. de testa. milit* In quo differētia elegans est inter suos & agnatos. Agnati enim licèt non possint esse proximi, nisi qui in proximo & primo gradu reperiūtur eo tempore quo legitima intestati successio defertur, possunt tamen agnati esse etiam qui non sunt proximi, Ob idque Iustinianus facere potuit, & fecit, vt in agnatis esset successio etiam iure ciuili, id est, vt prioris gradus agnatis exclusis per repudiationem aut per mortem quæ post delationem contigisset, sequentis gradus agnati admitterentur, non solùm tanquā cognati, quomodo eos prætor ex edicto successorio admittebat, sed etiam tanquam agnati, & ita vt iure ciuili heredes fieri possint, æquè acsi mortis tempore in primo agnationis gradu fuissent. Hæc enim & sententia & ratio est, *§. placebat. Instit. de legit. agnat. success.* At nunquam fecit Iustinianus, neque facere potuit vt in suis esset successio, quia implicat contradictionem, vt suus heres sit, qui idem proximus non est eo tempore, quo primùm intestati hereditas defertur, & vt æquè proximi sint, qui sunt graduum diuersorum. Præter id, quod neque de suo herede tractari quicquam potest in persona nepotis ex filia, qui cùm paternam non maternam familiam sequatur, nullo casu suus heres esse potest auo materno, sed tantùm vel patri suo, vel auo paterno. Tanto minùs igitur potest hic heres esse auo materno, qui suam heredem habuit filiam, quamuis se abstinentem, & abstinere cogendam propter renuntiationem. Multo etiam minus dici potest, ius competens filiæ quæ renuntiauit, transmitti ad nepotem. Nam cùm ab eo iure fuerit exclusa per renūtiationem, certum est ius repudiatum non posse transmitti, *l. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* Apparet igitur ex præcedentibus, nullo casu posse locum esse quæstioni de nepote ex filia, quæ renuntiauit, an ei noceat matris renuntiatio. Nam si mater quæ renuntiauit, ante patrem decesserit, euanescit renuntiatio, cuius tacita conditio defecit, nec proinde nepoti nocet: sin patri filia superuixit, nocet nepoti non tam matris renuntiatio, quàm quòd mater suo patri superuixerit, cùm etiamsi nunquam renuntiasset, ea tamen res faceret, vt ad hereditatem quæ matri delata fuisset, admitti hic nepos non posset.

ERROR VII.

De successorij edicti potestate in persona nepotis ex filia quæ renuntiauit, siue cum aliis nepotibus concurrat, siue cum auunculis, siue cum agnatis: & quid in nepote ex filio? quid in bonis auiæ?

NEc rursum dici potest illud, quod Bald. Castrens. & alij supradictis locis tradiderunt, admittendum esse hunc nepotem ex edicti successorij potestate. Nam vel ponimus adesse fratres aliquos filiæ, quæ renuntiauit, vel nullos. Si qui sint, certum est eos præferri, & cùm habeant ius adcrescendi, non quidem in hereditate, quæ iam est acquisita filiæ iure ciuili, sed in bonis quæ propter renuntiationem habentur pro non acquisitis iure prætorio, portionem

filiæ

filiæ renuntiantis & se abstinentis ad eos pertinere, *l. ex contractu. 44. D. de re iud.* quod nec Baldus ipse, Castrens. & alij diffitentur. Si verò nulli sint, sed alij tamen adsint vlteriores, aut liberi, aut agnati; Æquè defendo nepotem hunc edicti successorij beneficium habere non posse: quia prętor, ex cuius iurisdictione illud beneficium est, nunquam admittit cognatos aut alium quenquam ex capite Vnde cognati, quamdiu ex prioribus gradibus aut hereditas acquiri iure ciuili, aut bonorum possessio peti potest. In proposito autem possunt alij liberi vlterioris gradus, id est nepotes, admitti ad hereditatem aui materni, tanquam nepotes & descendentes, quorum prima causa est in succedendo: *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. cap. 1.* Possunt etiam admitti post descendentes agnati, cognati autem non nisi post agnatos. Cùm ergo nepos hic, de quo tractamus, non possit admitti ad successionem aui materni, neque tanquam vnus ex descendentibus, quia anteuertit eum mater, cui non obstante renuntiatione & acquiritur hereditas, neque tanquam agnatus, cùm non coniungatur auo materno per masculum; consequens est vt non possit admitti, nisi tanquam cognatus: ac proinde vt ei nepotes cæteri & agnati omnes quantumcunque remoti præferantur. Ac de ceteris quidem nepotibus dubitatio nulla esse potest, cùm sint ex descendentibus, succedántque non ex propria persona, sed iure repræsentationis, tanquam qui succedant simul cum matertera quę renuntiauit. Nec enim fieri potest vt successio deferatur filiæ quæ renuntiauit, tanquã suæ heredi, & in primo descendentium gradu constitutę, quin nepotibus quoque qui in vlteriore gradu sunt, deferatur iure repræsentationis, quod inter descendentes locum habet in infinitum, *§. cùm filius. Instit. de hered. quæ ab intest. def.* Et quamuis in effectu soli nepotes succedant, quoniam filia quæ renuntiauit habetur pro abstenta, ne tamen possint ex propria persona succedere, & sine iure repræsentationis, illud facit, quod per renuntiationem, vt sæpius diximus, neq; delatio, neq; acquisitio hereditatis in persona filiæ impeditur: nunquã autẽ ad succesſionẽ intestati admittũtur ex propria persona plures diuersorum graduum simul, quin ius repræsentationis in iis qui remotiore gradu sunt, inducatur. Siquidem necesse est, vt qui simul succedunt, sint ęquè proximi, si non semper gradu, saltem repræsentatione. Ex eo autem quod dicimus nepotes istos admitti iure repræsentationis, fit necessariò vt nepotem hunc, de quo agimus, ex filia quæ renuntiauit, prorsus excludant non tantùm à successione legitima, sed etiam ab edicti successorij potestate. Idque non per ius adscrescendi, vt Bald. & Castrens. malè sentiunt (nec enim ius adcrescendi in portionibus agnitis, & acquisitis locum habere potest, *l. vn. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. interdum. 10. D. de vsufr. adcresc.*) sed tanquam proximiores in gradu. Nec proinde indigent iure adcrescendi ad excludendum nepotem hunc ex filia, quę renuntiauit; non magis quàm ad filiam ipsam quæ renuntiauit, excludendam, quæ satis exclusa est per propriam renuntiationem, non quidem ne possit succedere, sed vt cogatur se abstinere. Quod autem subeunt vniuersa onera hereditaria, ideo fit quia videntur ea conditione se immiscere post coheredis abstensionem, *l. si duo. 38. D. de acq. hered.* non quòd possint dici heredes ex asse. Nepotem verò ex hac filia excludunt tanquam proximiores, à successorio edicto. Nam quæ ratio facit, vt quamuis in secundo tantùm gradu succedentium constituti sint, nihilominus succedant ipso iure cum filia quæ est in primo gradu, nempe quia per ius repræsentationis assequuntur vt in primo gradu positi videantur, eadem facit vt omnes alios excludant, qui cùm re vera in secundo

gradu constituti sint, nullum ius repræsentationis habent per quod primi gradus fictionem & priuilegium habere possint. Neque verò existimandum est aliam esse hac parte potestatem edicti successorij, aliam legis duodecim tabularum. Nam nec prætor suo illo edicto successorio vnquam simul vocat inferiorum graduum agnatos aut cognatos cum anterioribus. At difficilius illud videtur quod dicimus, huic nepoti ex filia quæ renuntiauit cæteros quoque agnatos, si qui sint, anteponi. Dubitationem enim facit Iustiniani constitutio Nouel. 18. *de hered. ab intest. venient.* quæ non solùm meliorem & potiorem esse vult causam descendentium, cuiuscunque gradus sint, quàm agnatorum, sed etiam tollit priscas omnes illas differentias agnationis & cognationis, adeóque suitatis & emancipationis, sola graduum obseruatione inducta, vt qui in pari gradu sunt, pariter succedant, siue sui sint, siue emancipati, siue agnati, siue cognati. Quamuis ergo hic nepos ex filia quę renuntiauit non agnatus sit, sed cognatus, cùm tamen sit ex descendentibus & in secundo gradu, præferendus videtur agnatis omnibus, maximè verò si vltra secundum gradum constituti sint. Augetur dubitatio ex eo quod idem Iustinianus alia constitutione quam ipse refert in *d.§.placebat. Instit. de legit. agnat succeff.* edicti successorij potestatem, quam prætor in bonorum possessionibus tantùm induxerat, in hereditatibus quoque confirmauit, adeóque ampliauit, constituendo vt prioris gradus agnatis repudiantibus, possint sequentium graduum agnati succedere non tantùm iure prętorio velut cognati vt antea, sed etiam iure ciuili, & tanquam agnati. Quidni ergo poterit hic nepos ex filia quæ renuntiauit habere beneficium edicti successorij, vt cęteris agnatis cognatísque tanquam proximior pręferatur? Et tamen non ita est. Nocet enim ei mater quæ superuixit, & cui lex detulit hereditatem non obstante renuntiatione, quæque pro sua parte hereditaria ipso iure heres fuit. Nec ad hunc casum vlla ex supradictis Iustiniani constitutionibus pertinet. Tunc enim dici potest liberos etiam remotiorum graduum præferendos esse agnatis quibuscunque, cùm nulli adhuc ex descendentibus ea hereditas acquisita est. At vbi semel fuit acquisita, licèt sic acquisita sit vt propter subsecutam abstensionem habeatur pro non acquisita, cessat potestas constitutionis, & necessariò recurrendum est ad auxilium edicti successorij, quod ex prætoris iurisdictione est, quia solus prætor ille est, non etiam ciuilis legislator, qui suum heredē se abstinentem nō habet pro herede, *l.filius 12. D. de interrog. act. iunct. l.cùm quasi, 30. §.sed etsi suus. D.de fideic.libert.* Porrò prętor ex edicto illo successorio nunquã vocat cognatos nisi post legitimos. Et quod idē Iustinianus induxit, vt in agnatis hodie sit successio, nō tantũ prętoria, & ex alio edicti capite, vt olim, sed etiã ciuilis, & ex eodē capite successionis, ad eum similiter casum pertinet, quo hereditas prioribus agnatis delata solùm, nō autē acquisita sit. Nã & in bonorũ possessionibus ita seruat prætor, vt si prioris gradus quispiam cognatus bonorum possessionem acceperit, licèt eam postea beneficio in integrũ restitutionis omiserit, non ideo tamen sequentium graduum cognatos admitti velit, sed potiùs vacantia fieri bona, & ad fiscum deuolui patiatur, *leg. vlt. D. de success. edict.* Quemadmodum igitur acquisitio bonorum possessionis excludit potestatem edicti successorij iure prætorio, ita & hereditatis acquisitio ciuilis excludit potestatem successoriæ constitutionis Iustinianeæ, vt sit eadem ratio vtriusque. Non dico acquisitionem hereditatis factam ipso iure, si postea sequatur abstensio, excludere beneficium edicti successorij (non enim excludit, vt constat ex *l. defunctis C. de legit. hered.* Nempe quia prętor, vt dixi, non habet

pro

pro herede illum qui se abstinet)sed dico,Eam acquisitionem,quæ ipso iure facta sit,excludere beneficium omne iuris ciuilis, quoniam iure ciuili heres verè est etiam qui se abstinuit,nec potest ius ciuile duos in solidum heredes facere, totáq; iuris ciuilis in faciendo herede potestas consumitur statim atq; nūc heres factus est,quicquid postea de ipso contingat,sicut acquisita semel bonorum possessione tota edicti prætoris de bonorum possessionibus potestas consumitur,nec minùs quantum ad caput successorij edicti,quàm quod ad cætera.Relinquitur ergo vt hic nepos ex filia quæ renuntiauit,omni prorsus auxilio & adiutorio tam ciuilis quam prætorij iuris destituatur,vt & ille,de quo Iustinianus in *leg. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* in qua specie nec aliud quicquam erat quod tam noceret nepoti quàm quod pater eius idémque filius testatori, quāuis exheredatus superuixerat,atque ita fecerat ne vlla nepotis haberi ratio posset ad succedendum auo,siue contra testamentum vellet succedere,siue ab intestato,siue tanquam nepos,siue tanquam agnatus cognatúsve,vt & in *l. scripto 7. D. vnd. liber.* Et sicuti necessaria fuit illa Iustiniani constitutio vt nepoti ex filio exheredato superstite subueniretur,cui neque lex Velleia,neque aliud vllum antiquæ iurisprudentiæ remedium subueniebat, ita & in proposito casu si quis velit fauere nepoti ex filia quæ renuntiauit, vt aliis saltem nepotibus deficientibus,præferatur agnatis,hunc necesse est implorare aliquam nouam Imperatoris constitutionem,quę nominatim ius hoc inducat,quia cessantibus cæteris omnibus Iustiniani constitutionibus,solùm prætoris edictum successorium est quod huic nepoti fauere possit. Quod ipsum tamen ideo ei fauere non potest, quia cùm sit ille cognatus tantùm,non agnatus, prætor agnatos etiam remotiores cognatis omnibus quamuis proximiore gradu constitutis,anteponit.*l. patruo. 7. l. in successione. 9. C. de legit. hered.* Idem namque eueniret etiamsi filia hęc quam ponimus renuntiasse , exclusa esset à successione,non per renuntiationē factam viuo patre,sed per abstensionem, adeóque repudiationem, non dicam hereditatis, quam repudiare sui heredes nō possunt,sed bonorum possessionis, vt loquitur *Vlp. in l. 2. in princip. D. vnd. legit.* Sui enim heredes ita demum obstant agnatis etiam post bonorum possessionem repudiatam,ne possint agnati bonorum possessionem accipere Vnde agnati,si repudiauerint bonorum possessionem non simpliciter,sed specialiter illam quę defertur ex capite Vnde liberi *d. l. 2. l. 1. §. qui semel. D. de success. edict.* At nepotibus semper obstant, ne possint vnquā venire aut Vnde liberi,aut Vnde agnati,sed tātùm post agnatos, Vnde cognati,vt scribemus latiùs Decade sequente.Nūquam enim prętor ex eodem edicti capite bonorum possessionem diuersis gradibus,diuersisque temporibus defert,quoniam vniuscuiusque capitis potestas consumitur vnica,eáque prima delatione,*d. §. placabat, l. 1. §. sed videndum. D. de success. edict.* Atqui bonorum possessio Vnde liberi ex edicto defertur filię quę renuntiauit,eámque potest agnoscere filia,quamuis non cum re & effectu,propter renuntiationem. Estque hic singularis casus,& prætoribus antiquis incognitus,in quo bonorum possessio ab intestato agnita potest esse sine re:quod olim speciale ac proprium ius erat bonorum possessionis secundùm tabulas,vt *Vlpian. in fragment. scribit tit. De bonor. poss.* Cùm ergo in casu nostro filia obstet nepoti , ne possit ei deferri bonorum possessio Vnde liberi;nec rursus possit sequens locum habere,quę defertur Vnde legitimi,necessariò fit,vt non possit hic nepos succedere nisi ex capite Vnde cognati: cùm non sit legitimus,& consequenter nonnisi post legitimos inspecto prætoris edicto. Sed si poneres agi de successione auiæ,cui filia

quæ renuntiauit, sua heres esse non potuisset (nec enim fœminæ habent suos heredes, *l. nulla. 13. D. de suis & legit. l. 4. §. ad testamenta. D. de bonor. poss. contr. tab.*) aliud dicendum esset: sola enim filiæ superexistentia non noceret nepoti, quominus posset auiæ siue paternæ siue maternæ succedere, siue exclusa filia esset à successione intestati per renūtiationem iuratam, siue per repudiationē, & quidem tanquam nepos: quia sola hereditatis delatio primo liberorum gradui facta, nunquam sequentes excludit quominus admitti possint etiam ex eodem capite, *l. 5. §. vlt. D. vnd. lib.* Nec enim pragmaticis assentior, qui putant filiam quæ renuntiauit (excipio semper illum casum quo sit sua heres) pro ea haberi quæ successerit, sibique acquisitam successionem in eos transtulerit, quorum fauore renuntiauerit quasi celeritate coniungendarum actionum vna occultetur: vt in *l. 3. §. pen. D. de donat. int. vir. & vxor.* Imò verò habenda filia est pro abstinente, non pro cedente, si sit sua heres: si verò extranea, pro repudianti, non pro succedente, non magis quàm pro mortua, quia renuntiatio, quæ in sua herede nec delationem nec adquisitionem impedire potest, sed tantummodò effectum acquisitionis, eà impedit acquisitionem in extraneà: licèt non impediat delationem, & ita facit vt nihil sit, quod filia, quæ renūtiauit, alteri cedere vel cessisse videri possit. Planè si cum hoc nepote non alij nepotes concurrerent, quàm qui suscepti essent ex filiabus, quæ similiter renuntiassent, nullis agnatis existentibus, non dubitarem quin possent auo materno succedere ex edicti successorij, & pretorij potestate, quàm nihil eo casu impediret. Absurdum enim esset iis præferri fiscum, siquidem etsi agnati non sunt, tamen sunt saltem cognati, & consequenter ex cognatorum ordine admittendi. Quemadmodum si poneremus susceptos eos fuisse ex filio qui renuntiasset, similiter admitti deberent nullis agnatis extantibus, non tanquam agnati, *d. l. scripto*, sed tanquam cognati. Est enim cognationis nomen generale, ad eos omnes pertinens qui aliquo sanguinis vinculo coniunguntur, siue per masculum, siue per fœminam, *l. penult. D. vnd. legit. l. 1. §. si sit consanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Dixi nullis agnatis extantibus, quia si qui agnati essent, eos præferri oporteret nepotibus in successione aui paterni, *d. l. scripto.* De quo tamen videnda sunt quæ latiùs scribemus in errorem 8. & sequentes Decadis proximæ.

ERROR VIII.

De nepote ex filia, an contineatur in conditione, Si sine liberis masculis ad excludendum substitutum.

POSTQVAM de nepote ex filia dicere cœpimus, An pro excluso haberi debeat quoties filia ipsa eademque mater exclusa fuit per statutum, aut per renūtiationem; Hanc quoque quæstione subnectere visum est, quæ in foro frequentissima, magnas apud nostros patitur difficultates, si quis heredi instituto substituerit per fideicommissum sub ea conditione, *si heres sine liberis masculis decesserit.* An nepos ex filia in cōditione positus censeatur ad exclusionem substituti perinde acsi ex filio nepos esset. In qua specie dubitationem illud facit, quòd quamuis verba conditionis huic nepoti videantur conuenire, si quidem verum est esse illum ex liberis, *l. 1. C. de condic. insert. l. liberorum 220. De verb. signific.*

signific. & masculum, ac proinde ex liberis masculis, voluntas tamen testatoris repugnare videtur, quæ potissimùm in conditionibus interpretandis spectanda est, *l. in conditionibus 19. D. de condit. & demonstrat.* Testator enim cùm masculos in conditione posuit, apertè fœminas exclusit, siue persona substituti sit ex liberis, siue extranea. Quid enim attinebat loqui de masculis, si eandem masculorum & fœminarum rationem esse testator volebat: vt bene nostri ratiocinátur post Bart. & Socin. ad *l. cùm auus 102. D. eod. tit.* Nam quod in quæstione dictæ *l. cùm auus*, placuit Iustiniano, *in l. cùm acutissimi. 30. C. de fideic.* filias quoque perinde ac masculos facere vt euanescat fideicommissum, etiam quod pure relictum fuit, quòd nemo credendus sit alienam sobolem propriç anteponere voluisse, tunc verè dicitur cùm nulla conditio expressa est, sed illa tantùm subintelligitur, cuius supplendæ primus autor Papinianus fuit. Non enim talis conditio suppletur, *si sine masculis*, sed illa simplicior & vniuersalior, *si sine liberis*, quç etiam fœminas cõprehendit: quia nec quicquam causæ est cur in dubio restringatur ad masculos voluntas testatoris, qui de masculis nihil dixit. At cùm expressa conditio est, *si sine liberis masculis*, sicuti cessat ratio tacitæ vllius conditionis subintelligendç, quoniam expressa facit cessare tacitam; ita nec voluntatis quçstionem vllam admittimus cùm nulla sit ambiguitas in verbis, ex *l. ille aut ille. 25. §. 1. l. non aliter. 69. De legat. 3.* Porrò non videtur fieri posse vt per huiusmodi conditionem fœminç excludantur, ne possint dici positæ in cõditione ad substitutum excludendum, quin masculi quoque nati ex fœminis æquè exclusi credendi sint, non solùm quòd magis dilecti videri nequeant qui in gradu remotiores sunt (solet enim adfectionis ordo ex graduum & proximitatis ordine æstimari, *l. omnia. 32. aliàs l. cùm ita. §. in fideicommisso. leg. peto 69. §. fratre. de legat. 2. l. heredes mei. 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.*) sed etiam quòd absurdum videatur melioris esse conditionis nepotes ex filia, quàm filiam ipsam, *arg. l. si viua matre 3. C. de bon. matern.* præsertim cùm officium aui erga nepotẽ ex filia, ex officio & pietate patris erga filiam pendeat, *l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Et sanè cùm masculorũ conditio non aliam ob causam soleat esse melior conditione fœminarum, quàm quòd per masculos tantùm, non etiam per fœminas familiarum dignitas conseruari possit, quia fœmina qualibet familiæ suæ & caput & finis est, *l. pronuntiatio. 195. §. vlt. de verb. signific.* Nemo non videt eandem subesse rationem excludendorum nepotum ex fœminis, quç subest fœminarum excludendarum, quandoquidem non magis per nepotes ex fœminis quàm per fœminas ipsas conseruari familiæ possunt, cùm patris sui, non aui materni familiam sequantur, *l. penult. D. de agnosc. liber.* Atque hæc sunt quç contra hunc ex filia nepotem videntur non improbabiliter disputari posse. Solent tamen nostri distinguere, An testator sanguinis rationem habuerit, an agnationis, vt priore casu appellatione masculorum veniant etiam masculi ex fœminis, posteriore verò non item. Sic enim Guid. Pap. à pragmaticis nostris cõmuniter adprobatus quæst. 612. cuius distinctionis non obscura æquitas, & ratio esse videtur. Quis enim non fateatur in nepote ex filia continuationem esse sanguinis perinde atque in nepote ex filio, *d. l. 1. C. de condic. insert. l. iubemus 6. §. penult. C. ad SC. Trebell. d. l. cùm acutissimi 30. C. de fideic.* Aut quid attinet nepotem ex filia ideo excludere, quòd per eum conseruari & propagari agnatio nõ possit, cùm testator maiorem sanguinis rationem habuit, quàm agnationis? Si tamen obscura sit voluntas testatoris, vt non satis appareat vtrum maluerit, placet nostris credendum esse testatorem agnationis cõseruationi magis quàm

sanguini fauere voluisse, hoc ipso quod dispositionẽ suam ad masculos restrinxit, quorum præcipuus in familiis conseruandis vsus est. Idem Guid. Pap. *quæst. 135. post Salicet. ad d. l. 1. C. de condic. insert.* Aliud itaque erit si in eo testamento filiæ quoque aut neptes institutæ vel substitutæ proponãtur, quòd ex eiusmodi institutionibus & substitutionibus apertissimè colligatur testatorem nihil minùs quàm de agnatione conseruanda cogitasse, quippe quã certum est per fœminas conseruari non posse: nã & vna pars testamenti per aliã declarari & solet & debet, *l. qui filiabus. 17. De leg. 1. l. quæsitũ 12. §. ante pe. D. de instruct. & instrum. legat.* E contrario finge testatorem prohibuisse expressim ne bona sua extra familiã alienarentur, addita etiam prohibitionis ratione quòd ea velit in familia & agnatione sua conseruari. Capietur ex eo coniectura, quòd nepotem ex filia exclusum esse voluerit, qui si admitteretur, hoc ipso bona extra familiam alienarentur. Atque ita vulgò nostri & interpretes, & pragmatici ratiocinantur. Mihi tamen, vt dicam quod sentio, durum videtur, & durius sanè, quàm vt id facilè possim admittere, excludi hunc nepotem ex filia ab interpretatione conditionis, ne videatur positus in conditione ad excludendum substitutum, cùm ei omnino conueniant verba conditionis, si sine ex liberis masculis. Nam si testator simpliciter conditionem ita concepisset, *si sine liberis*, nemo dubitaret quin nepos ex filia huiusmodi conditionis verbis contineretur omnimodo, id est, non adhibita illa distinctione, An testator de familia & agnatione conseruanda cogitasset, necne, quoniam verba conditionis essent aperta, in eámque rem textus sunt accommodatissimi, & quos effugere nemo possit in *d. l. 1. C. de condic. insert. d. l. cùm acutissimi. 30. C. de fideic. d. l. iubemus. §. penult. C. ad Treb.* Quid verò amplius inducere potest adiecta dictio, *masculis*, nisi vt liberos qui se in conditione positos velint dicere ad exclusionem substituti, non tantùm liberos, sed etiam masculos esse oporteat: Atqui nepos hic ex filia, de quo disputamus, & ex liberis est, & masculus. Cùm ergo ei conueniant verba conditionis, quidni obsecro in conditione positus esse intelligetur? Aut quid amplius est in nepote ex filio, vt videri debeat magis fuisse positus in conditione: An fortè magis est ex liberis: An magis masculus? At ex masculo est. Fateor, sed cur dictionem *masculis*, simpliciter prolatam, & sui natura aptam comprehendere masculos omnes, etiam ex fœminis progenitos, restringere volumus ad masculos ex masculis susceptos, acsi scriptum & additum esset, *masculis ex masculis*? An non hoc est non solùm diuinare & supplere, sed etiam vim apertam verbis facere: Cur non enim sic loqui testator potuisset si id voluisset? quomodo Iustinianus noster argumentatur *in l. vnic. §. vbi autem. versic. sin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend.* At inquies, absurdũ est plus iuris habere hunc nepotem ex filia, quàm filiam ipsam, quæ per dictionẽ *masculis* in cõditione appositam, exclusa fuit ab emolumento conditionis, in eoque minus iuris eũ habere æquũ est, quàm nepotẽ ex filio, cùm is qui ex filia est, sit ex persona exclusa, nõ etiã qui ex filio. Verùm respondeo, Imò verò non esse absurdum, vt plus iuris habeat nepos ex filia quàm filia ipsa licèt remotior sit in gradu, nec tam arcto sanguinis vinculo coniunctus: quandoquidem filia expressim fuit exclusa propter sexum cùm ei conuenire nullo modo possit qualitas masculinitatis adiecta in conditione: quæ tamen conuenit nepoti, in cuius proinde persona clarum est nõ eandem vrgere rationem exclusionis. Nam si replices, Eandem esse rationem exclusionis propterea quòd non magis per hunc nepotem ex filia, quàm per filiam ipsam conseruari possit agnatio: Respondebo testatorem qui in fideicom-

missi

missi conditione posuit liberos masculos, non tam ad iura sanguinis & familię respexisse, quàm masculino sexui fauere voluisse. Fauere, inquam, non in eo, vt masculos vocaret, quod per verba conditionalia fieri nec potuisset nec debuisset, sed vt eos substituto prȩferret, substitutum excludendo: quod multo faciliùs fieri potuit. Est enim longè faciliùs, vt per alium quis excludatur, quàm vt alius ille admittatur, *l. Lucius.* 85. *D. de hered. instit. l. filius familias* 114. *§. cum quis rogatus. de legat.* 1. *Auth. licet. C. de natur. liber.* Et quemadmodum si testator nullam conditionem adscripsisset, hic tamen nepos ex filia substitutum proculdubio excluderet, tametsi testator aliquem fortè ex agnatis substituisset, aut alia ratione voluntatem suā declarasset, quòd agnatos solos admitti vellet, quia coniectura illa pietatis qua mouetur Papinianus in *dicta l. cùm auus*, non potest tolli per fauorem agnationis conseruandæ quandiu ei coniecturę capiendæ locus aliquis relinquitur, ne impia fiat interpretatio per quam pietatis coniectura elidatur: ita & multo magis adscripta conditione illa *si sine liberis masculis*, potior haberi debet causa huius nepotis ex filia, quàm substituti, quisquis ille sit, cùm hoc casu veniat ille non ex tacito iudicio, sed ex voluntate expressa testatoris, nec minùs ei conueniant verba conditionis per testatorē adscriptę, quàm si ex filio natus esset. Ac ne quis putet nos sine ratione vel autoritate dicere hoc ipsum quod nunc adfirmamus, nepotem hunc non eo minùs prælatum iri substituto fideicommissario, tametsi testator agnatos solos ad bona sua inuitasset, audiat Papinianum in *l. cùm pater.* 77. *§. cùm inter. De legat.* 2. vbi tractans de legato prædiorum liberis relictorum, adiecta expressim prohibitione, Ne de familiæ nomine exiret: cùm quæreretur an ad portionē libertæ, quæ simul cum cæteris admissa fuerat, tanquam quæ non minùs de nomine ac familia patroni esset, quàm liberti masculi, eiusdem libertæ filius post matris mortem admittendus esset, an verò ad cæteros libertos ea portio redire deberet. Respōdet Papinianus pro libertæ filio contra libertos cæteros, An quòd non exeat de familia libertorum portio quæ remaneret penes filium libertæ? Exit sanè, quia, vt iam suprà diximus, filius ille patris sui, non matris familiam sequitur. An potiùs quòd ex prohibitione illa per testatorem facta, ne prædia de nomine familiæ exirent, fideicommissum induci non debeat, si contingat partem aliquam de nomine exire? At ne hoc quidem dici potest: Certum namque est eiusmodi verbis fideicommissum induci saltem in casum contrauentionis, vt pluribus à nobis disputatum est libr. 14. Coniectur. Nihil ergo est ex quo Papinianus moueri potuerit, nisi ex eo quòd in illa specie liberta sit ex earum personarū numero, quæ ad legatum fuerunt inuitatæ, cùm sit de nomine & familia libertorum. Portionem verò matri delatam auferri eius filio post matris mortem inhumanum certè esset, cùm non possit videri alienum à voluntate testatoris quod & naturæ & matris voto congruebat, vt mater filium siue ex testamento, siue ab intestato heredem haberet in portione quam sibi viuens ipsa quæsiuisset. In proposito igitur similiter dicendum est, Etiamsi testator agnationis non masculinitatis rationē haberi expressim voluisset, (quod tamen in dubio præsumendum esse nego, etiamsi testator masculos solos in conditione posuerit, cùm credebile sit maiorem ab eo habitam fuisse rationem sexus & sanguinis, quàm agnationis) non eo minùs tamen futurum vt filia cum masculis admitti deberet, vocatáque intelligi, ac tanto magis posita in conditione, quia nec minùs fœminæ quam masculi sunt de nomine & familia patris. Vnde est quod non minùs quàm masculi & agnatæ sunt, & agnatos habent, *l. 2. §. 1. D. vnd. leg.*

Quidni ergo & in filio ex ipsa suscepto, hac parte idem iuris erit vt retineat delatam matri portionē? Etsi enim diuersa in eo est cōditio nepotis ex filia, & filię quòd non sicut filia ipsa, ita & nepos ex filia est de numero agnatorū, ad ipsius tamen filiæ fauorem & ius pertinet, vt non deterior sit causa nepotis, quàm futura esset filiæ, si semper viueret, quia & in liberis nostris, siue masculi sint, siue fœminæ, semper viuere existimamur, *d. l. liberorum. ad fin.* Quòd si natus ex filia tum quoque admittendus est, cùm in eius tamen persona subest ratio aliqua ad eum excludendum, quæ in persona matris locum non habuit, vt in *d. §. cum inter.* quanto minùs debebit nocere huic nepoti de quo agimus, quòd natus sit ex filia, quamuis filia ipsa fuerit exclusa, si ratio exclusionis quæ habuit locum in persona filię, nullum sibi locum vindicet in persona nepotis? Est enim longè fauorabilior nepos ex filia exclusa, in quo tamen eadem ratio exclusionis locum non habeat, quàm ex filia iam admissa, nepos, cuius excludendi ratio aliqua sit quæ matrem ipsam excludere non debuerit. Cùm enim de exclusione quęritur, illud præcipuè & ante omnia spectandum est, an ratio exclusionis locum habeat necne, præsertim verò cùm agitur de excludendo eo qui pro se habet proprietatem verborum. Atqui in ea specie, de qua tractamus, non excluditur filia, quòd non sit agnata, sed quia fœmina est, non masculus: quæ ratio in nepote ex filia locum non habet, quippe qui licèt agnatus non sit, tamen masculus est, atque ita pertinens ad verba sensúmque conditionis quę de masculis concepta proponitur, non de agnatis. Non ergo ferendum est, vt videatur exclusus ob id solùm quòd sit ex filia exclusa. Tunc namque absurdum est melioris conditionis esse nepotem ex filia, quàm filiam ipsam, cùm cætera sunt paria, id est, cùm eadem exclusionis ratio in vtriusque persona locum habet, nec magis dilectus fuit nepos, quàm filia: quorum neutrum hîc contingit. Exclusit enim testator fœminas, non masculos; dilexit verò masculos, non fœminas. Exclusit igitur filiam, non nepotem; dilexit verò nepotem ex filia magis quàm filiam, non quasi nepotem duntaxat, sed quasi masculum. Consequēter nihil prohibet quominus hic ex filia etiam exclusa nepos eodem iure censeatur, quo cæteri masculi, siue positi sint masculi in conditione, siue in dispositione. Maximè cùm non ex capite matris suæ admittatur, & tanquam eius siue gradum siue personam repræsentans, sed ex propria persona, id est, tanquam cui ex proprio capite conueniant verba conditionis, cùm sit & ex liberis, & masculus. Esset probabilior opinio interpretum, si poneres ita conceptam fuisse conditionem, *si sine filiis masculis.* Etsi enim filij appellatione omnes liberi intelliguntur, *l. filij 84. De verb. signific.* id tamen non semper fit, sed sæpe, vt ait Callistratus *in d. l. liberorum. §. 1.* puta ex prę sumpta voluntate testatoris & intuitu pietatis, vt in specie *l. vxorem. 41. §. concubinæ. iunct. §. codicillis. 2. De legat. 3.* Cùm autem fit, non ex proprietate sermonis fit, aliter enim filij, aliter nepotes appellantur, *l. quid si nepotes. 6. D. de testam. tutel. l. sed & milites. 8. vers. hæc autem. D. de excus. tutor.* sed ex iusta interpretatione, quomodo & patris nomine auum quoque aliquando demōstramus, *l. iusta interpretatione 201. De verb. signific.* Cui iustæ interpretationi non aliud locum facit, quàm quòd nepos locum parentis subintret, eadémque propemodum cum ipso persona esse existimetur, *d. l. liberorum.* Quomodo enim posset nepos habere filij nomen, quin habenda necessariò sit ratio eius personę, per quam auo coniungitur. Inde verò fit vt concepta dispositione vel conditione de filiis masculis, sicut fœminę omnes excluduntur, ita & nepotes ex filia exclusi videantur, tanquam qui non

possint

possint venire sub nomine filiorum, nisi ex persona matris quæ ex eo filiorum numero fuit, & quæ tamen exclusa fuit à conditione aut dispositione propter adiectam qualitatem masculorum. At cùm de liberis masculis expresse actum est, nihil aliud inquiri oportet, nisi an & liberi & masculi sint ij, qui cum aliis & liberis & masculis, si qui sint, aut etiam soli, si soli sint, admitti volunt, non etiam vtrum ex masculo, an ex fœmina progeniti sint, cùm veniant ex proprio capite, & ex propria persona. Nihilne ergo huic nepoti nocebit, quòd ex aliis partibus testamenti appareat testatoris voluntatem eam fuisse, vt bona hereditaria in familia conseruarentur? Per eum siquidem conseruari non posse certum est. Nihil penitus. Non enim sufficit ad excludendas in perpetuum personas, per quas bona in agnatione cõseruari nequeant, quòd aut nõ sint ex agnatione, aut sint quidem, sed tales, quæ agnationem prorogare non possint, nisi etiam expressis verbis eiusmodi personæ succedere prohibeantur, inducto fideicommisso perpetuo in aliorum fauorem, per quos agnatio conseruari possit. Sola namque voluntas excludendi cognatos non vocat agnatos, quia nec sola voluntas illa vocandi agnatos facere posset, vt admitti deberent, si non essent vocati. Nec rursus quicquam vetat vocatos esse & institutos substitutósque eos solos per quos familia conseruari possit, & tamen in conditione positos etiam esse cæteros, puta fœminas, & ex fœminis descendentes. Cùm enim multò minùs sit positum esse in conditione, quàm positum esse dispositione, non erit bona consequutio, si quis dicat, Vocati sunt ij tantùm per quos familia conseruari potest. Ergo masculi nepotes ex filia non sunt positi in conditione. Siquidem cui denegatur quod plus est, non continuò denegari debet quod est minus. Prudénsque consilium testantis illud est, quod laudat Scæuola in l. *Lucius 85. de hered. instit.* cùm alios vocat sub conditione, alios verò in conditione ponit, non vt eos vocet, sed vt eos præferat fideicommissario ab intestato, si tales sint qui succedere possint ab intestato, aut vt ei quem fideicommisso grauauit liberam relinquat facultatem de iis bonis testandi in fauorem siue eorum ipsorum qui in conditione positi sunt, siue alterius cuiuslibet, quod vtique fieri non posset, si nemine in conditione posito, vel purum fuisset fideicommissum, vel fideicommissi conditio extitisset. Et verò quid attinet in conditione interpretanda, in qua positi sunt liberi masculi, illud inspicere, An possint ex ipso testamento succedere tanquam vocati, cùm nec si essent masculi ex masculo, vocati tamen dici possent, aut succedere ex testamento? quippe quos supponimus nonnisi in conditione positos fuisse. Iam enim docuimus Decade 26. liberos in conditione positos nunquam censeri vocatos, nec si positi sint sub nomine & qualitate masculorum. Et rursus quid refert an succedant, necne, cùm sufficiat eos existere & superuiuere ad hoc vt conditio fideicommissi deficiat, licèt non succedant, siue quia nolint, siue quia non possint, puta quòd fuerint exheredati, *l. filiusfamilias 114. §. cum quis rogatus. de legat.* 1. Igitur etiamsi verum esset nepotem ex filia non posse succedere ei qui bona sua noluisset ad alios peruenire, quàm per quos possint conseruari in familia & agnatione, non eo minùs tamen verum esset excludi fideicommissarium qui non fuit vocatus nisi sub ea conditione, *si sine liberis masculis*, quandoquidem non decessit sine liberis masculis qui masculum nepotem ex filia reliquit. Eo autem nepote excluso, si tam aperta esset voluntas testatoris in eo excludendo, vt is admitti nullo modo posset, puta quòd prohibuisset expressim testator ne bona sua ad fœminas, aut ad natos ex fœminis vnquam peruenirent, præcepissétque in con-

trarium vt ad proximum quemque ex familia perpetuò deuoluerentur: dicendum esset alios vocatos intelligi qui sint proximiores de nomine familiæ, non autem fideicommissarium, etiamsi millies & agnatus, & agnatorum proximus proponeretur, cuius nimirum ius per conditionis defectum extinctum esset. Dices, frustrà nos in hoc laborare, vt conditione sic concepta, *si sine liberis masculis*, nepotem ex filia in eo numero esse contendamus, si nihilo magis futurũ est vt vnquam admittatur, quomodo solemus dicere frustrà esse vt aliis partem faciat is qui ad partem ipse admitti nunquam potest, *l. si post mortem* 10. *§. liberi. de bonor. poss. contr. tab.* sed respondeo non esse ista similia. Plus enim iuris habet hac parte, id est, ad fideicommissarium conditionalem excludendum, is qui positus est in conditione tantùm, quàm qui positus est in dispositione, si ex ea dispositione admitti nunquam possit. Nam qui admitti nunquam potest, ei ratio nulla est cur faueamus vt partem cæteris faciat. At is qui in conditione positus est, etiamsi non possit admitti, non eo minùs nocet vt faciat deficere conditionem, non tam quòd fauore vllo dignus sit, quàm potestate conditionis adscriptæ, quæ non potest defecisse quin tota conditionalis dispositio euanuerit. Proinde si nepoti ipsi ex filia inutilis est quæstio, An in conditione positus fuerit, necne, vtilis tamen est propter alios qui excluso nepote possent admitti, siue tanquam proximiores, siue tanquam remotiores agnati, si fideicommissarius nõ admitteretur: sed & nepoti ipsi potest esse vtilis, si fortè alij nulli sint, qui excluso huiusmodi fideicõmissario admitti possint, siue quòd alius ex agnatione superstit nemo, siue quòd omnes quotquot sunt, tanquam remotiores agnati nonnisi post fideicommissarium vocati sint sub ea ipsa conditione, sub qua & fideicommissarius. Quæ scilicet tacitè intelligitur repetita in sequẽtibus omnibus substitutionum gradibus, si idem fideicommissarius alij rogatus sit restituere, & deinceps fideicommissi gradus plures ex ordine facti proponantur. Quoties enim plura fideicommissa gradatim facta sunt, quorum primum conditionale fuit, si conditio primi defecerit, omnes sequentes gradus corruunt tanquam à primo dependentes, etiamsi propriam conditionem nullam habuerunt, vt pluribus tractat Oldradus, consil. 21. incip. *Thema tale est.* Proinde omnibus fideicommissorum gradibus per conditionis defectum extinctis, nihil iam impediet quominus hic nepos ex filia possit succedere, siue ab intestato, siue ex testamento illius qui fideicommisso fuerat oneratus: cùm tamen si conditio fideicommissi non defecisset, vtique nepos hic non solùm ab intestato in bonis fideicommissis succedere nunquam potuisset, sed neque ex testamento, à quo tamen vt quis repellatur, ob id solùm quòd sit nepos ex filia, planè inauditum & absurdum est.

ERROR

ERROR IX.

Si testator in concipienda conditione, Si sine liberis masculis, *addiderit* ex suo, *aut* ex proprio corpore natis.

HABET hæc quæstio dissentientes interpretes & pragmaticos. Baldus enim *ad l.1.num.3.C.de condic.insert.* defendit conditionem ita conceptam, *si sine filiis ex suo corpore natis decesserit,* nō excludere nepotem ex filia. Quam sententiam sequitur Salicetus ad Authenticam, *Sed si quis.C.de secund. nupt. Roman. cons.* 148. *Corn.cons.*17.*vol.*4. ratione illa, quòd licèt dictio *ex* soleat denotare causam proximam & immediatam, tamen in nepote est sanguinis continuatio, & immediatè dicitur esse quicquid per rerum naturam cōtinuatiuè est vnum & idem. At Guido Papius quæst.353. contrà putat, ob eam adiectionem *ex suo corpore* non posse nepotem contineri, nec si conditio concepta sit de liberis, non de filiis. Mouetur ex eo, quòd licèt in nepote sit continuatio sanguinis, non tamen propterea sequitur nepotem ex filio fuisse procreatum ex proprio corpore aui sui, cùm aliud sit corpus aui, aliud verò corpus eius filij, & conditio in significato proprio debet impleri, *l. qui heredi* 44. *l. Mauius* 55. *D. de condic. & demonstr.* & quia, inquit, à diuersitate corporum sequitur diuersitas animorum, *cap. quia diuersitatem. vbi glos. in verb. corporum. Extr. de concess. preb.* addit omnia verba sic esse interpretanda, præsertim in conditionibus vt aliquid operentur, *l. si quando* 109. *de legat.* 1. *l.* 4. *D. de vsur.* At dictio illa *proprio* nihil operaretur, si non intelligeretur de primis & immediatis liberis, vt quemadmodum testator, cùm in conditione ponit masculos, hoc ipso excludit fœminas. *l. cùm ita legatum* 63. *de condit. & demonstr. cap. Raynaldus, junct. gloss. super verb. masculis. Extr. de testam.* ita cùm adiicit *ex suo corpore*, nepotes excludat etiam ex masculis procreatos, qui alioquin liberorum appellatione cōtinerentur, *l. liberorum* 220. *de verb. signif.* præsertim verò si substituta sit per fideicommissum persona aliqua ex iis quæ testatori fuerint dilectiores, puta ex filiis aut filiabus primi gradus. Nam nec nouum est, vt propter fauorem personæ substituti excludatur aliquis à successione, qui, si alius substitutus esset, qui minùs dilectus fuisset, non excluderetur, vt in specie l. *vlt. C. de instit. & substit. l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis substit.* id est, si mater velit admitti ad successionem impuberis filij vigore substitutionis pupillaris tacitæ contra eiusdem pupilli fratrem, qui fuerit substitutus.. Alij verò sunt, qui distingunt an testator dixerit *ex suo corpore*, an *ex proprio corpore*, vt priore casu procedat opinio Baldi, posteriore verò non item. Quasi verò sit vis eorum verborum *ex proprio corpore*, quàm illorum *ex suo*, ad nepotes excludendos. Et sanè Baldus cōcipit quęstionem sub illis verbis *ex suo corpore*. Guido autem Papius sub illis *ex proprio*, mouetur que ex eo maximè, quòd significatum huius verbi *proprio* se habeat immediatè respectu corporis filiorum qui heredes fuerunt instituti. Et citat textum quem dicit satis expressum in cap. *nulli.* in verb. *proprio iuramento*, & in cap. *vt circa.* §. *fin. de elect. lib.* 9. *cum notat. per glos. in l.* 1. §. *qui mandatum. in verb. proprium. D. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Sed tamen videtur verbalis hæc differentia: nec minùs significat *proprium corpus* qui dicit *suum*, quàm *suum* qui dicit *proprium*, ideóque Guid. Pap. non negat se contra Baldum sentire, quamuis apud Baldum concepta esset quæstio de conditione in qua scri-

ptum extat *ex suo corpore*, vt & ratio Baldi, si vera est, concludit, non minùs vno casu quàm alio admittendum esse nepotem. Nam cùm ea verba *ex proprio corpore*, non aliam vim maiorem habere possint, quàm vt ad eos liberos conditio coarctetur, qui propriè & immediatè sint liberi, contendit Baldus etiam nepotes esse immediatè liberos ex corpore aui, quia sunt continuatiuè. Dicam quod sentio. Neque Baldus, neque Guido Papius videntur mihi dixisse quod oportuit, sed aliter atque aliter quæstionem concepisse, vtrumque verò ad propositam quæstionem tam malè respondisse, vt in quæstione Baldi malim sentire cum Guidone Papio, in quæstione verò Guidonis cum Baldo. Tractat Baldus eum casum quo conditio sit cõcepta non de liberis, sed de *filiis ex suo corpore natis*. Papius verò illum, quo sit concepta de liberis, non de filiis, si filiorũ mentio facta sit, non liberorum, non puto verum esse quod vult Baldus, nepotem siue ex filio, siue ex filia posse huiusmodi appellatione contineri, quia licèt filij appellatione etiam nepos intelligatur *l. filij 84. de verb. signific.* id tamen non fit per interpretationem, quæ tametsi iusta dicatur in *l. iusta interpretatione 201. eod.* nullus tamen ei locus relinquitur, cùm testator adiecit ea verba *ex proprio corpore*, quia nemo certè probabiliter dixerit, nepotem esse filium ex proprio corpore procreatum. Alioqui non video qua ratione possimus filium primi gradus à nepote isto distinguere. Quomodo enim possit apertiùs exprimi filius primi gradus, quàm si dicatur filius ex proprio corpore procreatus? Nec quòd in hoc nepote sit continuatio sanguinis, vt Baldus loquitur, ad rem facit: nisi ex eo velis inferre nihil planè inter filium & nepotem interesse: quod tamen admitti non potest quin fiat fœda confusio & nominum & personarũ. Itaque in hac specie pro Guidone Papio contra Baldum sentio: & multò magis si ponas tractari de nepote ex filia, & ita conceptam esse conditionem, *si sine filiis masculis ex proprio corpore natis*: difficilius enim est vt nepos dicatur natus ex proprio corpore aui masculus, per mediam personam quæ non masculus fuit, sed fœmina. Sed si testator conditionem conceperit sub nomine liberorum, contra puto, nec dubito quin vera sit Baldi sententia, vt nepos hoc casu in conditione positus esse intelligatur. Nulla enim opus est interpretatione, vt appellatione liberorum nepotes comprehendantur, cùm id fiat ex proprietate sermonis, nec in alio laborandum est pro hoc nepote, nisi in eo vt ostendatur, reliqua illa conditionis verba *ex proprio corpore procreatis*, non esse posita ad ipsius exclusionem. Quod facile est animaduertere, siue vim eorum verborum spectemus, siue rationem qua moueri prudens testator potest, vt ita concipiat conditionem. Nam si ad vim verborum attendimus, quid est obsecro, cur non videri debeant dicique possint nepotes ex aui corpore procreati? An verò hoc difficilius est, quàm vt dicamus non decessisse sine liberis eum, qui nepotem ex filio reliquit? Nam cùm liberos sola procreatio faciat, quomodo fieri potest, vt quis liberos relinquat, quos non procreauerit? aut vt dicatur procreasse quidem, sed non ex proprio corpore? Itaque dic quantum voles cum Guidone Papio nepotem meum ex filio non esse procreatum ex proprio meo corpore, sed ex proprio corpore filij mei: & aliud esse corpus filij mei, aliud verò corpus meum. Adde quòd nostri iactitant dictionem *ex* denotare proximam & immediatam causam, *l. eo tempore 50. §. vlt. de pecul.* nunquam tamen assequeris, vt sit propriè & verè in numero meorum liberorum, quin admittas esse illum verè ex proprio meo corpore procreatum.

Alioqui

Alioqui filio meo præmoriente, desineret nepos esse mihi nepos, si non mihi ipsi ex propria persona cōiunctus, & ex meo proprio corpore procreatus intelligeretur, cùm filius ipse desinat esse filius, quomodo desinit esse viuus. Atqui nō eo minùs hic nepos remanet nepos; quinimò subintrat locū filij, primúmq; gradum tenere incipit, quod tamen non video quomodo fieri possit, si non ex aui quoque corpore natus existimetur. Non igitur ei vsque adeò verba conditionis obstant, vt liberorum appellatione non contineatur. Quod omnium apertissimè & elegantissimè probat textus *d. l. liberorum. versic. prater hac.* vbi Callistratus, vt probet filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi, non aliam meliorem adfert rationem, quàm quòd natura ipsa nos doceat filiorum appellatione contineri omnes qui ex nobis descendunt. Ergo vel falsum est quod aiunt, dictionem *ex* denotare proximam & immediatam causam, vel verum quod volumus etiam *ex me* immediatè procreatum dici nepotem, qui ex filio meo procreatus sit. Id verò fiet apertius, si rationem spectemus, propter quam solent & debent ita loqui testatores, *si decesserit sine liberis ex proprio corpore procreatis.* Nimirum id agunt quantum possunt, vt non alios liberos ponāt in conditione, quàm qui verè ac naturaliter sint liberi ad differentiam & exclusionem eorum qui sint legitimi tantùm, & ciuiles, puta adoptiui, ne sit in potestate heredis grauati adoptionis cōmento fideicommissum extinguere, vt Papinianus loquitur *in l. fideicōmissum. 76. de condit. & demonst. l. si ita quis. 51. §. vlt. De leg. 2.* Itē, quòd maioris momenti & vtilitatis est, ad exclusionē monasterij, quod nostri volūt esse loco filij ad excludendū substitutū, *cap. in præsentia. Ext. de probat. iunct. Auth. nisi rogati, vbi Cinus. C. ad SC. Trebell.* Nam & Guido ipse fatetur, fideicommisso relicto sub hac conditione, *si heres decesserit sine liberis ex proprio corpore procreatis,* non posse monasterium facere vt conditio defecisse videatur, quia neque propriè, neque impropriè, neque verè, neque fictè potest dici monasterium ex proprio monachi corpore procreatum, nec proinde possuit ei conuenire verba conditionis. Cùm ergo quisquis talem conditionem adscribit de liberis adoptiuis, & de monasterio; non de nepotibus excludendis cogitet, possitque ob has causas necessaria esse huiusmodi adiectio, etiamsi maximè id agat testator, vt nepotes non minùs quàm filios ponat in conditione fideicommissi: cur ex ea adiectione occasionem quærere volumus excludendorum nepotum etiam ex masculis procreatorum? *arg. l. si is qui 13. §. vlt.* in illis verbis, *potest autem interdū superior scriptura esse necessaria. D. de reb. dub.* An non fortè miseratione, quàm odio dignior est auus, qui filium amisit, superstite nepote, vt quamuis testator eos tantùm liberos in conditione posuerit, qui ex proprio heredis corpore procreati essent, non tamen intelligatur sine liberis ex proprio corpore natis, decessisse is qui nepotem superstitem reliquit ex amisso filio? Quodnam solatium esse potest amissi filij, qui filios superstites reliquit, nisi vt necdum videatur decessisse qui in liberorum suorum personis adhuc viuere creditur, & per quos non minùs quàm per ipsum filium auus quoque vitam & familiam suam protrahere, sibíque diuturnitatis memoriam in æuum relinquere possit, vt Callistratus loquitur in *d. l. liberorum. in fin.* Cur ergo hanc auo iam alioqui satis afflicto afflictionem superaddere volumus, vt quia filium amisit, fideicommissi onus subeat; quamuis superstitem reliquerit ex præmortuo filio nepotem? Melius ergo hac parte Baldus quàm Guido Papius etiam in puncto iuris, si nihil aliud sit quod noceat nepoti, &

ex quo possit apparere, testatorem sub nomine liberorum ex proprio instituti corpore procreatorum, nepotem hunc comprehendere noluisse: voluntas enim testatoris sequenda est cùm in cæteris omnibus, tum maximè in conditionibus interpretandis *d.l.in conditionibus.19.l.pater Seuerianam.101.De condit.& demonstr.* dummodò ea voluntas non sit commentitia, sed dispositiua, id est, talis quæ ex verbis testamenti, aut aliis, à testatore ipso extra testamentum prolatis cõcipi possit, *l.Gallus.29.§.1.De lib.& post.l.quidam.46.D.de hered.Instit.l.vnic.§.vbi autem vers.sin autem ad deficientis.C.de caduc.toll.* Idemque cũ Baldo sentit Alex.ad *§.vlt.l.ex facto.17.D.ad SC.Trebell.& Socin.consil.17.vol.4.*

ERROR. X.

De conditione, si sine filiis masculis, posita in contractu, an nepotem ex filia comprehendat.

DISTINGVIMVS tractatũ hunc à superiore, quia sunt ex nostris pleriq;, qui hac parte separat cõtractus ab vltimis volũtatibus. In vltimis volũtatibus subdistingũt, an testator solos masculos institueri & substituerit, nec vnquã fœminas vocauerit, an verò aliqua testamẽti parte fœminas quoq;, & ex fœminis descẽdentes ad successionem suam admiserit; vt posteriore hoc casu, non etiam priore, nepos ex filia tanquam masculus, non minùs quàm si esset nepos ex filio in conditione positus esse videatur. Coniectura voluntatis ex eo sumenda, quòd testator ipse in aliis testamenti partibus disposuit. Sed in contractibus indistinctè volunt, masculorum appellatione non venire descendentes ex filiabus, maximè quod in contractibus appellatione filiorum non veniant nepotes, secundùm Bartolum in *l.liberorum 220. De verb.signific.* Ita Ranchinus in apostill.ad Guid.Pap.quæst.133.post Anton.Rubeum Alexandrinum maximè in Italia nominis Iureconsultum, & subtilissimum, iudicio meo, inter sæculi nostri Italos scriptorem. Videtur tamen hæc sententia Guidoni Papio displicuisse. Nam in dict.quæst. 133. tractans de donatione, quæ passim à nostris inter cõtractus adnumeratur, De donatione, inquam, facta filio & liberis eius masculis, non alia tamen ratione, aut aliis legibus contendit, eiusmodi liberorum appellatione nepotes ex filia non contineri, quàm iis ipsis quæ in causa testamenti locum habere possent. Citat enim *l.iubemus. 6. §.penult. C. ad SC. Trebell.& l.1.C. de condic.insert.* quæ de testamentis, non de contractibus loquuntur. Solent autem nostri dicere, nec improbabiliter, Doctores intelligendos semper esse secundum eas leges quas citant. Et sanè non puto probabilem istam contractuum ab vltimis volũtatibus distinctionem. Nam quod isti adferunt ex Bartolo ad *d.l.liberorum*, appellatione filiorum in contractibus non cõtineri nepotes, falsum est, cùm cõtractus non minùs quàm testamẽta interpretationem iustam recipiant, ex eo quòd verisimiliter actum fuit à contrahentibus, *l.semper in stipulationibus.34.De reg.iur.* At quòd appellatione filiorũ continentur nepotes, fit ex iusta interpretatione, vt in præcedentibus disputauimus ex *l.iusta 201.De verb.signific.* Non minùs igitur in contractibus, quàm in testamentis ea interpretatio admittenda est. Alioqui, quęnam obsecro admitti vnquam posset, si nec ea quæ iusta est admitteretur? Neque verò contra sentit

Bart.

Bart. qui ad *d. l. liberorum. num.* 8. hoc tantùm scribit, si in contractu aliquid expressum sit de filiis, & quæratur an intelligi debeat etiam de nepotibus, interpretationem fieri debere contra eum pro quo verba proferuntur, ex regula *leg. veteribus. 39. de pact.* in quo ipso tamen vereor ne mendosus sit Bartolus. Voluit enim, ni fallor, certè debuit scribere interpretationem faciendam esse cōtra eum per quem non pro quo verba proferuntur. Siquidem absurdum esset interpretationem verborum fieri contra eum, pro quo apposita sunt verba, cùm potiùs cauendum sit ne quod pro aliquo adiectum est, contra ipsum vnquam interpretemur, *arg. leg. nulla. 25. D. de legib. 1. quod fauore. 6. C. eod. l. in ratione. 11. §. tametsi. D. ad leg. falcid.* Sed vt interpretatio fiat contra eum per quem verba prolata sunt, quamuis etiam pro ipso prolata fuerint, non est nouum, cùm possit ei imputari cur non legem apertiùs dixerit, *d. l. veteribus. iunct. l. Labeo. 21. D. de contr. empt.* Quamquam nec ita acceptam Bartoli sententiam puto defendi posse. Nunquam enim alterutri ex contrahentibus potest imputari, cur non id expresserit quod per iustam interpretationem pro expresso haberi debeat, quippe qui sciuit semper locum fore iustæ interpretationi, quantumuis stricti iuris contractus initus proponatur, ac multo magis si bonę fidei contractus sit, in quo genere contractuum pleniores semper, & fauorabiliores fiunt interpretationes. Cùm igitur iusta interpretatione contineantur nepotes appellatione filiorum, *d. l. iusta*, non potest obscura videri, aut ambigua conuentio de filiis concepta, quominùs perinde nepotes comprehendere possit, si aliud nihil obstet, acsi de liberis concepta esset. Nulla enim inter has formulas differentia est, nisi quòd liberorum appellatione continentur nepotes ex proprietate sermonis, appellatione verò filiorum nō nisi per iustam interpretationem. Rursus nec ea distinctio placere potest circa vltimas voluntates, An testator masculos tantùm instituerit & substituerit, an verò aliqua testamenti parte fœminas, aut ex fœminis descendentes masculos admiserit, vt priore casu nepos ex filia non intelligatur positus in cōditione, posteriore verò casu, secus. Nā vt in præcedentibus disputauimus, nō est bona ratiocinatio à positis in dispositione ad positos in cōditione negatiuè; aut cōtrà, à positis in cōditione ad positos in dispositione affirmatiuè: siquidē fieri facilè potest vt quos testator vocare noluit, eos tamē voluerit ponere in cōditione ad fideicōmissarium excludendū, vt possent ipsi excluso fideicōmissario vel ab intestato succedere, vel ex testamento heredis rogati: qui alioquin, si fideicōmissi conditio non defecisset, eos vocare minimè potuisset. Mea sententia est, in contractibus eam ipsam distinctionem adhibendam esse, quam adhibuimus in vltimis voluntatibus, An scilicet conditio concepta sit his verbis specialibus, *si sine filiis masculis*, an illis generalioribus, *si sine liberis masculis*. Priore casu nō puto appellatione filij masculi contineri nepotem ex filia, quia si contineretur, vtique propter filiam ipsam contineretur; cùm non nisi per filiam auo côiungatur. Atqui non potest filia facere vt hic nepos videatur filius masculus testatoris, quandoquidem nec illa ipsa masculus est, vt nec ipse fœmina. Atque ita Baldus sentit in *l. sed si hos. §. liberos. de in ius vocand.* Posteriore autem casu, appellatione liberorum masculorum dico posse nepotes quoque ex filia contineri, quia licèt æquè verum sit coniungi eos auo per filiam, veniunt tamē ex propria persona & tanquam liberi, nec in eam rem indigent persona filiæ vt liberi videantur, & sint, quomodo indigerent, vt filij esse viderentur. Vt enim filij sint, oportet eos saltem per fictionem & interpretationem poni in primo

gradu descendentium; quod fieri nullomodo potest, quin easdem qualitates habeant, quomodo habent qui sunt & descendentes ex fœmina, & fœminæ, non autem qui ex fœmina nati sunt masculi, aut quæ ex masculo natæ sunt fœminæ. At vt nepotes sint liberi, sufficit quòd sint ex descendentibus, in quocunque tandem sint gradu, & ideo licèt dissimilis sexus sint, ea res ipsis non obest quominus admittantur tanquam liberi masculi, cùm sit verum esse eos & liberos & masculos, quamuis sint ex filia. Itaque solent, debéntque qui eos volunt excludere, ponere in conditione, aut in dispositione, nō tantùm liberos masculos, sed hoc etiam addito, ***per lineam masculinam descendentes:*** quæ adiectio apertè excludit nepotes ex filia procreatos, siue de contractu agatur, siue de testamento, quia licèt nepos ex filia sit, & ex liberis, & masculus, non tamen descendit per lineam masculinam, sed per fœmininam: non quòd fœmina ipsa nō sit in linea masculina, in qua pater fuit: est enim & in linea, & ex linea masculina, sed quia in ipsius persona finem accipit linea masculina, & incipit fœminina: vt proinde verum sit nepotem ex filia, masculum non descendere per lineam masculinam. Illi namque soli per lineam masculinam descendunt, qui nati sunt ex masculis, non etiam qui ex fœminis, tametsi in linea masculina cōstitutis. Nullámque potest res habere dubitationem, non magis quàm cùm testator vocauit, aut in conditione posuit solos masculos ex masculis, ad exclusionem, vt apparet, masculorum ex fœminis, & fœminarum ex masculis progenitarum. At finge conceptam fuisse conditionem vel dispositionem de liberis ex linea masculina descendentibus; an neptis ex filio continebitur: Frequens enim huiusinodi clausulæ vsus est tam in contractibus, præsertim feudalibus & emphytheoticis, quàm in testamentis: & quidem nepotem ex filia his verbis non contineri iam diximus, quoniam descendit per lineam fœmininam. Sed in nepte ex filio aliud sanè est, quia quamuis sit illa fœmina, non masculus, negari tamen non potest quin descendat per lineam masculinam, nec proinde quin ei verba conueniant, etiam ex proprietate loquendi, & citra vllam interpretationem. Filia quidem non est in linea masculina patris sui, hoc sensu, vt per eá linea masculina patris constituatur: sed neptis ex filio est in linea masculina aui, quia linea nunquam incipit ab ea persona cuius linea esse dicitur, sed ab eius personæ, aut filio, aut filia, fitque linea masculina per filium, & fœminina per filiam. Exempli causa, si de Titij linea masculina tractemus, nō à Titio ipsō inchoanda erit linea, sed ab ipsius filio, si quem habeat masculum. Ita fiet, vt ipsius filia, si qua sit, non possit dici esse in linea, aut ex linea masculina Titij, & tamē in eadem linea masculina Titij sit neptis ex filio, quoniam linea masculina Titij qui filium habuit, à filio incepit, nec defecit, nisi in persona neptis, si ponas Titij filium sine masculis & sola filia superstite decessisse. Nihil igitur causæ est, cur non sub appellatione liberorum per lineam masculinam descēdentium neptis ex filio perinde ac nepos contineatur; maximè verò in emphyteusibus & feudis, quæ cùm sint beneficia, & ad donationis naturam proximè accedant, largissimam recipiunt interpretationem ***cap. cùm dilectus. Extr. de donat.*** sexus enim diuersitas non mutat qualitatem lineæ, nisi quantum ad personas vlterioris gradus exinde procreatas. In quo tamen obseruandum etiam est aliam rationem esse lineæ masculinæ, aliam fœmininæ. Masculina enim facilè commutatur in fœmininam, vt in proposito casu, cùm ex masculo nascitur fœmina. At fœminina numquam potest fieri masculina, quoniam masculina neque inchoari, neque perpetuari potest nisi per masculos: fœminina autem &

inchoari & perpetuari potest,non solùm per fœminas,sed etiam per masculos ex fœminis natos æquè ac per fœminas. Non enim,sicut masculi ex fœminis nati æquipollent fœminis, ita possis dicere fœminas ex masculis natas æquipollere masculis ad lineam masculinam perpetuandam. Denique in sexu masculino continetur fœmininus eminenter, vt philosophi loquuntur: at non similiter è conuerso dici potest,in sexu fœminino masculinum contineri. Vnde quoque est quod passim apud nostros sexus masculinus etiam fœmininũ concipit,non contrà,*l.si ita sit scriptum 45. de legat.2.l.qui duos.62. l.seruus legatus.* 81.*de leg.3.l.1.l.pronũtiatio.195.De verb.signific.*Nec me moueret si quis obijciat, Positis in conditione vel in dispositione solis liberis per lineam masculinam descendentibus, videri habitam fuisse rationem agnationis conseruandæ & perpetrandę,quæ tamen per neptem ex filio,non magis quàm per nepotem ex filia conseruari & perpetuari potest. Nam illud primùm negandum est, habuisse rationem agnationis conseruandæ illum qui in conditione vel dispositione posuit liberos omnes descendentes per lineam masculinam, nulla facta sexus, sed tantùm lineæ differentia. Debuerat enim solos masculos qui ex masculis essent,vocare,& sub nomine non *liberorum,sed masculorum*,si id animo agitabat,vt agnatio perpetuaretur. Alioqui errabat,si putabat futurum vt appellatione liberorum per lineam masculinam descendentium neptis ex masculo non contineretur: quomodo in specie,licèt dissimili argumentatur Iurisconsultus in *l.si alij19.* D.*de vsufr.legat.* Deinde vt maximè cogitauerit de agnatis vocandis,certum est etiam neptem ex masculo esse agnatam, cùm sit de nomine ac familia patris sui. Cur nõ ergo cũ cęteris agnatis admittetur, licèt per eam futurũ sit vt bona de nomine exeãt?*l.cùm pater.77.§.cùm inter.* D.*de leg.*2. Pronepos sanè ex hac nepte,etiãsi masculus sit,non perinde aut in conditione, aut in dispositione positus esse intelligetur,quia secundũ ea quę diximus,nõ est ex numero descendentium per lineam masculinam:*l.1.in fin.* D.*de iur. immun.* Portionem tamen ad quam mater admissa iam fuerit,retinebit,*d.§.cùm inter.* scilicet nisi fideicommissum purum, simplex, & perpetuum familiæ relictum sit,non autem conditionale in casum contrauentionis. Quòd si tractemus de liberis descendentibus per lineam masculinam,non in dispositione positis,sed in conditione tantùm,erit multo facilius, vt neptis ex filio eiusmodi liberorũ numero contineatur ad excludendum substitutum, etiamsi substitutus sit non tantùm ex agnatis,sed etiam ex iis personis,per quas agnatio cõseruari potest, quia sufficit ad ipsius exclusionem quòd non sit vocatus nisi sub conditione sic concepta,vt dubitari nõ possit quin ea defecerit,superstite persona, quam certum sit contineri appellatione liberorum per lineam masculinam descendentium,quamuis ipsa talis esset quæ ad successionem admitti nullomodo posset: quoniam cùm de conditione quærimus, illud tantùm inspicimus,an defecerit necne,id est, an superuiuat persona posita in conditione,non etiam illud,an ea persona succedat,an non, vt sæpiùs suprà diximus *ex l.filiusfamilias.114. §.cùm erit rogatus. De legat.1. Auth. licet, C. de natur.liber.*

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS VIGESIMA NONA

Error primvs.

De statutis ponentibus filios aut filias in conditione vel in dispositione, an extendantur ad nepotes.

NON est ex Doctoribus nostris, præsertim Italis, qui non tractet de huiusmodi statutis, (sunt enim frequentissima per totam Italiam) per quę cauetur vt extantibus filiis masculis filia non succedat, sed sit dote contenta; An scilicet tam ex parte filiorum masculorum in conditione positorum, quàm ex parte filiæ positæ in dispositione extendantur ad nepotes. Finge patremfamiliâs, de cuius hereditate agitur, decessisse relicto nepote ex filio masculo prędefuncto: An per hunc nepotem filia quę dotata fuit excludetur? Finge è contrario decessisse filiam dotatá, relicto masculo, an per filium patrisfamiliâs, eundémque auunculum excludetur hic nepos? Has quæstiones & alias huiusmodi tractat Bart. ad *l. liberorum.* 220. *à num.* 12. *vsque ad num.* 27. *de verb. signific. Bald. ad l. maximum vitium.* 4. *C. de libert. preter.* & aliis plerisque locis. Videntur autem omnes istæ quęstiones in eo potissimùm versari, vt sciatur an ex propria & stricta significatione vocabuli appellatione filij nepos contineatur, an verò per interpretationem: quoniam certum est in statutis verba propriè & strictè accipienda esse, neque per interpretationem extendenda. Hoc enim est quod solent nostri dicere, statuta non recipere extensionem. Nec desunt qui putent ex proprietate & natura sermonis nomen filij etiam nepoti conuenire, inter quos olim Iac. Butrigar. quem Bart. & Baldus referunt supradictis locis, quasi nepos sit pars filij, *arg. l. sed addes.* 19. *§. si quis mulierem.* D. *locat. l. cùm scimus. C. de agricol. & censit. lib.* 11. *l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* itémque

quòd

quòd natura nec fingere, nec mentiri sciat, quæ tamen docet nos, apud parentes pios, qui liberorum procreandorum animo & voto vxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt contineri. Nec enim dulciore nomine quàm filij possumus nepotes nostros appellare. Etenim idcirco filios filiásve concipimus atque edimus, vt ex eorum earúmve prole diuturnitatis memoriam nobis in æuum relinquamus, vt eleganter Callistratus ait in *d.l. liberorum. in fin.* Addunt argumentum ab etymo & allusione vocabuli: siue enim *filium* dictum velimus à Græco φίλος, siue à *filo*, quòd per eum filum & ordo generationis consequetur in posteris, vt Bart. scribit *ad d.l. liberorum num. 2.* apparet vtrumque sensum non minùs nepoti quàm filio conuenire, cùm & nepos æquè ametur ac filius, & per eum longiùs quàm per filium ordo generationis extendatur. Contraria tamen sententia, vt receptior, ita & verior est, quam in præcedentibus semper secuti sumus; non nisi per interpretationem fieri, vt filij appellatione contineatur nepos, quamuis ea interpretatio sit iusta, sic enim disertè scribit Iulianus in *l. iusta interpretatione. 201. de verb. signific.* iusta interpretatione recipiendum esse, vt appellatione filij sicuti filiam contineri sæpe respondetur, ita & nepos videatur comprehédi, itémque vt patris nomine auus quoque demonstrari intelligatur. Quid verò scribi potuit apertius? Illa siquidem verba omnia *interpretatione recipiendum, videatur, intelligatur*, notæ sunt impropríetatis, sicut & comparatio illa de filiafamiliâs quæ filij appellatione continetur. Nam quod masculinum concipit fœmininum, non fit ex proprietate sermonis, sed per interpretationem, ideóque nec semper fit, sed sæpe, & plerumque, vt scriptum est in *l. pronũtiatio. 195. in princip. eod. tit. & in l. qui duos. 62. de legat. 3.* Nec rursus quisquam dixerit patris appellatione auum propriè significari, cùm habeant pater & auus distincta nomina propria, quomodo fieri certè debuit, ne confusis nominibus rerum quoque confusio induceretur, *l. vlt. C. de legit. tutel. l. si idem. 7. C. de codicill.* Hoc igitur præsupposito, quæramus iam, Si statuto caueatur, quòd extantibus filiis masculis filia fœmina non succedat, sed dote sit contenta, & decesserit paterfamiliâs, relicta filia, relicto etiam nepote ex filio prædefuncto; vtrum nepos ille solus succedet, filia verò in totum excludetur? Si appellatione filiorum masculorum nepotes contineantur, filiam excludi necesse est; admitti verò si non contineantur. Et Iacobus quidem non dubitabat quin filia excluderetur, cùm pro certo haberet, filij appellatione nepotem quoque ex sermonis proprietate contineri. Sed cùm nos cum Bartolo contrariam sententiam amplectamur, difficilius est vt pro nepote contra filiam respondere possimus: præsertim si ponas adesse statutum aliquod, quo caueatur vt verba statutorum intelligantur secundùm proprium & vulgarem intellectum absque aliqua subauditione vel interpretatione, quomodo ponit Bald. *ad d. l. 4. C. de liber. præter. num. 3.* Concludit tamen Bartolus pro nepote ex aliis rationibus, quas Iacobus adferebat: quarum prima illa erat, quòd etiam de iure communi priuilegium concessum filio porrigatur ad nepotem, *l. milites. 8. iunct. l. Diuo Marco. 11. C. de quæst. & l. Decurionum. 12. C. de pœn. l. emancipatum. 7. §. vlt. D. de Senator.* Secunda, quòd postquàm filius de medio sublatus est, nepos incipiat primum locum tenere, *§. posthumorum. Instit. de exhered. liber. l. posthumorum. 14. D. de iniust. rupt. §. cùm filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. Gallus. 29. §. videndum. de liber. & post.* & consequenter succedendo in locum patris sui, succedat etiam in priuilegium quod habebat pater vt filiam excluderet. Nam & dici solet subrogatum sapere naturam eius in cuius

locum subrogatur *l.1.§.hæc actio.* D.*si is qui testam.lib.esse iuss.l.si eum.* 10.*§. qui iniuriarum.D.si quis caution.* Ad id autem quod in contrarium obiecimus, statuta non recipere interpretationem extensiuam, respondet Bartolus, verũ quidem id esse quantum ad hoc, vt statutum non extendatur ad casum in eo non comprehensum, nec rursus ad personam in statuto non comprehensam, sed tamen recipere interpretationem extensiuam passiuè hoc sensu, vt ius commune possit se extendere ad statutum, *ex l.1.§ 1.D.de numer.& honor.* Itaque, inquit, quamuis ex verbis statuti non comprehendatur nepos ex persona filij, lex tamẽ se extendit ad statutum, vt nepotem faciat assumere priuilegium filio concessum. Mihi videtur valdè interesse an aliquod statutum sit quale Baldus fingit, & cuiusmodi multa esse solent, quibus cauetur ne qua prorsus verborum in statutis expressorum interpretatio fieri possit, an verò nullum tale sit. Vbi enim nullum est, fateor quod vult Bart. statutum posse recipere interpretationẽ extensiuam passiuè, imò & actiuè iustam quamlibet interpretationem. Cùm enim statuta omnia ius faciant, legúmque vim habeant, etiam ad ius commune extinguendum, quid obsecro impedire potest quominùs iustam & legitimã interpretationem recipiant: præsertim si ea interpretatio sit, per quam fiat vt à iure communi minùs recedatur. Semper enim fauorabilis est conseruatio iuris communis, & odiosa quælibet eius correctio. Sed si statuto districtè prohibeatur ne qua prorsus fiat verborum interpretatio, planè non video quis effectus eiusmodi statuti esse possit, si non ille est, vt omnem omnino interpretationem excludat, quæ alioqui posset fieri, hoc est, etiam quæ sit passiua, quantumcũque alioqui iusta sit, & probabilis. Quod etsi plerumque magnas parit non tam difficultates, quàm absurditates (quoties enim iusta interpretatio reiicitur, iniusti aliquid emergere necesse est) hoc ipsum tamen ne absurdum videri debeat, illud facit, quod ita euenire statuentes voluerunt, & velle potuerunt. Ob idque semper existimaui omnium felicissimos eos populos, qui iure scripto & communi Romanorum reguntur, à quo, quicquid aberrant locorum statuta & consuetudines, vix sanè est vt non statim deflectat in absurditatem aliquam, aut iniquitatem. Vnica enim iuris ratio est, quæ deseri non potest quin protinus iniuriæ via aperiatur. Et quamuis ius ciuile nostrum eam calumniam à plerisque patiatur, quasi minùs certum sit, minúsque aptum dirimendæ materiæ litium, quibus persæpe iuris interpretationes causam præbent, iam tamen vsu ipso & quotidiana rerum experientia compertum est, longè pluribus & difficilioribus litibus eas prouincias vexari, quę statutario vel consuetudinario, quàm eas quæ solo Romano iure vtuntur. Cùm enim fieri nequeat, vt omnes casus qui accidere possunt, præuideantur, & legibus concludantur, passim euenit, vt necessaria sit interpretatio, eáque petenda ex iure communi, quæ res, mirum est quantas adferat perplexitates, siquidem statuta ipsa, & locorum cõsuetudines abhorrent semper à iure communi, ac proinde difficile est, vt non etiam ratio iuris à mente statuti in iis quæ expressim statuto cauta non sunt, abhorreat. Sed hoc obiter, & extra rem dictum sit. Hoc in summa volo, nihil esse absurdi, vt absurdum aliquod sequatur ex eo, quòd statutum nullam possit, ne quidem iustam recipere interpretationem, quando ea statuentium expressa voluntas fuit. In proposito autem tanto minùs absurdum videri debet, nepotem ex filio appellatione filij non contineri ad filiam excludendam, tametsi ea interpretatio iusta sit, quòd exclusa ea interpretatione iuris communis, inducitur hoc ipso ius commune, vt filia simul cum hoc nepote succedat, quomodo succederet tã

ex

ex lege XII.tab.quàm ex Iustiniani constitutionib. in *d.l.maximum vitium. C. de liber.præter.& Nouell.118.de hered. ab intest.venient.* perinde acsi statutum nullum esset. Quare fauorabilis potiùs quàm odiosa videri debet hæc interpretatio,quæ filij appellatione nepotem comprehendi non patitur, quia licèt vna ex parte sit aliena à iure communi,ex alia tamen parte restituit ius commune. Dici autem solet, & verum est, De facili rem redire ad ius commune,vt Baldus noster ait,tractans de hoc ipso statuto ad *d.l.maximum.num.12. ex l.si vnus.27.§.pactus ne peteret.in fin. D.de pact.* Illæ autem rationes duæ Bartoli superiùs allatæ,quamuis vrgere maximè videantur,tamen parum me mouent.Præsupponunt enim ita concepto statuto,*extantibus filiis masculis filia nõ succedat*,masculos solos ideo succedere, quòd ad successionem soli per statutũ vocati sint, & ex priuilegio statuti. Quod tamen falsum est. Succedunt enim iure communi & ex lege. XII. tab. quæ masculis successionem non eo minùs defert,quòd adsit etiam filia.

Nihilque aliud inducit hoc statutum, nisi quòd excludendo fœminas, & abrogando ex hoc capite ius commune, secundùm quod possent fœminæ cum masculis succedere ex æquis portionibus: conseruat nihilominus liberis masculis ius antiquum & commune, quod alioqui potestate statuti abrogatum esse in totum videretur.Nec ad rem pertinet quod ex lege. XII.tab.& ex Iustiniani constitutionibus non succederet solus masculus,sed cum filia,qui tamen propter statutum solus succedit.Hoc enim vnum est, quod & Bartolum & alios interpretes omnes decepit, vt crediderint ex huiusmodi statutis priuilegium aliquod masculis dari.Nam respondeo ad hoc, vt masculus succedat ex iure communi,sufficere,vt statutũ ponendo ipsum in conditione per ablatiuos illos absolutos, *extantibus filiis masculis*,conseruet ei ius antiquum pro ipsius parte virili,& excludat filiam,eandémq; sororẽ, ne simul cum masculo possit succedere: quoniã exclusa sorore, illud quoq; statim fieri necesse est,vt deficiẽs portio filiæ adcrescat portioni masculi. Quod ipsum tamen non fit ex potestate statuti,sed ex iure cõmuni,ex quo ius adcrescẽdi promanare cõstat,vt fusiùs disputauimus in Errorem 1.Decad.5 præcedentis. Non ergo verũ est quod Bartolus,Baldus, & cæteri volunt ex supradictis statuti verbis masculos solos succedere tanquam ex priuilegio,quasi vocatos, vt exclusio fœminarum succedere prohibitarum sit inclusio masculorum,acsi nihil intersit an statutum ita cõceptum sit,*extantibus masculis filia non succedat*,an hoc potiùs modo, *extantibus masculis filiis,masculi succedant,filia non succedat*. Fateor, vtrouis modo statutum conceptum sit, masculos solos succedere, ac proinde ex toto asse filiabus omnibus exclusis:sed longè alio atque alio iure. Si enim masculi positi essent non tantùm in conditione, sed etiam in dispositione, succederent vtique ex statuto,& consequenter ex priuilegio; quia nec dubitari posset quin ius cõmune omnino per statuti potestatem, quantum ad hanc successionis speciem attineret,sublatum esset.At cùm in conditione duntaxat positi sunt, succedũt quidem in solidum,sed ex iure communi,nec à beneficio statuti habent quòd succedunt,sed illud tantùm quòd filia excluditur,qua exclusa,necesse est vt inuito etiam statuto masculus,& solus,& in solidum succedat ex iure communi: & quod idem est,suo iure,cùm nemo sit qui partem ei facere possit,non magis quàm si filia exclusa esset per propriam repudiationem, aut per iuratam renũtiationem.Quoties enim accidit, vt ei qui ex propria persona virilem tantùm partem habet,nemo partem faciat,virilis appellatione totum continetur, *l. si*

duobus.16.§.vlt. de leg.1.l.viriliis.145. De verb.signific. sicut & *cæterorum* & *reliquorum* appellatione omnes contineri dicimus, si cui optio vnius serui legata sit, & cæteri omnes Sempronio: nam si optionis legatarius non optet, omnes serui ad Sempronium pertinent, *l.cæterorum.160. eod.* Frustra igitur est quærere in proposita specie, An priuilegium concessum filio transeat ex iure communi ad nepotes. Quod nec Baldus admittit ad *d.l.maximum vitium, num.7.* nisi vno illo casu, quo priuilegium sit fauorabile, non etiam si sit odiosum, siue quòd sit correctorium iuris communis, ex notat in Auth. *quas actiones C.de sacros.eccles.* siue quòd absorbeat ius tertij, quo casu, inquit, videtur concessum limitatè respectu personæ, ex *l.penult.§.si puellæ. D.de rit.nupt.* Melior videtur pro nepote ex filio ad exclusionem filiæ ratio illa, quam Iacob. de Aret. adferebat, quòd ratio huiusmodi statutorum non alia sit quàm vt agnatorum salua sit dignitas *l.1.§.quamuis. D.de veutr.inspic.l.super statu.9.C.de quæst.* Agnatio autem quæ per filios masculos, non per filias conseruatur, æquè conseruetur per nepotes ex masculis, imò augeatur, quia per eos multiplicatur & extenditur generatio, vt ait Bald. *ex l.pronuntiatio.295.§.familiæ.2. De verb.signific.* Quos igitur ratio cõnectit, non debet dispositio iuris separare; *l.1.C.de diuers.rescript.l.1.C.si vnus ex plurib.appell.l.si is qui.29.D.liber. legat. l.non solum. 10.§. qui primum pilum D. de excusat.tutor.* sed tamen ait Bartolus sibi argumentum hoc non placere, quia ratio illa statuti, *vt agnatorum dignitas salua sit*, non sit expressa in statuto. Quod rursum Baldus, vt solet ille Bartolo ferè in omnibus contradicere, reprehendit, propterea quòd quando certa est ratio legis, licèt tacita sit, tamen argui ex ea potest tanquam ex causa finali, *l.milites 13.in princip. D. de re milit.* tunc autem est certa, quando sola ipsa reddi potest, *arg.l.2. D.de liber.& posth. l.fundus qui locatus 24.de fund. instr.l.si optio 13.D.de opt.legat.* Sed vereor ne nõ satis iusta sit reprehensio, licèt reprehensionis ratio sit vera. Nam in proposito statutum quod extantibus filiis masculis excludit filiam, potest habere aliam rationem quàm fauorem agnationis conseruandæ, nimirum fauorem sexus, cùm masculi ob hoc solùm quòd masculi sunt, licèt non sint agnati, adeóque nec ex agnatis descendentes sint, tamen fauorabiliores quàm fœminæ, tanquã reipublicæ adiuuandæ & erigendæ aptiores: vnde est, quòd etiam testatorum plerique, quorum tamen minùs interest quàm reipublicæ, masculos etiam ex fœminis natos aut nascituros præferunt fœminis, quamuis non magis per eos conseruari agnatio possit, quàm per fœminas. Itaque cõtra Baldum vrget hoc casu illud ipsum, quod fatetur ipse: & verum est, quando ratio statuti esset dubia, vel congruè reddi non posset, tunc ex tali ratione non posse nos arguere, quoniam, inquit, ratio illa non est necessaria, sed magistralis, vt notat ad *l.1. C. de legib.* sed si ponas masculum decessisse relicta filia, eadémque nepte patrisfamiliâs, de cuius hereditate agitur, & superstite sorore, atque ita de hereditate inter filiam & neptem ex masculo contendatur; placet mihi sententia Bartoli existimantis ad *d.l.liberorum.num.13.* non excludi filiam per neptem, non quòd in nepte cesset ratio illa conseruandæ agnationis, quæ in masculo filio locum habebat, cùm ea ratio, vt diximus, in statuto expressa non sit, sed quia non sicut filij masculi appellatio porrigitur ad nepotem, ita & porrigi potest ad neptem quæ masculus non est. Idque est quod ait Bartolus appellationẽ filij porrigi ad nepotes de iure communi, quando profertur simpliciter sub eâ appellatione, & quia filius est; secùs si respectu alterius qualitatis, *l.vlt.C.de natur.liber.* vbi leges & constitutiones loquentes de filio spurio non extenduntur

ad nepotẽ qui spurius nõ est, quia non excluditur filius spurius tãquam filius, sed tanquam spurius. Porrò in casu nostro filius masculus non ideo filiam excludit, quia simpliciter filius est, sed quia filius masculus, quæ qualitas masculi non transit in neptem. Ergo apparet, inquit Bart. quòd in eam non transit dispositio statuti, & sic non potest assumere locum patris. Adhuc tamen contradicit Baldus ad *l. venia. C. de in ius vocand. num.* 5. vbi ait, Si statutum dicat, quòd filia non succedat, posse neptem ex filio succedere, quia repræsentat patrẽ qui succedebat: neptem autem ex filia non succedere, quia repræsentat personam quę excludebatur. Sed ratio ipsius mala est. Neptis enim ex filio non potest repræsentare patrem, qui solus successisset, quia non repræsentat eum in qualitate masculi: quæ tamen sola qualitas erat, propter quam præferendus esset filius si viueret. E contrario neque neptis ex filia excludenda est per neptem ex filio; quia licèt repræsentet filiam quæ excludebatur, exclusionis tamen ratio quæ locum habebat in persona filiæ, cessat in persona neptis. Excludebatur siquidẽ filia per statutum extantibus filiis masculis, & in fauorem masculorum. At ponimus nullos esse filios aut nepotes masculos eo tempore, quo neptis ex filia succedit, sed tantùm neptem ex filio. Nulla igitur ratio est cur neptis ex filia excludatur, quia nec filia ipsa per statutum excluderetur ob neptem ex filio, quippe quam statutum non excludit nisi sub illa conditione, *si masculus filius extabit*, quæ conditio deficit masculis omnibus defunctis, licèt supersit aliqua ex filio neptis. Nemo enim vnquam dixit neptem ex filio filiorum masculorum appellatione contineri posse. Quod verò idem Baldus addit, non debere plus concedi nepti quàm filiæ, quia ratio statuti hoc non patitur, arg. l. *si viua matre* 3. *C. de bon. quæ liber.* ad rem non pertinet. Non enim plus conceditur nepti quàm filiæ, cùm admittitur neptis ex filia eo casu, quo masculi nulli supersunt, quoniã & filia eo casu admitteretur. Sed & in eo errat Baldus, quòd præsupponit, statuta ista odio mulierum facta esse. Nam imò verò facta sunt fauore masculorum: & ideò si masculi nulli sint, non prohibentur fœminæ succedere, sed saluum iis superest ius commune, cùm non simpliciter & absolutè excludantur, sed sub conditione tantùm, quam existere implerique necesse est priusquàm exclusio locum habere possit. Quòd si mulierum odio fierent huiusmodi statuta, vel arcendæ essent simpliciter à successione, vel saltem si quis mitiùs agere cum iis vellet, excludendæ essent non sub conditione, sed purè; & ita tamen vt exclusio illa resolueretur sub conditione, si masculi desinerent extare. Durior enim esset exclusio pura, quáuis resolubilis sub cõditione, quàm quæ facta esset sub conditione, arg. l. 2. *D. de in diem addict. l. 1. D. de leg. commiss. l. fideicommissa* 11. *§. sic fideicommissum. de legat.* 3. At cùm nec absolutè, nec purè excluduntur, sed tantùm sub conditione illa, Si masculi filij extabunt, apparet non ipsarum odio, sed solo masculorum fauore fieri vt extantibus masculis ipsæ excludantur. Fauor porrò masculorum nullus superest, cùm masculi omnes defecerunt sola superstite nepte ex filio, siue agnationis conseruandæ, siue sexus masculini fauorem statuentes respexerint.

ERROR II.

De statuto excludente filiam fœminam extantibus filiis masculis, an excludat nepotem ex filia.

PAVLO difficilior videtur hæc quæstio, & in qua pugnandum nobis erit contra Bartolum, pro quo pugnauimus in præcedenti contra Baldum. Bartolus enim ad d.l. *liberorum.220.num.14. de verb.signif.* concludit, ita concepto statuto, *extantibus masculis filia fœmina non succedat*, si filius aliquis masculus supersit, nepotem ex filia excludi, non per extensionem aut interpretationem statuti, quasi filiæ fœminæ appellatione possit contineri masculus nepos ex filia: sed quia, inquit, aut vult nepos iste ex filia succedere cum auunculo ex propria persona, aut vult succedere ex persona matris. Si ex propria, non potest, quia cùm sit in secundo gradu, non potest concurrere cum auunculo qui est in primo: sin ex persona matris, multò minùs, cùm mater fuerit exclusa per statutum, nec melioris conditionis esse debeat hic nepos ex filia, quàm ipsius mater ex cuius persona succedit, *l.si viua matre 3. vers. nam licet. C.de bon.matern. l. illam 19. D.de collat. l. Pomponius 13. §.cùm quis. D.de acquir.poss.* eamque denique sententiam sequitur Baldus in d.l. *maximum vitium.num.10. C.de liber.præter.* vbi ait nepotem ex filia omnino excludi, etiamsi statutum nullam reciperet interpretationem, quia, inquit, hoc non est vi interpretationis statuti, sed per viuam rationem, quia nascitur ex inhabili materia, quoniam mater eius, à qua sumeret formam succedendi, sicut sumit originem nascendi, est inhabilis & aliena. Ergo quicquid ex ea sequitur *arg.l.2.C.de libert.& eor.liber.* idem tamen Baldus refert, quosdam putare, exclusa filia, quia fœmina non excludit nepotem masculum ex ea, quinimò aperiri viam nepoti tanquam matre ciuiliter mortua tempore mortis aui, *arg.l.1.§.penult.& vlt.D.de bonor.poss.contr. tabul. l. qui in aliena.6.§.interdum.D.de acquir.hered.l.eum qui.3.D.de interd.& releg. l.pater filium.14.l.penult.D.de inoff.testam.* eamque Iacobi Butrigarij sententiam fuisse, quæ & Angeli fuit *ad §.neque illo.per illum tex. Nouella 18. De trient.& semiss.* quam tamen Baldus ipse non probat eo casu quo filia superuixerit patri, quoniam, inquit, ipsa titulo dotis videtur successisse, sicut olim dicebamus, quòd sufficit succedere quoquo relicti titulo. Nam cùm dos per mortem patris consolidetur in filiam, ipsa consolidatio est quædam mortis causa capio, & censetur filia hæc habere partem successionis paternæ, & talis portio deducitur ad considerationem legitimæ, *l.quoniam Nouella 29.C.de inoff.testam.* Itaq; cùm filia & præcedat & succedat, consequens est, vt nepos ex ea excludatur. Planè si filia præmortua sit, non dubitat Baldus quin verum sit quod Iacobus dicebat, nepotem non excludi. Idque duplici ratione: & quia tractatur hîc de odio, in odiosis autem appellatione filij aut filiæ nepos non continetur: & quia statuti ratio, quæ illa est quòd filia dotata sit, cessat de iure & de facto in nepote. Tandem concludit ille distinguendo, vt solet, quòd aut filia simpliciter & absolutè excluditur, & tunc, inquit, nepos quoq; ex ea natus excluditur, aut nō excluditur simpliciter, sed quia dotata: & tunc aut superuixit patri, & nepos excluditur: aut prædecessit, & tunc nepos non excluditur per iura superiùs allegata. Mihi nulla ex istis opinionibus videtur satis vera. Nam quod Bartolus putat & disputat, non posse nepotem ex filia succedere cum auunculis, neque ex propria persona, quia vno gradu remotior est, neque ex persona matris quæ fuit

exclusa, præsupponit idem esse, Succedere ex persona propria, & ex gradu proprio: itémque ex persona matris, & ex gradu matris. Qui perpetuus & maximus Bartoli error est, omniúmque ferè Pragmaticorum. Potest enim fieri, & verò fit in casu proposito, vt nepos ex filia exclusa, qui neque potest succedere ex proprio gradu cum auunculis, quia remotior est, neque ex persona matris exclusæ per statutum, possit tamen succedere ex persona quidem propria, sed tanquam repræsentans gradum matris, vt à nobis iam alibi sæpe demonstratum est. Nā quòd hic nepos in secundo tantùm gradu est, non facit ne possit succedere cū auunculis ex propria persona, sed tātùm ne possit succedere ex proprio gradu, quoniam diuersi gradus concurrere nunquam possunt, *l. cùm in testamento 37. D. de hered. instit. l. 1. l. Iurisconsultus 10. & passim. D. de gradibus & adfin.* Quod verò huius nepotis mater exclusa est per statutum, non facit quominus possit nepos succedere ex gradu matris, sed tantùm ne possit succedere ex persona ipsius. Nec enim statutum excludit gradum maternum, sed tantùm personam matris, vt ex eo constat, quod non excludit filiam quatenus filia est, sed quatenus fœmina, adeóque nec quatenus fœmina est, si non sit etiam dotata. Proinde nepoti venienti non ex persona, sed ex gradu matris, minimè nocere potest quòd persona matris sit exclusa, sicut & alia ex parte nō potest ei nocere quòd sit in gradu remotior auunculis, cùm succedat non ex proprio gradu, sed ex gradu materno, qui æquè proximus est. Facit enim repræsentatio, non vt qui in secundo gradu re vera est, sit in primo, quod per rerum naturam fieri nullo modo potest, nec consequenter per legem, sed vt fingatur esse in primo gradu, quia repræsentatio nihil nisi fictio est, quam inducere quoties necessitas & æquitas hoc exigit, solet lex, & potest, *§. cùm filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* vbi dicitur ius repræsentationis, cùm de ascendentis hereditate agitur, locum habere inter descendentes in infinitum. Et ex hac gradus & personæ distinctione facilis responsio est ad omnia quæ contra hunc nepotem, siue propter gradus disparitatem, siue propter matris exclusionem obiiciuntur. Nam quod dicitur, Non posse illum plus iuris habere, quàm matrem quæ tamen exclusa est, præsupponit non velle, aut nō posse ipsum succedere, nisi ex persona matris, quod falsum est. Rursus cùm obiicitur non posse illum succedere ex propria persona cum auunculis qui sint in gradu proximiores, præsupponitur succedere ipsum ex gradu proprio, quod æquè falsum est: succedit enim ex gradu materno. Quod cùm ita sit, malè idem Baldus ad Auth. *cessante. ad fin. C. de legit. hered.* generaliter tradit, Vbicunque ex vi successionis intestati succeditur tenore contractus non obstante, potiorem esse filiam, quàm filium alterius filiæ. Ratio enim qua mouetur, falsa est, quia, inquit, ad excludendam filiam oportet quòd nepos veniat per functionem, quæ est quædam fictio. Necesse est enim quòd fungatur loco matris. Ergo, inquit, non potest tanquam masculus iudicari. Certè nec mater mortua, inquit, excludit sororem viuentem. Vnde concludit de primo ad vltimum, quòd si agatur de feudo quod sit indiuisibile, & ad quod tamen fœmina possit admitti filia, erit potior nepote. Imò, inquam, nepos hic potest fungi loco & gradu matris, licèt non fungatur ipsius persona. Ergo non eo minùs verum est, illum esse masculum, & iudicari debere masculum, quòd ipsius mater fuerit fœmina: idque probatur euidēter ex textu quem Baldus ibidem citat in cap. 1. *De eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin. coll.* 10. vbi dicitur, quòd masculus per filiam descendens, præfertur filiæ alterius fratris, quòd non pateat locus fœminæ in feudi successione, donec masculus

superest ex eo qui primus de feudo fuit inuestitus. Nam quod respondet Baldus casum illum esse specialem, quia in illo capitulo tenor inuestituræ ponebat omnes masculos ex parte, quos fœminis præferebat, vt ideò nutum non sit locum non esse fœminæ ex *l. in multis. D. de stat. hom.* etsi verum est, tamen non satisfacit obiectioni. Quátenus enim masculi omnes vocati sint per inuestituram, quomodo tamē posset hic nepos in eo masculorū numero contineri, si verum esset quod ait Baldus, eum non posse iudicari masculum, quoties necesse est vt fungatur loco matris. Nam & in ea specie æquè verum est, masculum descendere ex filia, nec coniungi defuncto nisi per fœminam. Ergo sicuti non succedit fœmina in feudo, saltem quandiu masculus aliquis superest: ita dicendum esset secundùm Baldum, nec masculum descendentem per fœminam posse succedere, non quia non possit pugnam facere, quæ prima & germana ratio fuit fœminarum à feudis excludendarum, sed quia caret principio producente, vt loquitur idem Bald. in *l. quoties. num. 2. C. de suis & legit.* vbi addit fœminam non esse agens aptum operari transmissionem, licèt masculus esset patiens aptum confirmari, si fieret transmissio: & sicut medium quod non seruit, impedit seruitutem; ita mediam personam quæ non potest seruire in feudo, impedire feudum quod est quædam seruitus, *arg. l. qui sella 7. §. in rusticis. D. de seruit. rustic. præd.* Atqui nihil istorum impedit quominus masculus ex fœmina possit succedere in feudo, d. cap. 1. *De eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin.* non ergo bonæ sunt rationes Baldi. Nec sanè causa vlla est cur propter matrem quæ est fœmina, masculus ex ipsa non debeat iudicari masculus, sed fœmina, cùm non modò reuera sit masculus, sed etiam officia & obsequia omnia præstare possit, quæ præstat cæteri masculi ex masculis procreati. minimum quando masculi omnes ad feudum sunt vocati, habito respectu ad solum sexum, non etiam ad certas personas, certósque gradus inuestitorum. Alioqui non ignoro masculos descendentes ex fœminis, non magis quàm ipsas fœminas ad feudum admitti posse, nisi eius conditionis sit feudum; vel eo pacto acquisitum *cap. 1. §. hoc autem de his qui feud. dar. poss. lib. 1. in vsib. feudor. & tit. 11. de success. fratr. vel gradib. succedent. in feud. versic. ad filias. lib. 2.* quia nempe in eo versatur fauor domini, qui solis masculis feudum dando, fœmináque excludendo, id procul dubio egit, vt non posset fœmina vlla facere, nec proinde masculos suscipiendo, quin feudum ad dominum reuerteretur, si masculos omnes, quibus feudum datum esset, deficere contingeret. Eáque propria & recta est natura feudi. Itaque excluduntur à feudo regulariter masculi descendentes ex fœminis, non quasi non possint iudicari masculi, vt vult Baldus, sed quia nō sunt ex masculis inuestitis, quando non descendunt per lineam masculinam, nec coniunguntur inuestitis, nisi per eam personam quæ à feudo sit exclusa, nec proinde possunt dici vocati per inuestituram, quod tamen omnimodo requiritur, vt succedere possint. Sed cùm non de feudis agitur, at de vulgaribus successionibus, de quibus nunc disputamus, longè fauorabilior est causa nepotum ex fœminis descendentium, quippe quos non est necesse vocatos esse per statutum cum cæteris masculis, sed sufficit non esse exclusos, cùm eis satis superque sit, quòd sint vocati, possintque admitti ex iure communi. Atqui apertum est, exclusa propter filios masculos filia fœmina, non idcircò exclusum esse nepotem ex filia descendentem, cùm neque filia sit, neque fœmina. Nihil ergo vetat quominus ex iure communi possit succedere, etiam cùm auunculis repræsentando scilicet matris non personam quæ exclusa est, sed gradum qui

non

non est exclusus. Et vt dicam apertiùs, intermedia matris exclusæ persona facere quidem potest, vt qui ex ea descendunt, non possint dici vocati per eam dispositionem, siue conuentionalem, siue statutariam, quæ fœminas excludit, nisi ad eos nominatim dispositio extendatur: sed non potest facere vt videri debeant exclusi, quia sicuti plus est, ita difficilius, excludi, quàm non admitti, aut non vocari. Medium quodlibet inhabile impedit coniunctionem extremorũ, quæ tamen coniunctio necessaria esset, vt masculi ex fœminis dici possent vocati cum cæteris masculis, quia non possunt videri vocati, nisi tanquam coniuncti vocatis. At quantumuis medium inhabile sit, extremorúmque coniunctionem impediat, non potest tamen ea res facere vt nepos ex filia exclusa intelligatur exclusus; cùm iam sit ille admissus ex iure communi ad successioné, quæ iure communi defertur: nec in eo locum habeant verba, sicut nec ratio exclusionis. Fiet res hæc tota manifestior, si sic explicetur: Cùm ita statutum conceptum est, *Extantibus filiis masculis filia fœmina non succedat, sed dote contenta sit*, si verum esset, quomodo esse vult Bartolus, filios masculos videri ex statuto vocatos esse ad successionem, & quidem solos ex priuilegio, ac proinde succedere ex statuto, non etiam ex iure communi. Fateter intrepidè, futurum vt nepos ex filia, quanuis masculus non magis posset succedere, quàm si esset fœmina; non tanquam exclusus ob id quòd esset ex fœmina, sed tanquam non admissus nec vocatus per statutum ad successionem. Quomodo enim posset dici vocatus per statutum, qui esset ex fœmina, quam statutum exclusisset? In eóque admitterem non illibenter feudorum, cæterarúmque successionum statutariarum comparationem. Sed cùm in contrarium sit verissimum quod in præcedentibus probaui, filios masculos in specie proposita succedere non ex priuilegio & ex verbis, aut mente statuti, sed ex iure communi, quanuis soli succedant: dico ex eodem iure communi posse nepotem quoque ex filia succedere etiam cum auunculis non quasi vocatum (quid enim hoc necesse est, cùm nec filius primi gradus succedat tanquam vocatus?) sed quasi nõ exclusus, quia ei non conueniunt neque verba, neque ratio exclusionis, tametsi natus sit ex persona exclusa: cùm ea exclusio non possit ipsi adimere ius commune, quia neque ex iure communi ea est, sed ex statuto, cuius potestas nunquam illa est, vt tollat ius commune quandiu potest vtrúmque simul consistere, quomodo potest in hoc casu; siquidem exclusio matris potiùs debet prodesse nepoti, vt tanto citiùs & faciliùs possit succedere, quàm ei nocere ne suo iure possit succedere tanquam qui à matre iam exclusa non ampliùs anteuertatur. In summa nocere potest exclusio matris filio venienti ex eo ipso iure, ex quo exclusio matris fuit, sed non venienti ex alio iure. Et ob id nimirum Iacobus de Butr. defendebat exclusionem hanc matris aperire viam nepoti, quasi mater reperiatur ciuiliter mortua tempore mortis aui. In quo tamen ipso, si quid ego video fallebatur, & falluntur qui cum eo sentiunt, posse hunc nepotem succedere cum auunculo. Etsi enim verissimum est exclusionem matris ei non nocere, itemque quod contra Bartolum disputauimus, posse ab eo repræsentari gradum matris, etiam non repræsentata matris persona; non tamen statim consequens fit vt admittendus ille sit cum auunculo ad aui successionem. Nam vt admitteretur, oporteret exclusionem matris inductam per statutum, non modò ei non nocere, quod nos vltrò concedimus, sed etiam ipsi prodesse, vt non magis ei obstaret persona matris, quàm si in medio non esset: siquidem quãdiu mater in medio est, non potest nepos ex propria persona, neque tanquã repræ-

sentans matris gradũ qui vacuus non est, cum iis succedere, qui in proximiore sunt gradu, ex iure scilicet cõmuni, quia eũ mater eodẽ iure cõmuni anteuertit. Quod præsentiens Iacobus dicebat matrẽ hanc habẽdã esse pro mortua ciuiliter. Atqui alienum prorsus est à ratione & mẽte statuti, vt exclusio filiæ, cui causam dederit solus fauor masculorum, nec quidẽ omniũ, sed eorũ duntaxat cũ quibus alioquin concurrere filia potuisset, prosit nepoti ex hac filia, vt possit admitti cũ auunculis, quia non posset ea exclusio prodesse nepoti, quin hoc ipso noceret aliis masculis, quibus tamẽ adeoq; solis fauere statutum voluisset. Quid.n.iis ꝓdesset exclusam habere sororẽ ne possit iis partẽ facere, si sororis exclusæ filius masc. partẽ facere posset, simúlq; cũ ipsis ad successionẽ admitti viua matre cõtra iuris cõmunis rationẽ? Ergo quemadmodũ si filia exclusa nõ esset, nepos ex filia superstite nõ posset auunculis partẽ facere, quoniã à matre anteuerteretur: ita neque facere debet, cùm mater per statutũ exclusa est, quia nõ ideò exclusa fuit vt alij masculi admitterentur, quos ipsa erat alioquin exclusura, sed ne posset illa partẽ facere iis masculis, cum quibus alioquin fuisset simul admittẽda. Nã quod ad masculos omnes attinet, cùm de iis nihil statutũ disposuerit, nisi quòd eos posuit in conditione vt ius commune iis conseruaret, omnia æstimanda sunt ex ratione iuris cõmunis, vt proinde nec alij nec aliter succedãt, quàm qui & quo modo successuri essent ex iure cõmuni si filia exclusa non esset, nisi quòd filia ipsa quæ exclusa est, partẽ facere nõ potest, quã vtiq; faceret, si succedere & posset & vellet. Atqui nepos ex filia superstite nõ succederet cũ auunculis ex iure cõmuni, tametsi filia ipsa quæ patri superuixisset, ei succedere ex aliqua causa vel noluisset, vel non potuisset, quia iure adcrescendi portio ipsius fratribus adcreuisset, neq; potuisset nepos ex filia repræsentare matris gradũ quẽ ipsa occuparet. Ergo nec cùm filia per statutũ propter masculos exclusa est, admitti potest nepos ex filia vt cũ auũculis succedat. Implicaret.n. contradictionẽ vt hic nepos iure cõmuni succederet eo casu, quo si statutũ nullũ esset, succedere ex iure cõmuni nõ posset. Neq; verò ex omnibus iis legibus, quas pro se Iac. Butr. adducebat, vlla est quæ faciat pro hoc nepote: om.nes.n. pertinent ad eos casus, in quibus filius primi gradus exclusus sit iure cõmuni à successione, aut quia exheredatus sit, aut deportatus, aut exclusus à querela inofficiosi testamẽti. Nos verò eum casum tractamus quo filia superstes patri nõ sit, exclusa ab ipsius successione ex regulis iuris cõmunis, sed sola vi & potestate statuti nõ ad aliorũ fauorẽ respicientis, quàm eorũ masculorum, quibus illa si posset succedere, partẽ factura esset. Nihil.n. refert si statuti mentẽ inspicias, an statutũ ita conceptũ sit *extantib. masculis filia fœmina nõ succedat*, an ita potius *extãtibus filis masculis filia fœmina partẽ nõ faciat*. Ex quo etiã apparet ꝙ parũ ad rẽ faciat quod Ang. obiicit ex *d.§. neque illo. Nou.18. de trient. & semiss.* Ibi.n. nepotes ex filia admittuntur ad eã portionẽ quã mater eorũ fuerat habitura, sicut & nepotes ex masculo, nõ solùm quia mater prædefuncta proponebatur, sed etiã quia expressim Iustinianus eo loco cõstituit vt idẽ sit ius in succedẽdo & fœminarũ & masculorũ: ait.n. *non ferẽtes fœminã à masculo in talibus minui.* Quod in casu nostro penitus diuersum est ꝓpter statutũ excludẽs fœminas fauore masculorũ. Planè si poneres filiã istã decessisse ante patrẽ relicto filio, nõ esset dubit. meo iudicio, quin nepos etiã cũ auũculo ad hereditatẽ aui admittẽdus esset, siue simpliciter exclusa esset per statutũ filia, quia fœmina, vel secundu quid, h.e. quatenus dotata, quia tũc nihil ꝓhiberet quominus hic nepos succederet filia exclusa, tanquam repræsentans gradũ matris, qui neque à matre, neque ab alio vllo occuparetur.

Sed

Sed eo casu succederet non propter exclusioné matris, sed propter ipsius mortem, neque tam quòd exclusa esset per statutum, quàm quòd in medio esse desiisset: ita nimirum dissuadente iure communi, ex quo tam filius primi gradus quàm hic nepos admittuntur. Notissimum enim est ius commune, nepotem siue ex filio, siue ex filia concurrere cum patruis & auunculis in aui siue paterni, siue materni successione, *d. §. cum filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. & Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. cap. 1.* Vt enim hoc casu nepos ex filia per statutum exclusa fauore masculorum possit cócurrere ex iure communi cum cæteris masculis, sufficit vt non sit exclusus per statutum. Non est autem exclusus qui neque fœmina est, neque dotem habet, aut habere potest, cùm sit masculus. Atque ego in hoc contra Baldum sentio, qui nepotem hunc ex filia exclusa duobus casibus excludi existimauit; vno, si filia simpliciter exclusa esset: altero, si exclusa quidem esset quatenus dotata, sed patri suo superuixisset. Nam cùm filia prædefuncta est, non obstat nepoti qui exclusus ipse non reperitur, quique habet pro se ius commune nullo statuto imminutum, cùm nec masculi ipsi quorum fauore exclusa fuit per statutum filia, succedant alio iure quàm communi. Nec ad rem pertinet quòd simpliciter sit exclusa, quia quantumcunque simplex & absoluta sit exclusio, semper verum est filiam nó fuisse exclusam ratione filiationis aut gradus, sed sola ratione sexus, quæ ad nepotem porrigi nequit. Cùm verò filia superuixit patri, excluditur nepos ne possit auo succedere cum auunculis, siue dotata fuit filia, siue non fuit, non propter matris exclusionem; nec ob id rursus quòd mater videatur successisse cùm habuit dotem (quomodo enim potuit succedere etiam volens quæ fuit à successione exclusa?) sed propter eius superexistentiam, &, vt loquuntur, superuiuentiam, quæ facit vt nepos quantumlibet successionis capax sit, in primo tamen gradu esse non possit iure communi, nec proinde ex eodem iure communi succedere cum auunculis qui sunt in primo gradu. Et verò implicat contradictionem vt filia dicatur successisse ob id quod dotem habuit, cùm ob hoc ipsum excludatur per statutú à successione. Deinde quid attinet quærere an succedat cùm ad excludendum nepotem sufficiat quòd ipsa præcedat? Tunc enim quæri solet an filia successerit, cùm post filiam vult admitti nepos ex successorio edicto, quia, vt suo loco disputauimus, posteaquam persona aliqua prioris gradus successit, nunquam sequens gradus ex edicto successorio admittitur: nec si persona illa quæ semel successit postea abstinuerit, adeò vt fiant potiùs bona vacantia *l. vlt. de success. edict.* At in casu nostro totam successorij edicti potestatem illud aliunde excludit, quòd superstite filio primi gradus superest persona ad quam totum ius hereditatis & bonorum possessionis pertinere debeat, vbi filia est exclusa. Nunquam autem diuersorum graduum personæ ex edicto successorio simul admitti possunt. Nihil ergo refert quod ad exclusionem attinet nepotis ex filia, an filia ipsa successerit, necne, cùm adest filius primi gradus, qui succedere & possit & velit. Quòd si filius ipse nolit succedere, malitque se abstinere, tùm verò potest incidere quæstio De potestate successorij edicti: de quo videnda sunt quæ in hanc rem scripsimus in Errorem Decadis præcedentis.

ERROR III.

Si nepos ex filia concurrat cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepte ex filio, aut neptis ex filio cum nepote ex filia.

QVID verò si filius ipse primi gradus decesserit superstite filio masculo, atque ita de hereditate aui nonnisi inter nepotem ex filio, & nepotem ex filia contendatur? An quemadmodum filius primi gradus nepotem ex filia excluderet, ita & eum excludet nepos ex filio? Minimè: quia licèt nepos ex filio sit ex persona per statutum nō exclusa, nepos verò ex filia sit ex persona per statutum exclusa, cùm tamen non ex statuto succedatur, sed ex iure communi, vt toties diximus, nihil aliud inspiciendum est, nisi an aliquid sit quod impediat ne possint iure communi concurrere. Atqui nihil prorsus est quod impediat, siue ius cōmune inspicias, quia vterque in secundo gradu est, & vterque successionis capax, siue ius statutarium, quia statutum de neutro loquitur: & sicuti nepotem ex masculo non vocat ad successionem aui, ita neque nepotem ex filia ab eadem successione excludit. Masculos enim solùm ponit in conditione, fœminas verò filias solas excludit. At si nonnisi ex statuto succedi posset, filiique masculi non modò in conditione positi, sed etiam vocati iuxta Bartoli & Baldi opinionem censerentur: respondendum esset pro nepote ex filio, quia filij masculi appellatione posset contineri insta interpretatione, nisi omnis penitus interpretatio per statutum ipsum prohibita proponeretur, masculus verò ex filia non similiter posset contineri, nec vocatus intelligi tanquam qui esset ex persona exclusa. Quis enim credat ob id vocatum videri debere nepotem ex filia, quòd filia ipsa exclusa sit? Quamuis nec eo magis verum sit fuisse illum exclusum: quod malè Bart. Baldus & alij crediderunt. Sed ne admitti posset cum nepote ex masculo qui succederet ex statuto, non requireretur vt esset ille exclusus per statutum, sed sufficeret quòd non esset vocatus: sublato siquidem iure communi per statutum, & inducta sola successione statutaria, necessariū penitus est, vt vel ex statuto, vel nullo modo succedatur. Porrò ex statuto succedere alij non possunt, quàm qui per statutum vocati fuerint ad successionem. Vocati autem dici nequeunt qui ex personis exclusis nati sunt, non magis quàm si exclusi ipsi essent, si non expressim vocati proponantur. Quorum omnium nihil est quod dici possit, cùm succeditur non ex statuto, sed ex iure communi, quia tunc quisquis admittitur iure communi, eum necesse est, ad hoc vt succedere prohibeatur exclusum esse per statutum: nec sufficeret quòd non esset à statuto vocatus. Nec enim indiget vt vocetur à iure speciali qui iam vocatus est à iure communi, dum ne à iuris communis beneficio per statutum excludatur. Quid rursum si concurrat neptis ex filia cum nepote ex filio? Ego indistinctè responderem pro nepote, quia licèt non magis in hoc casu quàm in superiore possit dici nepotem hunc à statuto vocatum esse, cùm sit in conditione tantùm positus, nec proinde possit succedere nisi ex iure communi: tamen facit vt neptis ex filia perinde exclusa videri debeat ac mater eius, si viueret, exclusa esset, cùm exclusio filiæ fœminæ transeat in neptem, in quam transit vtraque qualitas requisita ad exclusionem scilicet filiationis & sexus. Vt enim & filia & neptis ex filia excludatur, sufficit existere conditionem exclusionis, id est, extare filium masculum, vel vnum, quem por-

rò non potest negari extare cùm extat nepos ex filio, quippe qui nō solùm masculus sit, sed etiam filius iusta interpretatione, *d.l.iusta.201.de verb.signif.* Hoc ita, nisi ponas alio statuto exclusam esse quamlibet statuti interpretationem. Tunc enim quasi defecta conditione statuti ob id quòd filius masculus primi gradus non superesset, admitteren neptem ex filia cum nepote ex filio iure cōmuni, secundum ea quæ in præcedentibus disputauimus. At quid si neque ex filio, neque ex filia masculus vllus supersit, sed tantùm filia, atque ita inter neptem ex filio, & neptem ex filia de aui hereditate certetur? adhuc Baldus diceret neptem ex filio non excluso præferendam esse nepti ex filia exclusa. sic enim ille ad *l.venia.C.de in ius vocand.in fin.* Nec aliud sentit Bart. ad *d.l.liberorum.num* 15. vbi ait hanc quæstionem in eo stare, An cùm nepotes simul succedunt, dicantur succedere ex propria persona, an verò in locum parentum & iure repræsentationis. De quo tractari solet ad Auth. *cessante.C.de legit.hered.* In qua quæstione Bart. in id procliuior est, vt putet succedere nepotes iure repræsentationis, nec solùm si agatur de hereditate ascendētis, & inter nepotes neptésue ex filio qui sunt descendentes, sed etiam si de hereditate patrui, & inter filios fratrum, vt apertè idem Bart. pro Accursio aduersus Azonem disputat in *l.2.§.hac hereditas.D.de suis & legit.* vbi defendit ob hanc causam succedere illos in stirpes non in capita ex Nouell.118. *de hered.ab intest. venient.§.si autem.cum seq.versic.illud palàm est.* Ego non dissentio à Bartolo in eo quòd vult fratrum filios, etiam cùm soli succedunt in hereditate patrui succedere iure repræsentationis, & in stirpes. Id.n. pluribus defendi in disputatione illa nostra forensi De hereditate patrui inter solos fratrū filios, an in capita, an in stirpes diuidenda: idémque multò magis admitto in nepotibus neptibúsque ex filio & filia, cùm inter descendentes ius repræsentationis locum habeat in infinitū. *§.cum filius.Inst.de her.quæ ab intest.def.* Sed nihilominus puto non esse in proposito verum quod Bartolus & Baldus volunt neptem ex filio præferendam esse nepti ex filia. Etsi enim si filius & filia viuerent, filius solus succederet, filia verò in totum excluderetur, id tamen non alia ratione fieret quàm propter authoritatem statuti, quòd eo casu sibi locum vindicaret. At cùm ambo præmortui sunt, nec supersunt nisi neptes ex vtroque prædefuncto, statutum quod excludit fœminas masculis extantibus non potest locum habere, siquidem verū est deficere conditionem & casum statuti, cùm masculi nulli extant. Neque enim dici potest videri masculum aliquem extare ob id solùm quòd supersit neptis ex masculo, quia non sicut qualitas illa filij, cùm sola est, transit in neptem, quia ei cōmunis est filiatio, ita & qualitas masculi potest in eam transire, quæ est fœmina. Cessante igitur conditione statuti, necesse est dispositionem quoque cessare, quæ tota in fœminarum exclusione consistit. Et consequenter nec illud dici potest, exclusam fuisse neptem ex filia exclusa. Nam nec filia ipsa si viueret, exclusa esset, nullis quippe masculis extantibus. Illud ergo solùm relinquitur, vt remoto statuto succedatur ex iure communi, ex quo porrò certū est neptem ex filia cōcurrere cum nepte ex filio, quia sunt ambæ in eodem gradu, siue dicas manere illas in secundo, siue quod est verius, succedere eas in locum parentum. Non enim idcircò repræsentant personas parentum, sed gradum, quia quoties prior gradus vacuus est, statim succedit in eius locum posterior, & eum occupat, nec eo minùs verum est succedere ex propria persona eos quoque qui succedunt ex gradu alieno, vt disputauimus in præcedentibus. Et sanè si in eo casu quem proximè tractauimus, id est, cùm neptis ex filia con-

*duobus.16.§.vlt. de leg.1.l.virilis.145. De verb.signific.*sicut & *cæterorum* & *reliquorum* appellatione omnes contineri dicimus, si cui optio vnius serui legata sit, & cæteri omnes Sempronio: nam si optionis legatarius non optet, omnes serui ad Sempronium pertinent,*l.cæterorum.160. eod.* Frustra igitur est quærere in proposita specie, An priuilegium concessum filio transeat ex iure communi ad nepotes. Quod nec Baldus admittit ad *d.l.maximum vitium,num.7.* nisi vno illo casu,quo priuilegium sit fauorabile,non etiam si sit odiosum, siue quòd sit correctorium iuris communis,ex notat in Auth.*quas actiones C.de sacros.eccles.* siue quòd absorbeat ius tertij, quo casu, inquit, videtur concessum limitatè respectu personæ,ex *l.penult.§.si puella. D.de rit.nupt.* Melior videtur pro nepote ex filio ad exclusionem filiæ ratio illa, quam Iacob.de Aret. adferebat, quòd ratio huiusmodi statutorum non alia sit quàm vt agnatorum salua sit dignitas *l.1.§.quamuis. D.de ventr.inspic.l.super statu.9.C.de quæst.* Agnatio autem quæ per filios masculos, non per filias conseruatur, æquè conseruetur per nepotes ex masculis,imò augeatur,quia per eos multiplicatur & extenditur generatio, vt ait Bald.*ex l.pronuntiatio.295.§.familiæ.2. De verb.signific.* Quos igitur ratio cōnectit,non debet dispositio iuris separare;*l.1.C.de diuers.rescript.l.1. C.si vnus ex plurib.appell.l.si is qui.29. D.liber. legat. l.non solum. 10. §. qui primum pilum D. de excusat.tutor.* sed tamen ait Bartolus sibi argumentum hoc non placere, quia ratio illa statuti,*vt agnatorum dignitas salua sit*,non sit expressa in statuto. Quod rursum Baldus,vt solet ille Bartolo ferè in omnibus contradicere,reprehendit,propterea quòd quando certa est ratio legis, licèt tacita sit, tamen argui ex ea potest tanquam ex causa finali,*l.milites 13.in princip. D. de re milit.* tunc autem est certa,quando sola ipsa reddi potest, *arg.l.2. D.de liber.& posth. l.fundus qui locatus 24.de fund.instr.l.si optio 13. D.de opt.legat.* Sed vereor ne nō satis iusta sit reprehensio,licèt reprehensionis ratio sit vera. Nam in proposito statutum quod extantibus filiis masculis excludit filiam,potest habere aliam rationem quàm fauorem agnationis conseruandæ, nimirum fauorem sexus, cùm masculi ob hoc solùm quòd masculi sunt,licèt non sint agnati, adeóque nec ex agnatis descendentes sint,tamen fauorabiliores quàm fœminæ,tanquā reipublicæ adiuuandæ & erigendæ aptiores:vnde est, quòd etiam testatorum plerique,quorum tamen minùs interest quàm reipublicæ, masculos etiam ex fœminis natos aut nascituros præferunt fœminis, quamuis non magis per eos conseruari agnatio possit,quàm per fœminas. Itaque cōtra Baldum vrget hoc casu illud ipsum,quod fatetur ipse:& verum est,quando ratio statuti esset dubia,vel congruè reddi non posset,tunc ex tali ratione non posse nos arguere, quoniam,inquit,ratio illa non est necessaria,sed magistralis, vt notat ad l.1. *C. de legib.* sed si ponas masculum decessisse relicta filia, eadémque nepte patrisfamiliâs,de cuius hereditate agitur,& superstite sorore, atque ita de hereditate inter filiam & neptem ex masculo contendatur; placet mihi sententia Bartoli existimantis ad *d.l.liberorum.num.13.* non excludi filiam per neptem, non quòd in nepte cesset ratio illa conseruandæ agnationis, quæ in masculo filio locum habebat,cùm ea ratio,vt diximus,in statuto expressa non sit, sed quia non sicut filij masculi appellatio porrigitur ad nepotem, ita & porrigi potest ad neptem quæ masculus non est.Idque est quod ait Bartolus appellationē filij porrigi ad nepotes de iure communi, quando profertur simpliciter sub ea appellatione,& quia filius est;secùs si respectu alterius qualitatis,*l.vlt.C.de natur.liber.* vbi leges & constitutiones loquentes de filio spurio non extenduntur

ad nepotẽ qui spurius nõ est, quia non excluditur filius spurius tãquam filius, sed tanquam spurius. Porrò in casu nostro filius masculus non ideo filiam excludit, quia simpliciter filius est, sed quia filius masculus, quæ qualitas masculi non transit in neptem. Ergo apparet, inquit Bart. quòd in eam non transit dispositio statuti, & sic non potest assumere locum patris. Adhuc tamen contradicit Baldus ad *l. venia. C. de in ius vocand. num.* 5. vbi ait, Si statutum dicat, quòd filia non succedat, posse neptem ex filio succedere, quia repræsentat patrẽ qui succedebat: neptem autem ex filia non succedere, quia repræsentat personam quę excludebatur. Sed ratio ipsius mala est. Neptis enim ex filio non potest repræsentare patrem, qui solus successisset, quia non repræsentat eum in qualitate masculi: quæ tamen sola qualitas erat, propter quam præferendus esset filius si viueret. E contrario neque neptis ex filia excludenda est per neptem ex filio; quia licèt repræsentet filiam quæ excludebatur, exclusionis tamen ratio quæ locum habebat in persona filiæ, cessat in persona neptis. Excludebatur siquidẽ filia per statutum extantibus filiis masculis, & in fauorem masculorum. At ponimus nullos esse filios aut nepotes masculos eo tempore, quo neptis ex filia succedit, sed tantùm neptem ex filio. Nulla igitur ratio est cur neptis ex filia excludatur, quia nec filia ipsa per statutum excluderetur ob neptem ex filio, quippe quam statutum non excludit nisi sub illa conditione, *si masculus filius extabit*, quæ conditio deficit masculis omnibus defunctis, licèt supersit aliqua ex filio neptis. Nemo enim vnquam dixit neptem ex filio filiorum masculorum appellatione contineri posse. Quod verò idem Baldus addit, non debere plus concedi nepti quàm filiæ, quia ratio statuti hoc non patitur, arg. l. *si viua matre 3. C. de bon. quæ liber.* ad rem non pertinet. Non enim plus conceditur nepti quàm filiæ, cùm admittitur neptis ex filia eo casu, quo masculi nulli supersunt, quoniã & filia eo casu admitteretur. Sed & in eo errat Baldus, quòd præsupponit, statuta ista odio mulierum facta esse. Nam imò verò facta sunt fauore masculorum: & ideò si masculi nulli sint, non prohibentur fœminæ succedere, sed saluum iis superest ius commune, cùm non simpliciter & absolutè excludantur, sed sub conditione tantùm, quam existere implerique necesse est priusquàm exclusio locum habere possit. Quòd si mulierum odio fierent huiusmodi statuta, vel arcendæ essent simpliciter à successione, vel saltem si quis mitiùs agere cum iis vellet, excludendæ essent non sub conditione, sed purè; & ita tamen vt exclusio illa resolueretur sub conditione, si masculi desinerent extare. Durior enim esset exclusio pura, quãuis resolubilis sub cõditione, quàm quæ facta esset sub conditione, arg. l. 2. *D. de in diem addict. l. 1. D. de leg. commiss. l. fideicommissa* 11. § *sic fideicommissum. de legat.* 3. At cùm nec absolutè, nec purè excluduntur, sed tantùm sub conditione illa, Si masculi filij extabunt, apparet non ipsarum odio, sed solo masculorum fauore fieri vt extantibus masculis ipsæ excludantur. Fauor porrò masculorum nullus superest, cùm masculi omnes defecerunt sola superstite nepte ex filio, siue agnationis conseruandæ, siue sexus masculini fauorem statuentes respexerint.

ERROR II.

De statuto excludente filiam fœminam extantibus filiis masculis, an excludat nepotem ex filia.

PAVLO difficilior videtur hæc quæstio, & in qua pugnandum nobis erit contra Bartolum, pro quo pugnauimus in præcedenti contra Baldum. Bartolus enim ad d.l. *liberorum.220.num.14. de verb.signif.* concludit, ita concepto statuto, *extantibus masculis filia fœmina non succedat*, si filius aliquis masculus supersit, nepotem ex filia excludi, non per extensionem aut interpretationem statuti, quasi filiæ fœminæ appellatione possit contineri masculus nepos ex filia: sed quia, inquit, aut vult nepos iste ex filia succedere cum auunculo ex propria persona, aut vult succedere ex persona matris. Si ex propria, non potest, quia cùm sit in secundo gradu, non potest concurrere cum auunculo qui est in primo: sin ex persona matris, multò minùs, cùm mater fuerit exclusa per statutum, nec melioris conditionis esse debeat hic nepos ex filia, quàm ipsius mater ex cuius persona succedit, *l.si viua matre 3. vers. nam licet. C.de bon. matern. l. illam 19. D.de collat. l. Pomponius 13. §. cùm quis. D. de acquir. poss.* eandemque sententiam sequitur Baldus in d.l. *maximum vitium. num.10. C.de liber. præter.* vbi ait nepotem ex filia omnino excludi, etiamsi statutum nullam reciperet interpretationem, quia, inquit, hoc non est vi interpretationis statuti, sed per viuam rationem, quia nascitur ex inhabili materia, quoniam mater eius, à qua sumeret formam succedendi, sicut sumit originem nascendi, est inhabilis & aliena. Ergo quicquid ex ea sequitur *arg. l.2. C. de libert. & eor. liber.* idem tamen Baldus refert, quosdam putare, exclusa filia, quia fœmina non excludit nepotem masculum ex ea, quinimò aperiri viam nepoti tanquam matre ciuiliter mortua tempore mortis aui, *arg. l.1. §. penult. & vlt. D. de bonor. poss. contr. tabul. l. qui in aliena. 6. §. interdum. D. de acquir. hered. l. eum qui. 3. D. de interd. & releg. l. pater filium. 14. l. penult. D. de inoff. testam.* eamque Iacobi Butrigarij sententiam fuisse, quæ & Angeli fuit *ad §. neque illo. per illum tex. Nouella 18. De trient. & semiss.* quam tamen Baldus ipse non probat eo casu quo filia superuixerit patri, quoniam, inquit, ipsa titulo dotis videtur successisse, sicut olim dicebamus, quòd sufficit succedere quoquo relicti titulo. Nam cùm dos per mortem patris consolidetur in filiam, ipsa consolidatio est quædam mortis causa capio, & censetur filia hæc habere partem successionis paternæ, & talis portio deducitur ad considerationem legitimæ, *l. quoniam Nouella 29. C. de inoff. testam.* Itaque cùm filia & præcedat & succedat, consequens est, vt nepos ex ea excludatur. Planè si filia præmortua sit, non dubitat Baldus quin verum sit quod Iacobus dicebat, nepotem non excludi. Idque duplici ratione: & quia tractatur hîc de odioso, in odiosis autem appellatione filij aut filiæ nepos non continetur: & quia statuti ratio, quæ illa est quòd filia dotata sit, cessat de iure & de facto in nepote. Tandem concludit ille distinguendo, vt solet, quòd aut filia simpliciter & absolutè excluditur, & tunc, inquit, nepos quoque ex ea natus excluditur, aut nō excluditur simpliciter, sed quia dotata: & tunc aut superuixit patri, & nepos excluditur: aut prædecessit, & tunc nepos non excluditur per iura superiùs allegata. Mihi nulla ex istis opinionibus videtur satis vera. Nam quod Bartolus putat & disputat, non posse nepotem ex filia succedere cum auunculis, neque ex propria persona, quia vno gradu remotior est, neque ex persona matris quæ fuit

exclusa, præsupponit idem esse, Succedere ex persona propria, & ex gradu proprio: itémque ex persona matris, & ex gradu matris. Qui perpetuus & maximus Bartoli error est, omniúmque ferè Pragmaticorum. Potest enim fieri, & verò fit in casu proposito, vt nepos ex filia exclusa, qui neque potest succedere ex proprio gradu cum auunculis, quia remotior est, neque ex persona matris exclusæ per statutum, possit tamen succedere ex persona quidem propria, sed tanquam repræsentans gradum matris, vt à nobis iam alibi sæpe demonstratum est. Nã quòd hic nepos in secundo tantùm gradu est, non facit ne possit succedere cũ auunculis ex propria persona, sed tãtùm ne possit succedere ex proprio gradu, quoniam diuersi gradus concurrere nunquam possunt, *l. cùm in testamento* 37. *D. de hered. instit. l.* 1. *l. Iurisconsultus* 10. *& passim. D. de gradibus & adfin.* Quod verò huius nepotis mater exclusa est per statutum, non facit quominus possit nepos succedere ex gradu matris, sed tantùm ne possit succedere ex persona ipsius. Nec enim statutum excludit gradum maternum, sed tantùm personam matris, vt ex eo constat, quod non excludit filiam quatenus filia est, sed quatenus fœmina, adeóque nec quatenus fœmina est, si non sit etiam dotata. Proinde nepoti venienti non ex persona, sed ex gradu matris, minimè nocere potest quòd persona matris sit exclusa, sicut & alia ex parte nõ potest ei nocere quòd sit in gradu remotior auunculis, cùm succedat non ex proprio gradu, sed ex gradu materno, qui æquè proximus est. Facit enim repræsentatio, non vt qui in secundo gradu re vera est, sit in primo, quod per rerum naturam fieri nullo modo potest, nec consequenter per legem, sed vt fingatur esse in primo gradu, quia repræsentatio nihil nisi fictio est, quam inducere quoties necessitas & æquitas hoc exigit, solet lex, & potest, §. *cùm filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* vbi dicitur ius repræsentationis, cùm de ascendentis hereditate agitur, locum habere inter descendentes in infinitum. Et ex hac gradus & personæ distinctione facilis responsio est ad omnia quæ contra hunc nepotem, siue propter gradus disparitatem, siue propter matris exclusionem obiiciuntur. Nam quod dicitur, Non posse illum plus iuris habere, quàm matrem quæ tamen exclusa est, præsupponit non velle, aut nõ posse ipsum succedere, nisi ex persona matris, quod falsum est. Rursus cùm obiicitur non posse illum succedere ex propria persona cum auunculis qui sunt in gradu proximiores, præsupponitur succedere ipsum ex gradu proprio, quod æquè falsum est: succedit enim ex gradu materno. Quod cùm ita sit, malè idem Baldus ad Auth. *cessante. ad fin. C. de legit. hered.* generaliter tradit, Vbicunque ex vi successionis intestati succeditur tenore contractus non obstante, potiorem esse filiam, quàm filium alterius filiæ. Ratio enim qua mouetur, falsa est, quia, inquit, ad excludendam filiam oportet quòd nepos veniat per functionem, quæ est quædam fictio. Necesse est enim quòd fungatur loco matris. Ergo, inquit, non potest tanquam masculus iudicari. Certè nec mater mortua, inquit, excludit sororem viuentem. Vnde concludit de primo ad vltimum, quòd si agatur de feudo quod sit indiuisibile, & ad quod tamen fœmina possit admitti filia, erit potior nepote. Imò, inquam, nepos hic potest fungi loco & gradu matris, licèt non fungatur ipsius persona. Ergo non eo minùs verum est, illum esse masculum, & iudicari debere masculum, quòd ipsius mater fuerit fœmina: idque probatur euidẽter ex textu quem Baldus ibidem citat in cap. 1. *De eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin. coll.* 10. vbi dicitur, quòd masculus per filiam descendens, præfertur filiæ alterius fratris, quòd non pateat locus fœminæ in feudi successione, donec masculus

superest ex eo qui primus de feudo fuit inuestitus. Nam quod respondet Baldus casum illum esse specialem, quia in illo capitulo tenor inuestituræ ponebat omnes masculos ex parte, quos fœminis præferebat, vt ideò nutum non sit locum non esse fœminæ ex *l. in multis. D. de stat. hom.* etsi verum est, tamen non satisfacit obiectioni. Quantumuis enim masculi omnes vocati sint per inuestituram, quomodo tamē posset hic nepos in eo masculorū numero contineri, si verum esset quod ait Baldus, eum non posse iudicari masculum, quoties necesse est vt fungatur loco matris. Nam & in ea specie æquè verum est, masculum descendere ex filia, nec coniungi defuncto nisi per fœminam. Ergo sicuti non succedit fœmina in feudo, saltem quandiu masculus aliquis superest: ita dicendum esset secundùm Baldum, nec masculum descendentem per fœminam posse succedere, non quia non possit pugnam facere, quæ prima & germana ratio fuit fœminarum à feudis excludendarum, sed quia caret principio producente, vt loquitur idem Bald. in *l. quoties. num. 2. C. de suis & legit.* vbi addit fœminam non esse agens aptum operari transmissionem, licèt masculus esset patiens aptum consummari, si fieret transmissio: & sicut medium quod non seruit, impedit seruitutem; ita mediam personam quæ non potest seruire in feudo, impedire feudum quod est quædam seruitus, *arg. l. qui sella 7. §. in rusticis. D. de seruit. rustic. præd.* Atqui nihil illorum impedit quominus masculus ex fœmina possit succedere in feudo, d. cap. 1. *De eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin.* non ergo bonæ sunt rationes Baldi. Nec sanè caussa vlla est cur propter matrem quæ est fœmina, masculus ex ipsa non debeat iudicari masculus, sed fœmina, cùm non modò reuera sit masculus, sed etiam officia & obsequia omnia præstare possit, quæ præstat cæteri masculi ex masculis procreati: nimirum quando masculi omnes ad feudum sunt vocati, habito respectu ad solum sexum, non etiam ad certas personas, certósve gradus inuestitorum. Alioqui non ignoro masculos descendentes ex fœminis, non magis quàm ipsas fœminas ad feudum admitti posse, nisi eius conditionis sit feudum; vel eo pacto acquisitum *cap. 1. §. hoc autem de his qui feud. dar. poss. lib. 1. in vsib. feudor. & tit. 11. de success. fratr. vel gradib. succedent. in feud. versic. ad filias. lib. 2.* quia nēpe in eo versatur fauor domini, qui solis masculis feudum dando, fœminásque excludendo, id procul dubio egit, vt non posset fœmina vlla facere, nec proinde masculos suscipiendo, quin feudum ad dominum reuerteretur, si masculos omnes, quibus feudum datum esset, deficere contingeret. Eáque propria & recta est natura feudi. Itaque excluduntur à feudo regulariter masculi descendentes ex fœminis, non quasi non possint iudicari masculi, vt vult Baldus, sed quia nō sunt ex masculis inuestitis, quando non descendunt per lineam masculinam, nec coniunguntur inuestitis, nisi per eam personam quæ à feudo sit exclusa, nec proinde possunt dici vocati per inuestituram, quod tamen omnimodo requiritur, vt succedere possint. Sed cùm non de feudis agitur, at de vulgaribus successionibus, de quibus nunc disputamus, longè fauorabilior est causa nepotum ex fœminis descendentium, quippe quos non est necesse vocatos esse per statutum cum cæteris masculis, sed sufficit non esse exclusos, cùm eis satis superque sit, quòd sint vocati, possintque admitti ex iure communi. Atqui apertum est, exclusa propter filios masculos filia fœmina, non idcircò exclusum esse nepotem ex filia descendentem, cùm neque filia sit, neque fœmina. Nihil ergo vetat quominus ex iure communi possit succedere, etiam cùm auunculis repræsentando scilicet matris non personam quæ exclusa est, sed gradum qui

non

non est exclusus. Et vt dicam apertiùs, intermedia matris exclusæ persona facere quidem potest, vt qui ex ea descendunt, non possint dici vocati per eam dispositionem, siue conuentionalem, siue statutariam, quæ fœminas excludit, nisi ad eos nominatim dispositio extendatur: sed non potest facere vt videri debeant exclusi, quia sicuti plus est, ita difficilius, excludi, quàm non admitti, aut non vocari. Medium quodlibet inhabile impedit coniunctionem extremorũ, quæ tamen coniunctio necessaria esset, vt masculi ex fœminis dici possent vocati cum cæteris masculis, quia non possunt videri vocati, nisi tanquam coniuncti vocatis. At quantumuis medium inhabile sit, extremorúmque coniunctionem impediat, non potest tamen ea res facere vt nepos ex filia exclusa intelligatur exclusus, cùm iam sit ille admissus ex iure communi ad successioné, quæ iure communi defertur: nec in eo locum habeant verba, sicut nec ratio exclusionis. Fiet res hæc tota manifestior, si sic explicetur: Cùm ita statutum conceptum est, *Extantibus filiis masculis filia fœmina non succedat, sed dote contenta sit*, si verum esset, quomodo esse vult Bartolus, filios masculos videri ex statuto vocatos esse ad successionem, & quidem solos ex priuilegio, ac proinde succedere ex statuto, non etiam ex iure communi. Fateret intrepidè, futurum vt nepos ex filia, quanuis masculus non magis posset succedere, quàm si esset fœmina, non tanquam exclusus ob id quòd esset ex fœmina, sed tanquam non admissus nec vocatus per statutum ad successionem. Quomodo enim posset dici vocatus per statutum, qui esset ex fœmina, quam statutum exclusisset? In eóque admitterem non illibenter feudorum, cæterarúmque successionum statutariarum comparationem. Sed cùm in contrarium sit verissimum quod in præcedentibus probaui, filios masculos in specie proposita succedere non ex priuilegio & ex verbis, aut mente statuti, sed ex iure communi, quanuis soli succedant: dico ex eodem iure communi posse nepotem quoque ex filia succedere etiam cum auunculis non quasi vocatum (quid enim hoc necesse est, cùm nec filius primi gradus succedat tanquam vocatus?) sed quasi nõ exclusus, quia ei non conueniunt neque verba, neque ratio exclusionis, tametsi natus sit ex persona exclusa: cùm ea exclusio non possit ipsi adimere ius commune, quia neque ex iure communi ea est, sed ex statuto, cuius potestas nunquam illa est, vt tollat ius commune quandiu potest vtrúmque simul consistere, quomodo potest in hoc casu; siquidem exclusio matris potiùs debet prodesse nepoti, vt tanto citiùs & faciliùs possit succedere, quàm ei nocere ne suo iure possit succedere tanquam qui à matre iam exclusa nõ ampliùs anteuertatur. In summa nocere potest exclusio matris filio venienti ex eo ipso iure, ex quo exclusio matris fuit, sed non venienti ex alio iure. Et ob id nimirum Iacobus de Butr. defendebat exclusionem hanc matris aperire viam nepoti, quasi mater reperiatur ciuiliter mortua tempore mortis aui. In quo tamen ipso, si quid ego video, fallebatur, & falluntur qui cum eo sentiunt, posse hunc nepotem succedere cum auunculo. Etsi enim verissimum est exclusionem matris ei non nocere, itémque quod contra Bartolum disputauimus, posse ab eo repræsentari gradum matris, etiam non repræsentata matris persona: non tamen statim consequens fit vt admittendus ille sit cum auunculo ad aui successionem. Nam vt admitteretur, oporteret exclusionem matris inductam per statutum, non modò ei non nocere, quod hos vltrò concedimus, sed etiam ipsi prodesse, vt non magis ei obstaret persona matris, quàm si in medio non esset: siquidem quãdiu mater in medio est, non potest nepos ex propria persona, neque tanquã repræ-

sentans matris gradū qui vacuus non est, cum iis succedere, qui in proximiore sunt gradu, ex iure scilicet cōmuni, quia cū mater eodē iure cōmuni anteuertit. Quod præsentiens Iacobus dicebat matrē hanc habēdā esse pro mortua ciuiliter. Atqui alienum prorsus est à ratione & mēte statuti, vt exclusio filiæ, cui causam dederit solus fauor masculorum, nec quidē omniū, sed eorū duntaxat cū quibus alioquin concurrere filia potuisset, prosit nepoti ex hac filia, vt possit admitti cū auunculis, quia non posset ea exclusio prodesse nepoti, quin hoc ipso noceret aliis masculis, quibus tamē adeóq; solis fauere statutum voluisset. Quid.n. iis ꝓdesset exclusam habere sororē ne possit iis partē facere, si sororis exclusæ filius masc. partē facere posset, simúlq; cū ipsis ad successionē admitti viua matre cōtra iuris cōmunis rationē? Ergo quemadmodū si filia exclusa nō esset, nepos ex filia superstite nō posset auunculis partē facere, quoniā à matre anteuerteretur: ita neque facere debet, cùm mater per statutū exclusa est, quia nō ideò exclusa fuit vt alij masculi admitterentur, quos ipsa erat alioquin exclusura, sed ne posset illa partē facere iis masculis, cum quibus alioquin fuisset simul admittēda. Nā quod ad masculos omnes attinet, cùm de iis nihil statutū disposuerit, nisi quòd eos posuit in conditione vt ius commune iis conseruaret, omnia æstimanda sunt ex ratione iuris cōmunis, vt proinde nec alij nec aliter succedát, quàm qui & quo modo successuri essent ex iure cōmuni si filia exclusa non esset, nisi quòd filia ipsa quæ exclusa est, parte facere nō potest, quá vtiq; faceret, si succedere & posset & vellet. Atqui nepos ex filia superstite nō succederet cū auunculis ex iure cōmuni, tametsi filia ipsa quæ patri superuixisset, ei succedere ex aliqua causa vel noluisset, vel non potuisset, quia iure adcrescendi portio ipsius fratribus adcreuisset, neq; potuisset nepos ex filia repræsentare matris gradū quē ipsa occuparet. Ergo nec cùm filia per statutū propter masculos exclusa est, admitti potest nepos ex filia vt cū auūculis succedat. Implicaret.n. contradictionē vt hic nepos iure cōmuni succederet eo casu, quo si statutū nullū esset, succedere ex iure cōmuni nō posset. Neq; verò ex omnibus iis legibus, quas pro se Iac Butr. adducebat, vlla est quæ faciat pro hoc nepote: omnes. n. pertinent ad eos casus, in quibus filius primi gradus exclusus sit iure cōmuni à successione: aut quia exheredatus sit, aut deportatus, aut exclusus à querela inofficiosi testamēti. Nos verò eum casum tractamus quo filia superstes patri nō sit, exclusa ab ipsius successione ex regulis iuris cōmunis, sed sola vi & potestate statuti nō ad aliorū fauorē respicientis, quàm eorū masculorum, quibus illa si posset succedere, partē factura esset. Nihil.n. refert si statuti mentē inspicias, an statutū ita conceptū sit *extantib. masculis filia fœmina nō succedat*, an ita potiùs *extātibus filis masculis filia fœmina partē nō faciat*. Ex quo etiā apparet q̄ parū ad rē faciat quod Ang. obiicit ex *d. §. neque illo. Nou. 18. de trient. & semiss.* Ibi.n. nepotes ex filia admittuntur ad eā portionē quā mater eorū fuerat habitura, sicut & nepotes ex masculo, nō solum quia mater prædefuncta proponebatur, sed etiā quia expressim Iustinianus eo loco cōstituit vt idē sit ius in succedēdo & fœminarū & masculorū: ait.n. *non ferētes fœminā à masculo in talibus minui*. Quod in casu nostro penitus diuersum est ꝓpter statutū excludēs fœminas fauore masculorū. Planè si poneres filiā istā decessisse ante patrē relicto filio, nō esset dubit. meo iudicio, quin nepos etiā cū auūculo ad hereditatē aui admittēdus esset, siue simpliciter exclusa esset per statutū filia, quia fœmina, vel secūdū quid, h. e. quatenus dotata, quia tūc nihil ꝓhiberet quominus hic nepos succederet filia exclusa, tanquam repræsentans gradū matris, qui neque à matre, neque ab alio vllo occuparetur.

Sed

Sed eo casu succederet non propter exclusionẽ matris, sed propter ipsius mortem, neque tam quòd exclusa esset per statutum, quàm quòd in medio esse desiisset: ita nimirum dissuadente iure communi, ex quo tam filius primi gradus quàm hic nepos admittuntur. Notissimum enim est ius commune, nepotem siue ex filio, siue ex filia concurrere cum patruis & auunculis in aui siue paterni, siue materni successione, *d. §. cum filius. Instit. de hered. quae ab intest. defer. & Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. cap. 1.* Vt enim hoc casu nepos ex filia per statutum exclusa fauore masculorum possit cõcurrere ex iure communi cum cæteris masculis, sufficit vt non sit exclusus per statutum. Non est autem exclusus qui neque fœmina est, neque dotem habet, aut habere potest, cùm sit masculus. Atque ego in hoc contra Baldum sentio, qui nepotem hunc ex filia exclusa duobus casibus excludi existimauit; vno, si filia simpliciter exclusa esset: altero, si exclusa quidem esset quatenus dotata, sed patri suo superuixisset. Nam cùm filia prædefuncta est, non obstat nepoti qui exclusus ipse non reperitur, quique habet pro se ius commune nullo statuto imminutum, cùm nec masculi ipsi quorum fauore exclusa fuit per statutum filia, succedant alio iure quàm communi. Nec ad rem pertinet quòd simpliciter sit exclusa, quia quantumcunque simplex & absoluta sit exclusio, semper verum est filiam nõ fuisse exclusam ratione filiationis aut gradus, sed sola ratione sexus, quæ ad nepotem porrigi nequit. Cùm verò filia superuixit patri, excluditur nepos ne possit auo succedere cum auunculis, siue dotata fuit filia, siue non fuit, non propter matris exclusionem; nec ob id rursus quòd mater videatur successisse cùm habuit dotem (quomodo enim potuit succedere etiam volens quæ fuit à successione exclusa?) sed propter eius superexistentiam, &, vt loquuntur, superuiuentiam, quæ facit vt nepos quantumlibet successionis capax sit, in primo tamen gradu esse non possit iure communi, nec proinde ex eodem iure communi succedere cum auunculis qui sunt in primo gradu. Et verò implicat contradictionem vt filia dicatur successisse ob id quod dotem habuit, cùm ob hoc ipsum excludatur per statutũ à successione. Deinde quid attinet quærere an succedat cùm ad excludendum nepotem sufficiat quòd ipsa præcedat? Tunc enim quæri solet an filia successerit, cùm post filiam vult admitti nepos ex successorio edicto, quia, vt suo loco disputauimus, posteaquam persona aliqua prioris gradus successit, nunquam sequens gradus ex edicto successorio admittitur: nec si persona illa quæ semel successit postea abstinuerit, adeò vt fiant potiùs bona vacantia *l. vlt. de success. edict.* At in casu nostro totam successorij edicti potestatem illud aliunde excludit, quòd superstite filio primi gradus superest persona ad quam totum ius hereditatis & bonorum possessionis pertinere debeat, vbi filia est exclusa. Nunquam autem diuersorum graduum personæ ex edicto successorio simul admitti possunt. Nihil ergo refert quod ad exclusionem attinet nepotis ex filia, an filia ipsa successerit, necne, cùm adest filius primi gradus, qui succedere & possit & velit. Quòd si filius ipse nolit succedere, malitque se abstinere, tum verò potest incidere quæstio De potestate successorij edicti: de quo videnda sunt quæ in hanc rem scripsimus in Errorem Decadis præcedentis.

rò non potest negari extare cùm extat nepos ex filio, quippe qui nō solùm masculus sit, sed etiam filius iusta interpretatione, *d.l.iusta.201.de verb.signif.* Hoc ita, nisi ponas alio statuto exclusam esse quamlibet statuti interpretationem. Tunc enim quasi defectâ conditione statuti ob id quòd filius masculus primi gradus non superesset, admitterem neptem ex filia cum nepote ex filio iure communi, secundùm ea quæ in præcedentibus disputauimus. At quid si neque ex filio, neque ex filia masculus vllus supersit, sed tantùm filia, atque ita inter neptem ex filio, & neptem ex filia de aui hereditate certetur? adhuc Baldus diceret neptem ex filio non excluso præferendam esse nepti ex filia exclusa: sic enim ille ad *l.venia.C.de in ius vocand.in fin.* Nec aliud sentit Bart.ad *d.l.liberorum.num* 15. vbi ait hanc quæstionem in eo stare, An cùm nepotes simul succedunt, dicantur succedere ex propria persona, an verò in locum parentum & iure repræsentationis. De quo tractari solet ad Auth. *cessante.C.de legit.hered.* In qua quæstione Bart. in id procliuior est, vt putet succedere nepotes iure repræsentationis, nec solùm si agatur de hereditate ascendētis, & inter nepotes neptésue ex filio qui sunt descendentes, sed etiam si de hereditate patrui, & inter filios fratrum, vt apertè idem Bart. pro Accursio aduersus Azonem disputat in *l.2.§.hac hereditas.D.de suis & legit.* vbi defendit ob hanc causam succedere illos in stirpes non in capita ex Nouell. 118. *de hered.ab intest. venient.§.sin autem.cum seq.versic.illud palàm est.* Ego non dissentio à Bartolo in eo quòd vult fratrum filios, etiam cùm soli succedunt in hereditate patrui succedere iure repræsentationis, & in stirpes. Id.n. pluribus defendi in disputatione illa nostra forensi De hereditate patrui inter solos fratrū filios, an in capita, an in stirpes diuidenda: idémque multò magis admitto in nepotibus neptibúsque ex filio & filia, cùm inter descendentes ius repræsentationis locum habeat in infinitū. *§.cum filius.Inst.de her.quæ ab intest.def.* Sed nihilominus puto non esse in proposito verum quod Bartolus & Baldus volunt neptem ex filio præferendam esse nepti ex filia. Etsi enim si filius & filia viuerent, filius solus succederet, filia verò in totum excluderetur, id tamen non alia ratione fieret quàm propter authoritatem statuti, quòd eo casu sibi locum vindicaret. At cùm ambo præmortui sunt, nec supersunt nisi neptes ex vtroque prædefuncto, statutum quod excludit fœminas masculis extantibus non potest locum habere, siquidem verū est deficere conditionem & casum statuti, cùm masculi nulli extant. Neque enim dici potest videri masculum aliquem extare ob id solùm quòd supersit neptis ex masculo, quia non sicut qualitas illa filij, cùm sola est, transit in neptem, quia ei cōmunis est filiatio, ita & qualitas masculi potest in eam transire, quæ est fœmina. Cessante igitur conditione statuti, necesse est dispositionem quoque cessare, quæ tota in fœminarum exclusione consistit. Et consequenter nec illud dici potest, exclusam fuisse neptem ex filia exclusa. Nam nec filia ipsa si viueret, exclusa esset, nullis quippe masculis extantibus. Illud ergo solùm relinquitur, vt remoto statuto succedatur ex iure communi, ex quo porrò certū est neptem ex filia cōcurrere cum nepte ex filio, quia sunt ambæ in eodem gradu, siue dicas manere illas in secundo, siue quod est verius, succedere eas in locum parentum. Non enim idcircò repræsentant personas parentum, sed gradum, quia quoties prior gradus vacuus est, statim succedit in eius locum posterior, & eum occupat, nec eo minùs verum est succedere ex propria persona eos quoque qui succedunt ex gradu alieno, vt disputauimus in præcedentibus. Et sanè si in eo casu quem proximè tractauimus, id est, cùm neptis ex filia con-

duobus.16.§.vlt. de leg.1.l.virilis.145. De verb.signific. sicut & *cæterorum* & *reliquorum* appellatione omnes contineri dicimus, si cui optio vnius serui legata sit, & cæteri omnes Sempronio: nam si optionis legatarius non optet, omnes serui ad Sempronium pertinent, *l.cæterorum.160. eod.* Frustra igitur est quærere in proposita specie, An priuilegium concessum filio transeat ex iure communi ad nepotes. Quod nec Baldus admittit ad *d.l.maximum vitium, num.7.* nisi vno illo casu, quo priuilegium sit fauorabile, non etiam si sit odiosum, siue quòd sit correctorium iuris communis, ex notat in Auth. *quas actiones C. de sacrosf. eccles.* siue quòd absorbeat ius tertij, quo casu, inquit, videtur concessum limitatè respectu personæ, ex *l.penult.§.si puella. D. de rit.nupt.* Melior videtur pro nepote ex filio ad exclusionem filiæ ratio illa, quam Iacob. de Aret. adferebat, quòd ratio huiusmodi statutorum non alia sit quàm vt agnatorum salua sit dignitas *l.1.§.quamuis. D. de ventr.insp.ic.l.super statu.9.C. de quæst.* Agnatio autem quæ per filios masculos, non per filias conseruatur, æquè conseruetur per nepotes ex masculis, imò augeatur, quia per eos multiplicatur & extenditur generatio, vt ait Bald. *ex l.pronuntiatio.295.§.familiæ.2. De verb.signific.* Quos igitur ratio cōnectit, non debet dispositio iuris separare; *l.1.C. de diuers.rescript.l.1. C. si vnius ex plurib.appell.l.si is qui.29. D. liber. legat. l.non solum. 10. §. qui primum pilum D. de excusat.tutor.* sed tamen ait Bartolus sibi argumentum hoc non placere, quia ratio illa statuti, *vt agnatorum dignitas salua sit*, non sit expressa in statuto. Quod rursum Baldus, vt solet ille Bartolo ferè in omnibus contradicere, reprehendit, propterea quòd quando certa est ratio legis, licèt tacita sit, tamen argui ex ea potest tanquam ex causa finali, *l.milites 13.in princip. D. de re milit.* tunc autem est certa, quando sola ipsa reddi potest, *arg.l.2. D. de liber.& posth. l.fundus qui locatus 24.de fund.instr.l.si optio 13. D. de opt.legat.* Sed vereor ne nō satis iusta sit reprehensio, licèt reprehensionis ratio sit vera. Nam in proposito statutum quod extantibus filiis masculis excludit filiam, potest habere aliam rationem quàm fauorem agnationis conseruandæ, nimirum fauorem sexus, cùm masculi ob hoc solùm quòd masculi sunt, licèt non sint agnati, adeóque nec ex agnatis descendentes sint, tamen fauorabiliores quàm fœminæ, tanquā reipublicæ adiuuandæ & erigendæ aptiores: vnde est, quòd etiam testatorum plerique, quorum tamen minùs interest quàm reipublicæ, masculos etiam ex fœminis natos aut nascituros præferunt fœminis, quamuis non magis per eos conseruari agnatio possit, quàm per fœminas. Itaque cōtra Baldum vrget hoc casu illud ipsum, quod fatetur ipse: & verum est, quando ratio statuti esset dubia, vel congruè reddi non posset, tunc ex tali ratione non posse nos arguere, quoniam, inquit, ratio illa non est necessaria, sed magistralis, vt notat ad l.1. *C. de legib.* sed si ponas masculum decessisse relicta filia, eadémque nepte patrisfamiliâs, de cuius hereditate agitur, & superstite sorore, atque ita de hereditate inter filiam & neptem ex masculo contendatur, placet mihi sententia Bartoli existimantis ad *d.l.liberorum.num.13.* non excludi filiam per neptem, non quòd in nepte cesset ratio illa conseruandæ agnationis, quæ in masculo filio locum habebat, cùm ea ratio, vt diximus, in statuto expressa non sit, sed quia non sicut filij masculi appellatio porrigitur ad nepotem, ita & porrigi potest ad neptem quæ masculus non est. Idque est quod ait Bartolus appellationē filij porrigi ad nepotes de iure communi, quando profertur simpliciter sub eā appellatione, & quia filius est; secùs si respectu alterius qualitatis, *l.vlt.C. de natur.liber.* vbi leges & constitutiones loquentes de filio spurio non extenduntur

ad nepotē qui spurius nō est, quia non excluditur filius spurius tāquam filius, sed tanquam spurius. Porrò in casu nostro filius masculus non ideo filiam excludit, quia simpliciter filius est, sed quia filius masculus, quæ qualitas masculi non transit in neptem. Ergo apparet, inquit Bart. quòd in eam non transit dispositio statuti, & sic non potest assumere locum patris. Adhuc tamen contradicit Baldus ad *l. venia. C. de in ius vocand. num.* 5. vbi ait, Si statutum dicat, quòd filia non succedat, posse neptem ex filio succedere, quia repræsentat patrē qui succedebat: neptem autem ex filia non succedere, quia repræsentat personam quę excludebatur. Sed ratio ipsius mala est. Neptis enim ex filio non potest repræsentare patrem, qui solus successisset, quia non repræsentat eum in qualitate masculi: quæ tamen sola qualitas erat, propter quam præferendus esset filius si viueret. E contrario neque neptis ex filia excludenda est per neptem ex filio; quia licèt repræsentet filiam quæ excludebatur, exclusionis tamen ratio quæ locum habebat in persona filiæ, cessat in persona neptis. Excludebatur siquidē filia per statutum extantibus filiis masculis, & in fauorem masculorum. At ponimus nullos esse filios aut nepotes masculos eo tempore, quo neptis ex filia succedit, sed tantùm neptem ex filio. Nulla igitur ratio est cur neptis ex filia excludatur, quia nec filia ipsa per statutum excluderetur ob neptem ex filio, quippe quam statutum non excludit nisi sub illa conditione, *si masculus filius extabit*, quæ conditio deficit masculis omnibus defunctis, licèt supersit aliqua ex filio neptis. Nemo enim vnquam dixit neptem ex filio filiorum masculorum appellatione contineri posse. Quod verò idem Baldus addit, non debere plus concedi nepti quàm filiæ, quia ratio statuti hoc non patitur, arg. l. *si viua matre 3. C. de bon. quæ liber.* ad rem non pertinet. Non enim plus conceditur nepti quàm filiæ, cùm admittitur neptis ex filia eo casu, quo masculi nulli supersunt, quoniā & filia eo casu admitteretur. Sed & in eo errat Baldus, quòd præsupponit, statuta ista odio mulierum facta esse. Nam imò verò facta sunt fauore masculorum: & ideò si masculi nulli sint, non prohibentur fœminæ succedere, sed saluum iis superest ius commune, cùm non simpliciter & absolutè excludantur, sed sub conditione tantùm, quam existere implerique necesse est priusquàm exclusio locum habere possit. Quòd si mulierum odio fierent huiusmodi statuta, vel arcendæ essent simpliciter à successione, vel saltem si quis mitiùs agere cum iis vellet, excludendæ essent non sub conditione, sed purè; & ita tamen vt exclusio illa resolueretur sub conditione, si masculi desinerent extare. Durior enim esset exclusio pura, quāuis resolubilis sub cōditione, quàm quæ facta esset sub conditione, arg. l. 2. *D. de in diem addict. l. 1. D. de leg. commiss. l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum. de legat.* 3. At cùm nec absolutè, nec purè excluduntur, sed tantùm sub conditione illa, Si masculi filij extabunt, apparet non ipsarum odio, sed solo masculorum fauore fieri vt extantibus masculis ipsæ excludantur. Fauor porrò masculorum nullus superest, cùm masculi omnes defecerunt sola superstite nepte ex filio, siue agnationis conseruandæ, siue sexus masculini fauorem statuentes respexerint.

ERROR II.

De statuto excludente filiam fœminam extantibus filiis masculis, an excludat nepotem ex filia.

PAVLÒ difficilior videtur hæc quæstio, & in qua pugnandum nobis erit contra Bartolum, pro quo pugnauimus in præcedenti contra Baldum. Bartolus enim ad d.l. *liberorum. 220. num. 14. de verb. signif.* concludit, ita concepto statuto, *extantibus masculis filia fœmina non succedat*, si filius aliquis masculus supersit, nepotem ex filia excludi, non per extensionem aut interpretationem statuti, quasi filiæ fœminæ appellatione possit contineri masculus nepos ex filia: sed quia, inquit, aut vult nepos iste ex filia succedere cum auunculo ex propria persona, aut vult succedere ex persona matris. Si ex propria, non potest, quia cùm sit in secundo gradu, non potest concurrere cum auunculo qui est in primo: sin ex persona matris, multò minùs, cùm mater fuerit exclusa per statutum, nec melioris conditionis esse debeat hic nepos ex filia, quàm ipsius mater ex cuius persona succedit, *l. si viua matre 3. vers. nam licet. C. de bon. matern. l. illam 19. D. de collat. l. Pomponius 13. §. cùm quis. D. de acquir. poss.* eam denique sententiam sequitur Baldus in d.l. *maximum vitium. num. 10. C. de liber. prater.* vbi ait nepotem ex filia omnino excludi, etiamsi statutum nullam reciperet interpretationem, quia, inquit, hoc non est vi interpretationis statuti, sed per viuam rationem, quia nascitur ex inhabili materia, quoniam mater eius, à qua sumeret formam succedendi, sicut sumit originem nascendi, est inhabilis & aliena. Ergo quicquid ex ea sequitur *arg. l. 2. C. de libert. & eor. liber.* idem tamen Baldus refert, quosdam putare, exclusa filia, quia fœmina non excludit nepotem masculum ex ea, quinimò aperiri viam nepoti tanquam matre ciuiliter mortua tempore mortis aui, *arg. l. 1. §. penult. & vlt. D. de bonor. poss. contr. tabul. l. qui in aliena. 6. §. interdum. D. de acquir. hered. l. eum qui. 3. D. de interd. & releg. l. pater filium. 14. l. penult. D. de inoff. testam.* eámque Iacobi Butrigarij sententiam fuisse, quæ & Angeli fuit *ad §. neque illo. per illum tex. Nouella 18. De trient. & semiss.* quam tamen Baldus ipse non probat eo casu quo filia superuixerit patri, quoniam, inquit, ipsa titulo dotis videtur successisse, sicut olim dicebamus, quòd sufficit succedere quoquo relicti titulo. Nam cùm dos per mortem patris consolidetur in filiam, ipsa consolidatio est quædam mortis causa capio, & censetur filia hæc habere partem successionis paternæ, & talis portio deducitur ad considerationem legitimæ, *l. quoniam Nouella 29. C. de inoff. testam.* Itaq; cùm filia & præcedat & succedat, consequens est, vt nepos ex ea excludatur. Planè si filia præmortua sit, non dubitat Baldus quin verum sit quod Iacobus dicebat, nepotem non excludi. Idque duplici ratione: & quia tractatur hîc de odiosis, in odiosis autem appellatione filij aut filiæ nepos non continetur: & quia statuti ratio, quæ illa est quòd filia dotata sit, cessat de iure & de facto in nepote. Tandem concludit ille distinguendo, vt solet, quòd aut filia simpliciter & absolutè excluditur, & tunc, inquit, nepos quoq; ex ea natus excluditur, aut nō excluditur simpliciter, sed quia dotata: & tunc aut superuixit patri, & nepos excluditur: aut prædecessit, & tunc nepos non excluditur per iura superiùs allegata. Mihi nulla ex istis opinionibus videtur satis vera. Nam quod Bartolus putat & disputat, non posse nepotem ex filia succedere cum auunculis, neque ex propria persona, quia vno gradu remotior est, neque ex persona matris quæ fuit

exclusa, præsupponit idem esse, Succedere ex persona propria, & ex gradu proprio: itémque ex persona matris, & ex gradu matris. Qui perpetuus & maximus Bartoli error est, omniúmque ferè Pragmaticorum. Potest enim fieri, & verò fit in casu proposito, vt nepos ex filia exclusa, qui neque potest succedere ex proprio gradu cum auunculis, quia remotior est, neque ex persona matris exclusæ per statutum, possit tamen succedere ex persona quidem propria, sed tanquam repræsentans gradum matris, vt à nobis iam alibi sæpe demonstratum est. Nā quòd hic nepos in secundo tantùm gradu est, non facit ne possit succedere cū auunculis ex propria persona, sed tātùm ne possit succedere ex proprio gradu, quoniam diuersi gradus concurrere nunquam possunt, *l. cùm in testamento 37. D. de hered. instit. l. 1. l. Iurisconsultus 10. & passim. D. de gradibus & adfin.* Quod verò huius nepotis mater exclusa est per statutum, non facit quominus possit nepos succedere ex gradu matris, sed tantùm ne possit succedere ex persona ipsius. Nec enim statutum excludit gradum maternum, sed tantùm personam matris, vt ex eo constat, quod non excludit filiam quatenus filia est, sed quatenus fœmina, adeóque nec quatenus fœmina est, si non sit etiam dotata. Proinde nepoti venienti non ex persona, sed ex gradu matris, minimè nocere potest quòd persona matris sit exclusa, sicut & alia ex parte nō potest ei nocere quòd sit in gradu remotior auunculis, cùm succedat non ex proprio gradu, sed ex gradu materno, qui æquè proximus est. Facit enim repræsentatio, non vt qui in secundo gradu re vera est, sit in primo, quod per rerum naturam fieri nullo modo potest, nec consequenter per legem, sed vt fingatur esse in primo gradu, quia repræsentatio nihil nisi fictio est, quam inducere quoties necessitas & æquitas hoc exigit, solet lex, & potest, *§. cùm filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* vbi dicitur ius repræsentationis, cùm de ascendentis hereditate agitur, locum habere inter descendentes in infinitum. Et ex hac gradus & personæ distinctione facilis responsio est ad omnia quæ contra hunc nepotem, siue propter gradus disparitatem, siue propter matris exclusionem obiiciuntur. Nam quod dicitur, Non posse illum plus iuris habere, quàm matrem quæ tamen exclusa est, præsupponit non velle, aut nō posse ipsum succedere, nisi ex persona matris, quod falsum est. Rursus cùm obiicitur non posse illum succedere ex propria persona cum auunculis qui sunt in gradu proximiores, præsupponitur succedere ipsum ex gradu proprio, quod æquè falsum est: succedit enim ex gradu materno. Quod cùm ita sit, malè idem Baldus ad Auth. *cessante. ad fin. C. de legit. hered.* generaliter tradit, Vbicunque ex vi successionis intestati succeditur tenore contractus non obuiante, potiorem esse filiam, quàm filium alterius filiæ. Ratio enim qua mouetur, falsa est, quia, inquit, ad excludendam filiam oportet quòd nepos veniat per functionem, quæ est quædam fictio. Necesse est enim quòd fungatur loco matris. Ergo, inquit, non potest tanquam masculus iudicari. Certè nec mater mortua, inquit, excludit sororem viuentem. Vnde concludit de primo ad vltimum, quòd si agatur de feudo quod sit indiuisibile, & ad quod tamen fœmina possit admitti filia, erit potior nepote. Imò, inquam, nepos hic potest fungi loco & gradu matris, licèt non fungatur ipsius persona. Ergo non eo minùs verum est, illum esse masculum, & iudicari debere masculum, quòd ipsius mater fuerit fœmina: idque probatur euidēter ex textu quem Baldus ibidem citat in cap. 1. *De eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin. coll.* c. 10. vbi dicitur, quòd masculus per filiam descendens, præfertur filiæ alterius fratris, quòd non pateat locus fœminæ in feudi successione, donec masculus

superest ex eo qui primus de feudo fuit inuestitus. Nam quod respondet Baldus casum illum esse specialem, quia in illo capitulo tenor inuestituræ poterat omnes masculos ex parte, quos fœminis præferebat, vt ideò mirum non sit locum non esse fœminæ ex *l.in multis. D.de stat.hom.* etsi verum est, tamen non satisfacit obiectioni. Quantumuis enim masculi omnes vocati sint per inuestituram, quomodo tamẽ posset hic nepos in eo masculorũ numero contineri, si verum esset quod ait Baldus, eum non posse iudicari masculum, quoties necesse est vt fungatur loco matris. Nam & in ea specie æquè verum est, masculum descendere ex filia, nec coniungi defuncto nisi per fœminam. Ergo sicuti non succedit fœmina in feudo, saltem quandiu masculus aliquis superest: ita dicendum esset secundùm Baldum, nec masculum descendentem per fœminam posse succedere, non quia non possit pugnam facere, quæ prima & germana ratio fuit fœminarum à feudis excludendarum, sed quia caret principio producente, vt loquitur idem Bald. in *l.quoties.num.2.C. de suis & legit.* vbi addit fœminam non esse agens aptum operari transmissionem, licèt masculus esset patiens aptum confirmari, si fieret transmissio: & sicut medium quod non seruit, impedit seruitutem; ita mediam personam quæ non potest seruire in feudo, impedire feudum quod est quædam seruitus, *arg.l.qui sella 7.§.in rusticis. D.de seruit.rustic.præd.* Atqui nihil istorum impedit quominus masculus ex fœmina possit succedere in feudo, d.cap.1. *De eo qui sibi vel hered. suis mascul.& fœmin.* non ergo bonæ sunt rationes Baldi. Nec sanè causa vlla est cur propter matrem quæ est fœmina, masculus ex ipsa non debeat iudicari masculus, sed fœmina, cùm non modò reuera sit masculus, sed etiam officia & obsequia omnia præstare possit, quæ præstat cæteri masculi ex masculis procreati: nimirum quando masculi omnes ad feudum sunt vocati, habito respectu ad solum sexum, non etiam ad certas personas, certósve gradus inuestitorum. Alioqui non ignoro masculos descendentes ex fœminis, non magis quàm ipsas fœminas ad feudum admitti posse, nisi eius conditionis sit feudum; vel eo pacto acquisitum *cap 1.§. hoc autem de his qui feud.dar.poss.lib.1.in vsib.feudor.& tit.11.de success.fratr.vel gradib. succedent.in feud. versic.ad filias.lib. 2.* quia nempe in eo versatur fauor domini, qui solis masculis feudum dando, fœminásque excludendo, id proculdubio egit, vt non posset fœmina vlla facere, nec proinde masculos suscipiendo, quin feudum ad dominum reuerteretur, si masculos omnes, quibus feudum datum esset, deficere contingeret. Eáque propria & recta est natura feudi. Itaque excluduntur à feudo regulariter masculi descendentes ex fœminis, non quasi non possint iudicari masculi, vt vult Baldus, sed quia nõ sunt ex masculis inuestitis, quando non descendunt per lineam masculinam, nec coniunguntur inuestitis, nisi per eam personam quæ à feudo sit exclusa, nec proinde possunt dici vocati per inuestituram, quod tamen omnimodo requiritur, vt succedere possint. Sed cùm non de feudis agitur, at de vulgaribus successionibus, de quibus nunc disputamus, longè fauorabilior est causa nepotum ex fœminis descendentium, quippe quos non est necesse vocatos esse per statutum cum cæteris masculis, sed sufficit non esse exclusos, cùm eis satis superque sit, quòd sint vocati, possintque admitti ex iure communi. Atqui apertum est, exclusa propter filios masculos filia fœmina, non idcircò exclusum esse nepotem ex filia descendentem, cùm neque filia sit, neque fœmina. Nihil ergo vetat quominus ex iure communi possit succedere, etiam cùm auunculis repræsentando scilicet matris non personam quæ exclusa est, sed gradum qui

non

non est exclusus. Et vt dicam apertiùs, intermedia matris exclusæ persona facere quidem potest, vt qui ex ea descendunt, non possint dici vocati per eam dispositionem, siue conuentionalem, siue statutariam, quæ fœminas excludit, nisi ad eos nominatim dispositio extendatur: sed non potest facere vt videri debeant exclusi, quia sicuti plus est, ita difficilius, excludi, quàm non admitti, aut non vocari. Medium quodlibet inhabile impedit coniunctionem extremorũ, quæ tamen coniunctio necessaria esset, vt masculi ex fœminis dici possent vocati cum cæteris masculis, quia non possunt videri vocati, nisi tanquam coniuncti vocatis. At quantumuis medium inhabile sit, extremorúmque coniunctionem impediat, non potest tamen ea res facere vt nepos ex filia exclusa intelligatur exclusus; cùm iam sit ille admissus ex iure communi ad successionẽ, quæ iure communi defertur: nec in eo locum habeant verba, sicut nec ratio exclusionis. Fiet res hæc tota manifestior, si sic explicetur: Cùm ita statutum conceptum est, *Extantibus filiis masculis filia fœmina non succedat, sed dote contenta sit*, si verum esset, quomodo esse vult Bartolus, filios masculos videri ex statuto vocatos esse ad successionem, & quidem solos ex priuilegio, ac proinde succedere ex statuto, non etiam ex iure communi. Fateter intrepidè, futurum vt nepos ex filia, quamuis masculus non magis posset succedere, quàm si esset fœmina; non tanquam exclusus ob id quòd esset ex fœmina, sed tanquam non admissus nec vocatus per statutum ad successionem. Quomodo enim posset dici vocatus per statutum, qui esset ex fœmina, quam statutum exclusisset: In eóque admitterem non illibenter feudorum, cæterarúmque successionum statutariarum comparationem. Sed cùm in contrarium sit verissimum quod in præcedentibus probaui, filios masculos in specie proposita succedere non ex priuilegio & ex verbis, aut mente statuti, sed ex iure communi, quamuis soli succedant: dico ex eodem iure communi posse nepotem quoque ex filia succedere etiam cum auunculis non quasi vocatum (quid enim hoc necesse est, cùm nec filius primi gradus succedat tanquam vocatus) sed quasi nõ exclusus, quia ei non conueniunt neque verba, neque ratio exclusionis, tametsi natus sit ex persona exclusa: cùm ea exclusio non possit ipsi adimere ius commune, quia neque ex iure communi ea est, sed ex statuto, cuius potestas nunquam illa est, vt tollat ius commune quandiu potest vtrúmque simul consistere, quomodo potest in hoc casu; siquidem exclusio matris potiùs debet prodesse nepoti, vt tanto citiùs & faciliùs possit succedere, quàm ei nocere ne suo iure possit succedere tanquam qui à matre iam exclusa non ampliùs anteuertatur. In summa nocere potest exclusio matris filio venienti ex eo ipso iure, ex quo exclusio matris fuit, sed non venienti ex alio iure. Et ob id nimirum Iacobus de Butr. defendebat exclusionem hanc matris aperire viam nepoti, quasi mater reperiatur ciuiliter mortua tempore mortis aui. In quo tamen ipso, si quid ego video, fallebatur, & falluntur qui cum eo sentiunt, posse hunc nepotem succedere cum auunculo. Etsi enim verissimum est exclusionem matris ei non nocere, itémque quod contra Bartolum disputauimus, posse ab eo repræsentari gradum matris, etiam non repræsentata matris persona; non tamen statim consequens fit vt admittendus ille sit cum auunculo ad aui successionem. Nam vt admitteretur, oporteret exclusionem matris inductam per statutum, non modò ei non nocere, quod nos vltrò concedimus, sed etiam ipsi prodesse, vt non magis ei obstaret persona matris, quàm si in medio non esset: siquidem quandiu mater in medio est, non potest nepos ex propria persona, neque tanquã repræ-

Sed eo casu succederet non propter exclusionẽ matris, sed propter ipsius mortem, neque tam quòd exclusa esset per statutum, quàm quòd in medio esse desisset: ita nimirum dissuadente iure communi, ex quo tam filius primi gradus quàm hic nepos admittuntur. Notissimum enim est ius commune, nepotem siue ex filio, siue ex filia concurrere cum patruis & auunculis in aui siue paterni, siue materni successione, *d. §. cùm filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. & Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. cap. 1.* Vt enim hoc casu nepos ex filia per statutum exclusa fauore masculorum possit cõcurrere ex iure communi cum cæteris masculis, sufficit vt non sit exclusus per statutum. Non est autem exclusus qui neque fœmina est, neque dotem habet, aut habere potest, cùm sit masculus. Atque ego in hoc contra Baldum sentio, qui nepotem hunc ex filia exclusa duobus casibus excludi existimauit; vno, si filia simpliciter exclusa esset: altero, si exclusa quidem esset quatenus dotata, sed patri suo superuixisset. Nam cùm filia prædefuncta est, non obstat nepoti qui exclusus ipse non reperitur, quique habet pro se ius commune nullo statuto imminutum, cùm nec masculi ipsi quorum fauore exclusa fuit per statutum filia, succedant alio iure quàm communi. Nec ad rem pertinet quòd simpliciter sit exclusa, quia quantumcunque simplex & absoluta sit exclusio, semper verum est filiam nõ fuisse exclusam ratione filiationis aut gradus, sed sola ratione sexus, quæ ad nepotem porrigi nequit. Cùm verò filia superuixit patri, excluditur nepos ne possit auo succedere cum auunculis, siue dotata fuit filia, siue non fuit, non propter matris exclusionem; nec ob id rursus quòd mater videatur successisse cùm habuit dotem (quomodo enim potuit succedere etiam volens quæ fuit à successione exclusa?) sed propter eius superexistentiam, &, vt loquuntur, superuiuentiam, quæ facit vt nepos quantumlibet successionis capax sit, in primo tamen gradu esse non possit iure communi, nec proinde ex eodem iure communi succedere cum auunculis qui sunt in primo gradu. Et verò implicat contradictionem vt filia dicatur successisse ob id quod dotem habuit, cùm ob hoc ipsum excludatur per statutũ à successione. Deinde quid attinet quærere an succedat cùm ad excludendum nepotem sufficiat quòd ipsa præcedat? Tunc enim quæri solet an filia successerit, cùm post filiam vult admitti nepos ex successorio edicto, quia, vt suo loco disputauimus, posteaquam persona aliqua prioris gradus successit, nunquam sequens gradus ex edicto successorio admittitur: nec si persona illa quæ semel successit postea abstinuerit, adeò vt fiant potiùs bona vacantia *l. vlt. de success. edict.* At in casu nostro totam successorij edicti potestatem illud aliunde excludit, quòd superstite filio primi gradus superest persona ad quam totum ius hereditatis & bonorum possessionis pertinere debeat, vbi filia est exclusa. Nunquam autem diuersorum graduum personæ ex edicto successorio simul admitti possunt. Nihil ergo refert quod ad exclusionem attinet nepotis ex filia, an filia ipsa successerit, necne, cùm adest filius primi gradus, qui succedere & possit & velit. Quòd si filius ipse nolit succedere, malitque se abstinere, tum verò potest incidere quæstio De potestate successorij edicti: de quo videnda sunt quæ in hanc rem scripsimus in Errorem Decadis præcedentis.

rò non potest negari extare cùm extat nepos ex filio, quippe qui nõ solùm masculus sit, sed etiam filius iusta interpretatione, *d.l.iusta.201.de verb.signif.* Hoc ita, nisi ponas alio statuto exclusam esse quamlibet statuti interpretationem. Tunc enim quasi defecta conditione statuti ob id quòd filius masculus primi gradus non superesset, admitteret em neptem ex filia cum nepote ex filio iure cõmuni, secundùm ea quæ in præcedentibus disputauimus. At quid si neque ex filio, neque ex filia masculus vllus supersit, sed tantùm filia, atque ita inter neptem ex filio, & neptem ex filia de aui hereditate certetur: adhuc Baldus diceret neptem ex filio non excluso præferendam esse nepti ex filia exclusa: sic enim ille ad *l.venia.C.de in ius vocand.in fin.* Nec aliud sentit Bart.ad d.*l.liberorum.num* 15. vbi ait hanc quæstionem in eo stare, An cùm nepotes simul succedunt, dicantur succedere ex propria persona, an verò in locum parentum & iure repræsentationis. De quo tractari solet ad Auth. *cessante.C.de legit.hered.* In qua quæstione Bart.in id procliuior est, vt putet succedere nepotes iure repræsentationis, nec solùm si agatur de hereditate ascendẽtis, & inter nepotes neptésue ex filio qui sunt descendentes, sed etiam si de hereditate patrui, & inter filios fratrum, vt apertè idem Bart.pro Accursio aduersus Azonem disputat in *l.2.§.hac hereditas.D.de suis & legit.* vbi defendit ob hanc causam succedere illos in stirpes non in capita ex Nouell.118.*de hered.ab intest.venient.§.sin autem.cum seq.versic.illud palàm est.* Ego non dissentio à Bartolo in eo quòd vult fratrum filios, etiam cùm soli succedunt in hereditate patrui succedere iure repræsentationis, & in stirpes. Id.n. pluribus defendi in disputatione illa nostra forensi De hereditate patrui inter solos fratrũ filios, an in capita, an in stirpes diuidenda: idémque multò magis admitto in nepotibus neptibúsque ex filio & filia, cùm inter descendentes ius repræsentationis locum habeat in infinitũ. *§.cum filius.Inst.de her.quæ ab intest.def.* Sed nihilominus puto non esse in proposito verum quod Bartolus & Baldus volunt neptem ex filio præferendam esse nepti ex filia. Etsi enim si filius & filia viuerent, filius solus succederet, filiá verò in totum excluderetur, id tamen non alia ratione fieret quàm propter authoritatem statuti, quòd eo casu sibi locum vindicaret. At cùm ambo præmortui sunt, nec supersunt, nisi neptes ex vtroque prædefuncto, statutum quod excludit fœminas masculis extantibus non potest locum habere siquidem verũ est deficere conditionem & casum statuti, cùm masculi nulli extant. Neque enim dici potest videri masculum aliquem extare ob id solùm quòd supersit neptis ex masculo, quia non sicut qualitas illa filij, cùm sola est, transit in neptem, quia ei cõmunis est filiatio, ita & qualitas masculi potest in eam transire, quæ est fœmina. Cessante igitur conditione statuti, necesse est dispositionem quoque cessare, quæ tota in fœminarum exclusione consistit. Et consequentèr nec illud dici potest, exclusam fuisse neptem ex filia exclusa. Nam nec filia ipsa si viueret, exclusa esset, nullis quippe masculis extantibus. Illud ergo solùm relinquitur, vt remoto statuto succedatur ex iure communi, ex quo porrò certũ est neptem ex filia cõcurrere cum nepte ex filio, quia sunt ambæ in eodem gradu, siue dicas manere illas in secundo, siue quod est verius, succedere eas in locum parentum. Non enim idcircò repræsentant personas parentum, sed gradum, quia quoties prior gradus vacuus est, statim succedit in eius locum posterior, & eum occupat, nec eo minùs verum est succedere ex propria persona eos quoque qui succedunt ex gradu alieno, vt disputauimus in præcedentibus. Et sanè si in eo casu quem proximè tractauimus, id est, cùm neptis ex filia con-

currentē habet nepotē ex filio, nepos ex filio non excludit neptem ex filia, quāto minùs eā excludet neptis ex filio? Nō.n. plus iuris habere potest neptis ex filio, quę fœmina est, quàm nepos qui masculus est. Alius & tertius superest casus si cū nepte ex filio nepos ex filia cōcurrat. Qui casus videtur dubitabilior, quia nepos ex filia cùm sit masculus videtur præferendus nepti ex filio, etiam ex verbis statuti, quæ extantib. masculis fœminas excludūt. Verùm neq; hoc dici potę st: imò succedent ambo simul, & in viriles ex iure cōmuni. Nā etsi nepos ex filio qui & masculus est & ex masculo, habet ius excludendæ neptis ex filia, vt iam diximus, quia & in conditione positus ille intelligitur tanquam filius masculus, idque ex iusta interpretatione: & neptis ex filia videtur posita in dispositione & exclusione statuti tanquam & filia & fœmina: Non tamen similiter dici potest, masculum ex fœmina videri positum in conditione ad excludēdam neptem ex masculo, aut fœminam ex filio positam esse in dispositione & exclusione statutaria ad viam aperiendam masculo ex fœmina. Nec enim alij positi sunt in conditione quàm filij masculi, ac proinde quibus vtraque illa qualitas conuenit vt sint & filij & masculi: quod de masculis & filia dici non potest, qui licèt sint & nepotes, & masculi, tamen non possunt appellatione filij masculi contineri, ne quidem per iustam interpretationem: quoniam iusta illa interpretatio fieri non potest nisi ex persona matris, quæ non filia tantùm fuit, sed etiam fœmina, & consequenter non potuit in filium istum transmittere qualitates illas duas coniunctas filij & masculi, quas ipsa non habuit. Rursus non alij positi sunt in dispositione statuti, hoc est, per statutum à successione exclusi, quàm filiæ fœminæ, & quidem ita, vt dotatæ sint, ac proinde quatenus dotatæ. Quæ qualitates non reperiuntur in persona neptis ex filio vt exclusa videri debeat, siue meram & strictam verborum proprietatem spectes, quia non est filia, sed neptis, siue iustam illam interpretationem, quæ facit vt filiæ appellatione neptis contineatur, quoniam ipsius pater à quo iusta illa interpretatio trahere originem deberet, non solùm filiationem habuit, sed etiam sexum masculinum, nec proinde vtramque qualitatem & filiationis & fœmininitatis, vt ita dicam, transmittere potuit in filiam, cùm ipse fœmina non fuerit, nec præterea filiationem sine masculinitate, cùm ipse vtrumque coniunctim habuerit, quòd & filius & masculus fuit. Illa enim verba *filius masculus* faciunt vnum compositum in filio, sicut & illa *filia fœmina* faciunt vnum compositum in filia, quod totum compositum si in nepotem neptémve transmitti non possit, neque ex parte trāsmittitur. Ergo exclusio statutaria cōtrā filias fœminas inducta, non potest porrigi ad neptem ex filio, quia licèt sit ipsa & neptis & fœmina, non tamen potest dici & filia & fœmina ex persona illius qui filius quidem, sed masculus fuit. Vtramque enim qualitatem & filiæ & fœminæ necesse est vt habeat vel ex propria persona, secundùm proprietatem verbi, quod in ea dici non potest quæ neptis est, non filia, vel ex trāsactione & ex persona parentis sui, quod multò minùs dici potest, cùm parens masculus fuit, nō fœmina. Secus est in nepte ex filia: neque in filiæ, neque in neptis persona quicquam est quod impediat, ne vtraque illa qualitas, quæ in filia fuit, vt esset & filia & fœmina, transmittatur in neptem, quæ & fœmina est non minùs propriè quàm mater: & filia, non quidem æquè propriè cùm sit neptis, & in secundo gradu, sed per iustam interpretationem, quam diuersitas sexus non impedit, quomodo impedit in nepote ex filia, & in nepte ex filio: ideóq; suprà diximus, exclusa filia fœmina neptem quoque ex filia exclusam intelligi debere, si mo-

dò aliquis nepos ex filio superſit, quòd eo caſu verificentur verba conditionis illius ſtatutariæ, *extantibus filiis maſculis* in perſona huius nepotis ex maſculo, itémque verba illa diſpoſitionis & excluſionis, *filia fœmina non ſuccedat* in nepte ex filia; vtrumque ſcilicet, non ex vera ſtrictáque proprietate ſermonis, ſed ex iuſta interpretatione, dum ne huiuſmodi tam iuſtæ interpretationi per aliud ſtatutum via præcludatur. Vbicunque enim iuſta interpretatio excluſa eſt, non magis nepos ex filio appellatione filij maſculi, aut neptis ex filia appellatione filiæ fœminæ continetur, quàm nepos ex filia appellatione filiæ fœminæ, aut neptis ex filio appellatione filij maſculi.

ERROR IV.

De diſtinctione Bartoli circa excluſionem neptis ex filia excluſa.

BARTOLVS ad *l. liberorum 220. D. de verb. ſignif.* poſt propoſitas omnes eas quæſtiones, de quibus iam diximus, concludit num. 16. non poſſe totam rem hanc De excluſione nepotis ex filia excluſa, bene explicari quin diſtinctio aliqua adhibeatur. Diſtinguit autem in hunc modum: Quádoque, inquit, filia excluditur morte vel repudiatione: & tunc nepos ex ea ſuccedit ex ſua perſona; ídque duplici ratione: Et quoniam affectio quæ erat in filia, tranſit in nepotē: &, quia ceſſat in perſona nepotis ea res quæ obſtabat filiæ. Obſtabat ſiquidem filiæ ne ſuccedere poſſet aut mors, aut repudiatio. Nepos autem neque mortuus fuit, neque repudiauit. Quandoque, inquit, filia excluditur propter delictū proprium & ingratitudinem: Et idem, quòd excluſio filiæ non nocet nepoti, quoniam illa ingratitudo in nepote ceſſat *ex l. ſi quis filium 34. C. de inoff. teſta. l. 3. §. ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. contr. tab. l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyl.* Quandoque filia excluditur propter fauorem alicuius ſiue decedentis, ſiue alterius: & tunc ſicut excludebatur filia, ita nepos ſeu neptis ex ea. Rationem affert, quia fauor ille durat, filia mortua, ſicut & viua. Prioris partis exemplum affert ex ſtatuto ciuitatis Eugubij, quo cauetur quòd filia dotata non poſſit venire contra teſtamentum patris. Certè idem erit in nepote ex ea. Caſus eſt, inquit, *in l. qui iure militari 7. cum l. ſeq. D. de teſtam. milit.* vbi ſi miles, qui vxorem prægnantem eſſe ignorabat, ventrem præterierit, cùm tamen eo animo eſſet, vt quiſquis ſibi naſceretur, is exheres foret, nec proinde videretur de nepotibus ex filio aut ex filia cogitare, tamen nati ex filio filiáve excluduntur, quia fauore militum inductum eſt vt poſſint præterire vel exheredare filios etiā ſine cauſa. Alterius verò partis exemplum ponit in omnibus illis ſtatutis quibus excluditur filia propter fauorem filij maſculi. Certè, inquit, defuncta filia, durat adhuc fauor filij, & ſic excludit etiam nepotem ex ea. Nam ſtatutum quod dicit quòd filia fœmina non ſuccedat extantibus maſculis, continet diſpoſitionem in perſona maſculorum, quaſi dicat, *maſculi ſuccedant, & filia fœmina non ſuccedat*, vt *l. fideicommiſſa 11. §. cùm eſſet. de legat. 3. & l. in ratione 30. §. tametſi. D. ad leg. falcid.* Licèt ergo nepos ex filia non excludatur vigore illorum verborū, quibus dicitur, *filia fœmina non ſuccedat*, tamen excluditur ex vigore illorum verborum, quibus dicitur, quòd maſculi ſuccedant. Videtur enim alios excludere *l. cùm Prætor 12. de iudic.* Et de hoc videtur caſus collat. 10. *qui feud. dar.*

poss.cap.1.§.hoc autem. vbi ſicut filia fœmina excluditur à feudo, ita & nepos ex ea propter ſubſiſtentem eandem rationem fauoris domini. Hucuſque diſtinctio Bartoli, quæ tamen vix vlla ex parte vera eſt, ſi diligentiùs examinetur, & ex iis quę nos in præcedentibus diſputauimus, ſatis refellitur. Primùm enim quod ait, Nepotem ex filia poſſe ſuccedere ex propria perſona, quoties filia excluſa eſt per mortem, vel per repudiationem, vel propter ingratitudinem, aut aliam quamlibet huiuſmodi cauſam quæ locum non habeat in perſona nepotis: id verò non eſt perpetuum. Si enim ſuperſit aliquis filius maſculus in primo gradu qui poſſit ſuccedere, quique partem facturus erat ſorori, ſi ea non repudiaſſet, ſeque ipſam à ſucceſſione vel per repudiationem, vel per ingratitudinē excluſiſſet, non poterit nepos ex filia ſuccedere, quamuis neque repudiauerit ipſe, neque ingratus fuerit, ſi modò filia patri ſuperuixerit: quia neque fieri poteſt vt nepos ſuccedat ex propria perſona cum auunculo, qui teneat primum gradum, quandoquidem filius ipſe eſt primi gradus, plures autem diuerſique gradus concurrere in eadem ſucceſſione nunquam poſſunt, *l.2.§.hæc hereditas. & ſeq.D.de ſuis & legit.iunct.l.cùm in teſtamento 37.D.de hered.inſtit.* neque vt teneat primum gradum etiam pro parte matris ſuæ, cùm eum gradum mater ipſa aliquando tenuerit, & eo tempore quo iam locus erat ſucceſſioni, quāuis poſtea ſiue poſt mortem, ſiue per repudiationem deſierit tenere, *l.ſcripto 7. D. vnd.liber.* Quæ res etiā facit vt nec per ſucceſſoriū edictū ſuccedere hic nepos poſſit, quia nunquàm ex ſucceſſorio edicto ſequens gradus cum priore admittitur, vt ſuo loco diſputauimus. Deinde quod ait idem Bart. filiæ excluſionem, cui cauſam dedit ingratitudo, aut aliud proprium delictum filiæ, non obſtare nepoti qui non ſit conſcius & particeps criminis: falſum etiam eſt, ſi ponas filiam ſuperuixiſſe. Excludetur enim nepos non propter delictum filiæ, ſed propter ipſius ſuperexiſtentiam, extra caſum *d.l.ſi quis filium 34. C. de inoffic. teſta.* vbi Iuſtinianus contra iuris rationem conſtituit vt querela inofficioſi competens filio exheredato tranſmittatur ad nepotem, etiam non præparata, ſi filius immerenter exheredatus ante aditam ab herede extraneo hereditatem deceſſerit. Quo tamen caſu obſeruandum eſt non habere nepotem hunc querelā ex propria perſona, cùm nec exheredatus fuerit, nec exheredari debuerit, ſed ex perſona patris, qui & exheredatus fuit, & exheredādus neceſſariò, vel inſtituendus: quique non potuit, quandiu vixit, querelam proponere cùm hereditas nōdum adita eſſet, cuius tamen aditionem præcedere oportebat. Alioqui & citra illam Iuſtiniani conſtitutionem obſtitiſſet nepoti non quidem exheredatio, ſed perſona filij qui ſuperſtes patri fuiſſet, neq; aut per edictum ſucceſſorium, aut qua alia ratione admitti nepos potuiſſet. Sic & in ſpecie *l.3.§.ſi emancipatus. D.de bonor.poſſ.contr.tab.* nepos ex filio emancipato admittitur ad bonorū poſſ. aui ex perſona quidem propria, & tanquam nepos præteritus ſuccedens in locum & gradū filij emancipati, ſed mortuo iam patre, vt Vlpianus ait, ac proinde eo tempore quo perſona patris non poterat ei ampliùs obſtare. Alioqui non poſſet admitti nepos ad bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas, ne quidem per ſucceſſorium edictum excluſo poſtea quoquomodo patre, quippe cùm edictum ſucceſſoriū non habeat locum niſi in ſucceſſionibus inteſtati, ad quas non pertinet bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ dicitur eſſe, & eſt ex teſtamēto, *§.ſunt autem. Inſtit.de bonor.poſſ.* Et tamen in ea quoque ſpecie ingratitudinem, aut delictum filij, qui vxorem non ex voluntate patris duxerat, obſtare nepoti apertè vult Vlpianus, cùm ait potuiſſe auum vti iure ſuo, ſi voluiſ-

set,ac ob delictum filij nepotem hunc exheredare.Nam quod ibidem sequitur, eum qui de inofficioso cognitus est,non minùs in hoc nepote meritã ipsius nepotis,quàm patris delicta perpendisse esse,non hunc sensum habet, quem plerique putant,vt ex delicto filij nepos iste exheredari non debuerit, sed illum potiùs,vt si de auo suo bene meritus probetur,magis ei prodesse debeat apud ius dicentis æquitatem propria merita , quàm nocere patris demerita:quæ tamen proculdubio ei nocebunt,si neque meritum,neque demeritum se probet, cùm alioqui non aliter iustè exheredatus dici posset , quàm si demeritus probaretur. Aliud enim longè est non mereri,aliud demereri,sicut & aliud est mereri,aliud non demereri,*l.cùm quidam 24.de legat.2.* Non est igitur perpetuò verum quod vult Bartolus,certè non probatur ex *d.§.si emancipatus*,delictum filij nõ nocere nepoti. Neque verò in ea specie filius erat exclusus propter delictum,at neque propter exheredationem,sed tantùm per mortem , quia decesserat ante auum:vnde est,quòd nec in ea specie tractari potest de edicto successorio,vt sequenti capite contra Bartolum & cæteros defendemus. Nec rursus ad rem facit quod Bart. obiicit ex *d.l.2.§.vlt.D.ad SC.Tertyl.* vbi scriptum est,matre exclusa propter delictum proprium à successione filij impuberis,cui non petiit tutorem,admittendos esse eos qui post illam proximiores reperiuntur,& qui,si ea non esset,primo gradu admitterentur.Non enim ea res vocat ipsius filios,qui scilicet cùm nõ sint cognati nisi per fœminam,nõ possunt succedere iure ciuili,at neque iure prætorio,nisi post agnatos, & cum reliquis cognatis eiusdem gradus:quia non subintrat filius locum matris,cùm de successione descendentis,id est,cùm mater potuit succedere tãquàm mater,sed cùm agitur de successione ascendentis,id est,cùm mater potuit succedere tãquàm filia,quoniam non sicut filiatio,ita & maternitas transmitti potest ad liberos. Ex quo apparet leges omnes à Bartolo in hanc rem citatas à proposito tractatu esse alienas. Quod verò subiungit Bartolus,quoties filia propter fauorem alicuius excluditur,nepotes quoque ex ea susceptos similiter exclusos intelligi debere,quòd mortua filiâ perinde ac ea viua duret fauor , æquè falsum est. Nã tum quoque cùm propter alicuius fauorem filia excluditur, inspiciendum maximè est,an eadem ratio exclusionis quæ locum habet in filia, habeat etiam in nepote. Si enim non habeat locum in nepote.puta quòd statutum in fœminis excludendis non tam ad agnationem conseruandam quàm ad sexum respexerit,licèt viuant masculi,quorum fauore exclusa filia est , non eo minùs tamen admitti debent nepotes ex filia,qui perinde sunt masculi , omnibúsque oneribus & muneribus pro republica subeundis æquè idonei,ac si ex masculo suscepti essent. Qui enim fauor èst masculorum contra filias,quia sunt illæ fœminę, non idem potest esse cõtra masculos ex fœminis,qui licèt sint ex fœminis, masculi tamen sunt,non fœminæ. Fateor,cùm per statutum exclusæ sunt fœminæ propter masculos,nunquam posse dici ad successionem inuitatos fœminarum liberos,quamuis masculos,cùm sint ex fœminis quæ sunt exclusæ. Sed dico,nõ ob id minùs posse illos succedere iure communi , si ex iure communi succedatur,quia vt iure communi possint succedere,sufficit quòd per statutum exclusi non sint,quamuis nec fuerint inuitati. Non possunt autem dici exclusi ob fauorem masculorum,cùm sint illi æquè masculi,nec nisi filias fœminas,id est,non tam quasi filias,quàm quasi fœminas statutum excluserit. In eóq; alius & grauior Bartoli error est,quòd putat in propositis speciebus masculos ex statuto succedere tanquam vocatos,& non ex iure communi,quod non ita esse ostein-

dimus satis superque in superioribus. Eódémque pertinet etiam quod idem Bartolus tanquam simile adfert de feudo, in quo sicut non succedit filia, ita neque nepotes ex ea suscepti. Hoc enim fit, quia in feudis non succeditur ex iure communi, hoc est ex lege duodecim tabularum, aut ex Iustiniani, aliorúmve Imperatorum cōstitutionibus, sed ex alio iure quod peculiare ac proprium est feudorum, quod ius tale est vt ad feudi successionem admittantur ij soli, non qui ab ea successione specialiter exclusi non sunt, sed qui ad eam adfuerunt inuitati. Itaque si quæras, cur nepos ex filia regulariter non succedit in feudo, non respondebo cum Bartolo, quia siue viua, siue mortua filia idem semper duret fauor masculorum, propter quos filia excludebatur, cùm nepos æquè sit masculus, ac nullo proinde odio dignus, aut contra quem cæteris masculis faueatur; Sed quia non potest videri ad feudum inuitatus per matris exclusionē, quamuis nec idcircò fuerit per statutum exclusus. At in casu nostro sufficit è contrario quod non fuerit exclusus, licèt nec fuerit inuitatus, cùm succedatur à cæteris masculis ex iure communi, & possit ille ex eodē iure communi succedere tanquam repræsentans gradum matris, licèt exclusæ, si aliud nihil obstet. Suauis verò est Bartolus, cùm adfert exemplum testamenti militaris, vt probet exclusa per statutum filia, etiamsi statutum non cogitauerit de excludendo nepote ex filia, eum tamen exclusum intelligi debere fauore testatoris, si ad fauorem testatoris statutum respiciat, quomodo respicit illud quo cauetur vt extantibus masculis fœmina non possit venire contra testamentum patris. Nam in specie *l. qui iure militari 7. & seq. D. de testam milit.* id est, cùm miles testari volens iure militari, heredem extraneum instituit, nemine quidem exheredato, sed eo tamen proposito, vt quisquis ei nasceretur, aut quasi agnasceretur suus heres, exheres esset: verum quidem est, nepotem quoque siue ex filio, siue ex filia, qui in parentis sui locum successit, pro exheredato habendum esse, sed id non fit, quia patrem aut matrem ipsius testator exheredauerit, de ipso autem nepote non cogitauerit, vt Bartolus putat: sed quia militis priuilegium illud est, vt omnes quos neque instituit, neque exheredauit, si tales erunt, qui vel institui vel exheredari debuerint, hoc ipso quòd præteriti sunt, exheredati esse intelligantur. Nec enim dubitari potest quin saltem præteriti sint omnes qui neque instituti sunt, neque exheredati, siue consultò, siue per obliuionem præteriti proponantur. Atqui præteritio quælibet militis habetur pro exheredatione, *l. si patronus 12. in princip. l. Paulus respondit 47. §. vlt. D. de bon. libert.* scilicet dum ea mente sit miles vt neminem velit habere heredem ex iis quos alioqui lex ei datura esset, etiamsi nesciat quis ille futurus sit, vt omnium optimè probat quod scribitur in *d. l. qui iure, & seq.* quæ leges ita cōciliandæ sunt, *l. sicut certi, & seq. C. eod.* in quibus dicitur, si pater miles ignorans se filium habere, alios scribat heredes, non obesse filio ademptam hereditatē, sed minimè valente testamento, eum, si sit in potestate, ad successionem venire. Non enim, sicut per obliuionem quis præteriri potest, ita & exheredari. quia præteritio ex facto ipso, aut potiùs ex non facto, exheredatio verò nonnisi ex mente exheredandi æstimatur, tum quoque cùm silentio fit, vt loquitur Vlp. in *d. l. si patronus.* Et in summa exheredatio potest fieri à milite sine verbis, vt & à matre, & ab aliis omnibus, quorum præteritio pro exheredatione habetur, *§. mater. Instit. de exhered. liber.* sed non sine animo exheredandi, ne à milite quidem. At exclusio statutaria, quam Bartolus æquiparat exheredationi, non potest fieri sine verbis, cùm per eam abrogādum sit ius commune, quod sine ver-

bis, iisque expressis abrogari nunquam potest. Consequens igitur est, vt quamuis per statutum exclusa sit filia, & quidem fauore masculorum, si tamen nihil de nepote ex filia dictum sit, cæterique masculi propter quos filia per statutum excluditur, non ex statuto & priuilegio succedant, sed ex iure communi hunc quoque nepotem ex filia perinde ad successionem admitti oporteat, acsi statutum tale nullum esset, iis nimirum casibus, quibus secluso statuto posset admitti ad successionem aui, vel solus, vel cum auunculis, id est, quando à matre quæ ante auum defuncta esset, non præuerteretur. Semper enim hunc casum excipio quoties auunculi viuunt, quorum fauore exclusa est filia, ne alioqui quantum ad nepotem noceat iis exclusio quibus fauere statutum voluit. Eáq; in proposito differentia est inter testamentum & statutum, quod facto testamento quisquis ex eo non admittitur ad successionem hoc ipso exclusus intelligitur, cùm alij ex testamento succedere iure communi non possint, quàm qui ex eo ipso testamento sunt vocati, sublata scilicet in totum successione intestati per testamentum. At ita concepto statuto, vt extantibus masculis filia fœmina non succedat, non quisquis per statutum non admittitur ad successionem, hoc ipso statim à successione exclusus per statutum intelligitur, quia nihil vetat superesse ei ius commune, si statutum, vt in casu nostro exclusionem duntaxat, non etiam vocationem induxerit. Nec enim statutum tollit ius commune nisi in quantum vult tollere, tametsi posset tollere in totum si vellet. Ergo si quæratur, cur in specie *d. l. qui iure, & seq. D. de testam. milit.* nepos ex filio exheredatus intelligatur, cùm nihil de eo dictum fuerit in testamento: non dicam cum Bartolo, quia susceptus sit ex ea persona quam pater voluit exheredare, id est, ex filio, de quo solo exheredando pater cogitauerit: sed quia de nepote quoque isto excludendo testator cogitauit, cùm ponamus fuisse illum eo proposito, vt quisquis sibi heres alioqui futurus esset, is exheres esset. Quanquã enim iam tum quoque hic nepos natus fuisset, necdum tamen in ea causa esset, vt heres fore speraretur, quoniam à patre suo anteuertebatur, nihilominus de ipso quoque excludendo miles cogitauerat, qui successorem intestati quemlibet excludere voluerat, quisquis tandem ille esset: vt quemadmodum codicilli ab intestato facti locum habent quisquis heres sit, quoniam ab intestato vnus tantùm casus est *l. ab intestato 16. D. de iur. codicill.* ita & exheredatio quã miles facere voluit, cuiuslibet sui heredis omnes personas comprehendat; quæ aliquo casu possint sui heredis locum tenere, siue iure proprio, siue in alterius locum succedendo. An enim fortè credendus est minùs exheredatum voluisse illum, qui suus heres posteà fieret, quàm eum qui iam tum esset, aut certè qui iam tum sui heredis locum teneret? Habetur itaque hic nepos pro exheredato, non quia successerit in locum filij eiusdémque patris sui, de quo excludendo auus cogitauerat, vt putat Bart. sed tanquã ea propria sua persona exheredatus, quia succedendo in locũ patris prædefuncti cœpit ille tenere primum locum in causa successionis intestati, atq; ita ex iis personis esse quas excludere miles voluit per tacitam, soloque silentio factam exheredationẽ. Et malè Bartolus, vt probet militem de hoc nepote excludendo non cogitasse, mouetur ex illis verbis legis, *quisquis sibi nascetur heres*, inferens ex dictione *sibi* non posse hunc nepotem iis verbis cõtineri, quippe qui patri suo non auo nascatur. Nam præter id quod auo quoque nasci dicitur nepos, qui nascitur ex filio etiam post mortem aui, vt videre est in formula Galli Aquilij, *qui mihi nascetur ex eo post mortem meam nepos l. Gallus 29. in princip. de liber. & post.* obseruandum est ea

verba *quisquis sibi nascetur* pertinere ad speciē, de qua in d.l. *qui iure*, vbi vxor erat prægnans, non ad illam, de qua l.seq. vbi mutato casu tractatur de tacita exheredatione filij post testamentum adrogati, aut nepotis in patris sui locum substituti. In quibus casibus mutanda sunt verba legis præcedentis, retento tamen eodem proposito & animo militis iure militari testantis, vt exheredem faceret, non quisquis sibi nasceretur, sed quisquis sibi quoquomodo suus heres futurus esset. Illa enim verba, *quisquis sibi nascetur*, non sunt verba testamenti, neque testatoris, sed Iurisconsulti supponentis & explicantis propositum testatoris, quale illud esse necesse est, vt posthumus non per obliuionem, sed mala mente & exheredandi animo præteritus intelligatur, cùm in ea specie militis vxor prægnās esse proponeretur. Proinde si mutes speciem, & fingas nullam huic militi vxorem tum fuisse, sed animum duntaxat adrogandi extranei, vt eum filij loco haberet, aut iam eo tempore natum ei fuisse filium, ex quo habebat etiam nepotem, erit quidem retinendum idem propositum testatoris, vt filius postea adrogatus, itémque nepos, qui in filii locum successerit, exheredati videantur, sed aliter tamen explicandum, ita nimirum vt habuerit miles propositum exheredandi, quisquis sibi suus heres futurus esset. Cur enim restringemus voluntatem militis ad casum nascituri posthumi, qui nullus sperari posset, vbi nulla esset vxor prægnans? Quāquā iis quoq; verbis retētis adhuc facilè Bartoli obiectio euitari posset. Nam & qui per adrogationem fit filius, & qui succedendo in locum patris sui ex nepote locum filij tenere incipit, sicuti nunc primùm fit suus heres, ita & in ea qualitate nasci quodammodo videtur: vnde est quod dicimus agnatione sui heredis rumpi testamentum, quod per filij adrogationem rumpitur, l. *verum est.8.D.de iniust. rupt.* itémque quasi agnatione sui heredis, quoties in locum filij succedit nepos qui præteritus fuit, *l. posthumorum 13.D.eod.d.l.Gallus 29.§.sequenti parte.de liber.& posth.* Ex his apparet quàm insulsa & inepta sit tota ista distinctio Bartoli.

ERROR QVINTVS.

De successorio edicto in querela inofficiosi testamenti.

PERTINET hæc quæstio ad interpretationem *§.si emancipatus. l.3.D.de bonor.poss.contr.tab.* de cuius sententia cœpimus dicere cap.præcedenti. Sic enim præfari placet, ne quis putet nos omnino extra rem nunc interserere hanc quæstionem: quæ tamen per se celebris est & frequens apud interpretes nostros: proinde digna quæ à nobis non negligatur. Quæstio illa est, An edictum successorium habeat locum in querela inofficiosi testamenti. De qua tractat Bartolus plerisque locis, præsertim ad *d.§.si emancipatus.num.3.& ad l. in suis.11. num.9.D.de liber.& posthum.* itémque ad *l.si quis posthumos.9.§.1.num.2.eod.* vbi vocat dubium hoc difficile. Habuit enim dissentientes veteres glossatores, Accurs.in *d.l.si quis posthumos.§.1.* defendit non esse locum successorio edicto in querela inofficiosi testamenti: & quoniam obstare videbatur Papinianus in *l.pater filium.14.D.de inoff.testam.* in illis verbis, *quòd si cōtra filios iudicetur; pater ad querelam vocatur*, cogitur ille interpretari *querelam*, id est, inquit, *contra tabulas*: quam interpretationē Bar.in *d.l.in suis*, refert suo tempore cōmuniter

ab

ab omnib. interpretibus probatam fuisse. Ipse verò supradictis omnibus locis contendit edictum successorium habere locum etiam in querela inofficiosi testamenti nouetúrque ex *d.§.si emancipatus.& ex d.l. pater filium.*14. & *l. si is qui.*31.*in princ. de inoff.test.* eáque Bartoli sententia, quæ & Dyni primùm fuit in *cap.non debet aliquis. Extr. de regul.iur.lib.6.* & Cyni *in l.si quis filium* 34. *C. de inoff.testam.* hodie communiter recepta est, vt nec ferè in cæteris à Bartolo dissentire facilè quisquam ausit. Ego verò Accursij sententiam ausim verissimam dicere. Nam edictum successorium, si Prætoris mentem & edicti potestatem inspicias, non pertinet nisi ad bonorum possessiones ab intestato, non etiam ad successiones iuris ciuilis, multò minùs ad querelam inofficiosi testamenti, quæ sicut ab intestato locum habere nũquam potest, ita & iuris ciuilis tota est, nec quicquam commune habet cum iurisdictione prætoris, nisi quòd prætor eam bonorum possessionem, quæ litis ordinandæ gratia dicitur, defert emancipato exheredato immerenter, vt fiat ille capax querelæ proponendæ, cuius alioquin esset incapax, vt & omnium cæterorum quæ sunt iuris ciuilis, cui incogniti sunt emancipati, *l. posthumus* 6.*§.vlt.l. Papinianus* 8. *in pr. D. de inoff. testam.* Et verò cùm edicti successorij proponendi non alia ratio fuit, quàm quæ adfertur ab Vlpiano in *l.1.in prin. D.de suc.edict*, ne bona hereditaria vacua & sine domino diutiùs iacerent, & vt maturiùs possent creditores scire vtrum haberent, cum quo congrederentur, an verò bona vacantia fisco delata essent, an potiùs ad possessionem bonorum procedere deberent, quasi debitore mortuo sine herede aut successore; apparet nihil horum omnium dici posse quantum ad querelam inofficiosi testamenti, quæ scilicet nec exercetur, nec competit nisi post aditam hereditatem, *d.l. Papinianus* 8.*§.si conditioni. d. l.si quis filium.* 34. *in fin.C eod*, ac proinde eo tempore quo mora creditoribus fieri ampliùs nulla potest, quorum nec quicquam interest vbi suum acceperunt; an vincat & obtineat is qui querelam proposuit, an succumbat: cùm repetitio nulla sit ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm à vero debitore solutum fuerit, *l. repetitio*.44. *D. de condict.indeb* Nec sanè vllo iuris nostri loco reperias quenquã ex veteribus illis prudentibus vsque adeò ineptire, vt de hoc vel tantillum dubitauerint (tantum abest vt quæstionem hanc tantoperè arduam, & difficilem esse crediderint) aut quod absurdius fuisset, vt existimauerint, aut dixerint vnquam quod Bartolus & alij adfirmant, in querela inofficiosi testamenti edicto successorio locum esse. Videamus ergo quid Bartolum, aliósque interpretes in tam absurdum errorem deducere potuerit. Rationem enim nullam prorsus adferunt, nec vllum rursus iuris locum, in quo fiat mentio edicti successorij, & querelæ. Adferunt tamen supradictos iuris locos, quibus putant idipsum probari posse. Primus est, qui magis vrgere videtur in *d.l. si is qui pen. D.de inoff. testam.* vbi Paulus scribit, si is qui admittitur ad accusationem, nolit, aut non possit accusare, posse admitti sequentem, vt fiat successioni locus. Sic enim postrema hæc verba accipiunt, ac si scriptum esset, *vt fiat locus successorio edicto*: in quo errant manifestissimè. Non enim sicut edictum successorium dicit successionem, ita omnis successio dicit vel inducit edictum successorium. Alioqui eodem modo inducendum erit tempus edicti successorij, atque ita concludendum eum qui siue priore, siue sequente loco admittetur ad querelam, nonnisi intra centum dies, aut ad summum intra annum admitti debere. Hoc enim successorij edicti tempus est, *d.l.1.§.si intra.& §.largius eod tit.* & tamen nusquã ita scriptum reperias, sed generaliter proditum querelam inofficiosi testamẽti

nonnisi quinquennio fieri, *d.l. Papinianus.§ult. & leg. seq.* D. *de inoff. testa.* vt solent tempora huius prætorii esse breuiora, quàm quæ sunt à iure ciuili præstituta. Quod ab interpretibus nostris non bene obseruatum, magnis erroribus causam præbuit, inter quos ille quem nos refutauimus Decade 3. Errore 8. quo induxerit vt edicti successorii potestas à Prætore introducta in bonorum possessionibus, transferatur ad hereditates, ita vt filius à patre heres institutus, habeat hodie triginta annos ad succedendum iure heredis scripti, deinde alios triginta annos ad succedendum ab intestato iure filij, ex capite Vnde liberi, rursum alios triginta annos ad succedendum iure agnati, & ex capite Vnde legitimi: postremò, alios triginta annos ad succedendum iure cognati, & ex capite Vnde cognati. Quo stultius nihil dici potest, & à iuris ratione, adeoque à Prætoris mente alienius. Quid ergo sibi vult Paulus in d.l. penultima? Hoc vnum, quod nemo negauerit, si plures sint personæ diuersorum quidem graduum, sed quibus tamen omnibus competat querela inofficiosi testamenti, propterea quòd fuerint immerenter exheredatæ, competat autem ex ordine, prout quisque prior aut posterior admittendus esset ad successionem intestati. Admittendos quidem priore loco esse illos qui in priore gradu sunt, sed iis siue tempore, siue repudiatione, siue alio quoquomodo exclusis, sequentes admitti tanquam in priorum locum succedentes, ita tamen vt non ex persona prioris conqueratur posterior, neque ex iure prioris gradus, sed ex persona propria, & ex proprio gradu: quod in edicto successorio diuersum est. Ex eo namque post priorem gradum admittitur sequens, qui nullum ius habuit quandiu prior exclusus non fuit. Adeo fuit necessarium edictum successorium, vt succedendi ius haberet is qui alioqui succedere nullo modo potuisset. Exemplum autem ad Paulum adferri non aliud melius, aut elegantius potest, quàm ex *l. pater filium.14. eod.* qui alius locus est, quo interpretes abutuntur. Pater, inquit Papinianus, filium emancipauit, & nepotem ex eo retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, atque ita duos habens filios, vtroque exheredato, & patre præterito vita decessit. In quæstione inofficiosi testamenti præcedit causa filiorum, quia & ab intestato potior est eorum causa quàm patris. Itaque patris intentio interim pendet, quandiu liberi aut exclusi, aut condemnati non sunt. Postquam verò contra filios iudicatum est, tum demum pater ad querelam vocatur, & suam intentionem implere potest, id est, inofficiosi querelam proponere, quæ iam inde à die aditæ hereditatis cœpit ei competere: adeo vt silentibus liberis potuisset ille ius suum statim exequi, & testamentum rumpere; quamuis ea victoria postea non tam patri, quàm liberis esset profutura, *d.l. posthumus 6.§.1. eod.* nimirum si facto patre familiàs intestato liberi ipsi succedere & possent, & vellent: ideóque sic Papinianus scribit *præcedente causa filiorum*, id est liberis priore loco querelam proponentibus, quia cùm priores agunt illi qui priores succedere possunt, nemo ex sequentibus admitti potest ad accusationem, quamuis sit publica (neque enim plures vnquam eodem tempore admitti possunt.) At si liberi tacerent, quamuis non essent exclusi à iure proponendæ querelæ, pater tamen non prohiberetur ius suum exequi, & quidem ex propria persona. Quis enim eum repelleret, cùm nec possit quisquam repellere accusatorē, qui nullo modo, nulloque casu successurus sit ab intestato, *d.l. posthumus 6.§.1.* Ex eo igitur apparet admitti patrem post liberos, non ex edicto successorio, sed tanquam eum cui non minorem iniuriam fecerit testator, cùm eum præteriit, quàm liberis, cùm eos exheredauit. Et sicuti alia est iniuria quæ fit patri à testatore, alia

quæ

quæ liberis:ita & aliud est ius querelæ,quæ patri; alia eius quæ liberis competit.Nec quòd vtraque simul proponi non potest, facit vt alia ex alia pendeat,aut vt vna eademque querela esse existimetur: at in edicto successorio vna eadémque successio est,quæ liberis,quæ agnatis, & quæ cognatis defertur,licèt diuersorum graduum personis, & ex diuersis gradibus deferatur. Successio enim æstimatur ex persona illius, cuius successio est, qui vnus est. Querela autem ex personis eorum,quibus testator iniuriam fecit, quæ personæ plures esse possunt.Sed etsi edictum successorium in querela locum haberet,sequeretur quòd liberi qui à proponenda querela tempore exclusi essent tanquam liberi,adhuc tamen audiri deberent tanquam agnati, & rursus tanquam cognati.Nam & in successorio edicto idem euenit, vt qui prior vocatur,non minùs sibi ipsi succedat,quàm alii posteriores ei succedant,*d.l.1. §.sed videndum.D.de success.edict.*Atqui in querela hoc euidenter falsum est. Qui enim querelam proponere potuit tanquam filius,si tempore exclusus sit, non auditur posteà si eam velit proponere tanquam agnatus, aut tanquam cognatus:quia nec facta ei est iniuria tanquam agnato, aut tanquam cognato,sed tanquam filio,cùm nec agnatis, nec cognatis, qui sunt vltra fratrem possit vlla fieri iniuria propter quam possint habere spem obtinendi, *l. 1.eod.* nisi casu fortuito, & per imperitiã aut iniuriam iudicis,*d. l. posthumus. §. 1.eo.* Nãnec frater ipse habet querelã, nisi instituta turpi persona, aut quę labo et saltem aliqua vel leui maculę nota,*l.fratris 1.l.fratres 27.C.eod.*Alij siquidem non habent querelam,quàm qui vel instituendi sunt, vel iustè exheredandi: vt summoueãtur à successione,quæ ipsis,aut iure naturæ, aut saltem iure miserationis debetur:quorum alterum conuenit liberis, alterum parentibus, *l. nam etsi 15.eod.l.scripto 7.§ fin.D.vnd.liber.* neutrum fratribus consanguineis multò minùs agnatis. At neque nepoti ex filio,qui testatori, eidémque patri suo superstes fuit.Nec enim eius,qui filium, & ex eo nepotem vtrumque superstitem habet,successio potest deberi nepoti, quippe quem pater, idémque filius,mortis tempore anteuertit,*d.l.scripto.in prin.*Nec proinde facit nepoti iniuriam auus,qui nepotem præterit aut exheredat, siue filium ipsum instituerit,siue exheredauerit, cùm nullo iure teneretur nepotem instituere, aut exheredare,nisi in casum legis Velleiæ, id est, ne si fortè posteà succederet in locum filij viuo adhuc auo,testamentum quasi agnatione sui heredis rumperetur,*l.Gallus 29.§.sequenti parte.& §.videtur. D. de lib. & posthum.* Quòd si nullam auus fecit iniuriam nepoti ex filio superstite, cùm nepotem ipsum præteriit vel exheredauit,nõ potest dici quo iure debeat ille admitti ad querelam ex propria persona:ex persona verò filij exheredati, eiusdémque patris sui multò minùs potest admitti,quoniam iniuria vni factã, nunquam alteri querelam præbere potest: adeò vt ne quidem pater possit instituere querelã nomine filij,eo inuito,quoniam filij non patris iniuria est, *d. l. Papinianus 8. in princ.*vbi additur,quod magis est,si filius post agnitam litis ordinandę gratia bonorum possessionem decesserit superstite patre, adhuc dicendum esse non posse admitti patrem,sed finitam inofficiosi querelam, quæ non patris, sed filij nomine dabatur.Etsi enim videtur præparata querela cùm filius bonorum possessionem accepit litis ordinandæ gratia,*d.l.posthumus 6. §.fin.* id tamen eò pertinet vt querela præparata possit transmitti ad heredem, aliúmve quemlibet successorem, cuius eadem cum defuncto persona videri possit.At pater neque heres,neque successor filij est. Cùm ergo nec ne-

pos possit dici heres filij, quem nos ponimus & superstitem, & à iure proponendæ querelę exclusum esse, multò minùs potest ex persona patris sui conqueri de inofficioso testamento aui. Imò nec si pater eius decessisset, postquã exclusus fuisset, quia non potest transmitti ius quod iam repudiatum aliterve amissum fuit, *l. si quis filium* 34. *C. de inoff. testam.* Sed & si pater nunquam exclusus fuisset à querela, decessisset tamen ante eam pręparatam, nullo iure poterat olim nepos ad querelam admitti neque ex propria, neque ex patris sui persona, nec si patri heres exitisset. Ob eámque nimirum causam necessaria fuit constitutio Iustiniani in *d. l. si quis filium*, vt nimirum querela filio cõpetens posset etiam non pręparata transmitti ad nepotem, tanquam ad heredem. Qua constitutione nil opus erat si successorium edictum in querela locum habere potuisset. Quidni enim habuisset locum eo casu, si quo vnquam alio. Si verò locum habebat, quomodo verum erit quod Iustinianus ait incusans iuris veteris iniquitatẽ, *omne adiutorium nepotem dereliquit?* Nam quod Baldus ad eam legem num. 5. & alij respondent, nullum auxilium competiisse huic nepoti volenti venire ex persona patris: sed competiisse venienti ex propria, & ex successorio edicto, ridiculum est. An non enim semper commodius & expeditius est venire ex persona propria, quàm ex aliena? aut qua miseratione dignus erat is nepos, quamuis nullum ei ius superesset veniendi ad querelam ex persona patris, si poterat venire ex propria? an fortè minùs consequeretur eo casu, quo ex propria persona veniret? imò multo plus, quia veniendo ex persona patris, cui aliquid vel minimum relictum fuisset, non posset nepos agere nisi ad supplementum, vt expressum habet constitutio: cùm tamen si ex propria persona proponeret querelam, & obtineret, totum testamentum rumperet, atque ita solus succederet ab intestato. Ita ergo fiet vt hic nepos damnum potiùs quàm commodum sensurus sit ex constitutione Iustiniani, qui tamen gloriatur, quòd ei faueat, quem omnino vetustas neglexerat, id est, & lex XII. tabularum, & lex Velleia, & interpretatio prudentum, quæ ius querelæ induxit, & ipse denique Prætor. Alioqui parum curare deberet neglectũ se à legibus, & à prudẽtibus omnibus is, quẽ Prętor ex edicto successorio vocaret ad querelã. Et prætereà, si posset habere querelã ex propria persona, non esset quęrendum de patris delicto. Tunc enim de patris delicto in causa nepotis quærendum est, cùm nepos fuit exheredatus ob delictum patris præmortui, vt in *l. 3. §. si emancipatus. D. de bon. poss. contr. tab.* vbi tamen additur hoc etiam casu, eum qui de inofficioso cognoscit, non minùs merita nepotis, quàm patris eius delicta perpendere debere. At in casu nostro, id est, cùm agitur de nepote ex filio superstite, constituit Iustinianus in *d. l. si quis filium* 34. vt omnimodò succumbat nepos, si heres apertissimis probationibus potuerit ostendere ingratum patrem nepotis circa testatorẽ fuisse: quamuis ipsius nepotis ingratitudo probata non sit, at neque allegata: quæ tamen vbique & alleganda & probanda esset, si nepos per successorium edictum ad querelam ex propria persona admitti posset. Et verò ridiculus esset, ac parum cautus nepos, qui proponeret querelam ex persona patris ingrati, si proponere illam ex propria persona posset, cùm esset ipse innocens. Nam de innocente nepote procul dubio loquitur Iustinianus, cùm ei tantoperè fauendum esse ait. Cur enim nepoti ingrato faueri oporteret, tametsi vellet venire ex persona patris, etiam qui ingratus non fuisset? Adde, quòd nepos ex filio superstite, si querelam habere posset ex propria persona, necesse esset vt eam habe-

haberet vel tanquam præteritus, vel tanquam exheredatus. Nam nec aliis querela datur, quàm qui vel exheredati sint, vel ita præteriti, vt eorum præteritio habeatur pro exheredatione, *§. mater. Instit. de exheredat. liber.* At nepos hic non ponitur fuisse exheredatus, nec expressè, nec tacitè. Non expressè, quia ponimus præteritum fuisse: non tacitè, quia licèt Bartolus ad *l. in suis. 11. D. de liber. & posthum.* dixerit omnes personas, in quas dominium defuncti non continuatur ipso iure, si præteritæ fuerint, habendas esse pro exheredatis, id tamen falsum est; & bene à Baldo reprehensum in dicta *l. si quis filium. num. quinto*, sumpto argumento ab emancipato, qui cùm non sit ex iis personis in quas dominium continuatur ipso iure, quia non est ex suis heredibus, si tamen præteritus sit, habet bonorum possessionem contra tabulas, quam vtique non daret ei Prætor, si haberet eum pro exheredato, *l. non putauit 8. D. de bonorum poss. contra tabulas.* Item, quia si istud silentium haberetur pro exheredatione, sequeretur quòd talis exheredatio, quæ nullam haberet causam, redderet testamentum nullum hodie. (sic enim legendum est apud Baldum) *ex §. aliud quoque capitulum. Nouel. 15. vt cùm de appell. cognos.* Atqui hoc falsum est, quia incorrecta remanent antiqua iura, ex quibus constat nepotem hunc ex filio superstite impunè præteriri posse, nec necessarium esse vt exheredetur, *l. si quis posthumus 9. §. si filium. D. de liber. & posthum. l. si quis filio 6. D. de iust. rupt.* Multo igitur minùs necesse est, vt adiecta causa exheredetur. Ergo nepos ex filio superstite cùm est præteritus non potest habere querelam ex propria persona tanquam exheredatus. An ergo tanquam præteritus? Atqui inauditum est, vt querela detur præterito, nisi cùm præteritus habetur pro exheredato. Alioqui necesse est, vt vel præteritio illa effectum suum sortiatur, vel ipso iure reddat testamentum nullum: quod postremum dici non potest de hoc nepote, quem verum est impunè præteriri posse dd. ll. nec minùs nouo iure, quàm vetere. Non enim Iustinianus constituit in d. l. *si quis filium*, vt debeat exheredari, sed tantùm vt si pater eius fuerit immerenter exheredatus, possit ille ex persona patris conqueri de inofficioso, quod ego ita accipio, siue ipse nepos præteritus sit, siue exheredatus, dum ne iusta ex causa. Indignus enim esset, quem Iustinianus vocaret ex persona patris, si ob propriam ingratitudinem exheredatus fuisset. Neque rursus cùm Iustinianus ei fauet, idcircò ei fauet, quòd præteritus tantùm fuerit, non exheredatus: sed quia & nepos, & heres est illius, qui immerenter fuit exheredatus: quique transmittere ad eam querelam potuisset, si eam præparasset, quam tamen præparare non poterat, etsi maximè voluisset, cùm nondum esset adita hereditas per heredem extraneum, quod ad instituendam inofficiosi querelam omnino requirebatur, *d. l. si Papinianus. § si conditioni. D. eod* Hic enim casus est qui constitutioni causam dedit, tametsi vltima legis verba ostendant generaliorem esse constitutionem, & ad omnes casus pertinere, in quibus decesserit filius exheredatus, siue ante, siue post aditam ab extraneo hereditatem. Solos enim excipit duos illos casus, si filius aut expressè querelam repudiauerit, aut tacitè per silentium quinquennale: additque, *post aditam scilicet hereditatem*, quia nec tacitè, nec expressè repudiari potest querela ante aditam hereditatem, cùm nec priùs competat. Alij verò duo casus quos nostri cumulant, vt ex duobus faciant quatuor, non

sunt similes, neque poni debent in numero exceptorum: nimirum si filius exheredatus vel probetur ingratus, vel fuerit in aliqua re institutus. Nam in priore casu non excluditur querela, sed succumbit nepos qui ex patris sui persona querelam proponit. Posteriore verò casu excluditur quidem querela inofficiosi, sed non excluditur transmissio quam ex lege Iustinianus inducit. Tantundem enim iuris habet eo casu nepos, quantum filius ipse haberet, si viueret, actionem scilicet ad supplementum *ex l. omnimodo. 30. C. eo.* quam actionem Iustinianus substituit in locum querelæ. Cęterùm nullo casu patiar dari querelam, aut actionem ad supplementum huic nepoti ex propria persona, quamuis fuerit exheredatus, si vel minimo instanti superuixerit pater, quia cùm filius superuixit, & semel successio delata fuit vel ipsi, vel alij ipso viuo, nullę prorsus sunt partes nepotis in succedendo, siue contra testamentum, siue ab intestato: tanquam qui nec inter liberos connumeretur, quod ad causam successionis attinet, cùm à patre suo anteuertatur. Quid ergo ei prodesset habere querelam? Nam etsi casu obtineret, nihil tamen victoria ei prodesset, quippe qui nullo modo possit ab intestato succedere auo, in cuius familia non tenuit ille primum gradum mortis tempore. Mortis enim tempus etiam in hoc nepote præcisè spectandum esse cùm de intestati successione quęritur, constat ex d. l. *si quis filio.* nec quisquam ex interpretibus negat. Nec rursus posset ea victoria prodesse filio, qui iam tum non modò defunctus, sed etiam vtiliter & efficaciter exheredatus reperiretur, confirmato scilicet testamento per aditionem extranei heredis *l. si patronus 12. §. ex testamento. D. de bon. libertor. l. si patroni 55. § qui fideicommissam. D. ad SC. Trebell.* Nam qui semel à successione aliqua efficaciter exclusus fuit, in perpetuum remanet exclusus. Ideóque bene prudentes nostri solent dicere inutilem esse querelam inofficiosi testamenti ei qui nullo casu possit succedere ab intestato, etiamsi casu obtineat d. l. *posthumus 6. §. 1. D. de inoffic. testam.* Quod cùm ita sit, non possum intelligere quid sibi velit Baldus, cùm ait, vt effugiat obiectionem quæ fit ex *d. l. si quis filio,* eum textum procedere quando nepos vult venire ex causa prĕteritionis, quòd tunc attendatur status nepotis tempore mortis aui: secus autem esse, quando venit per querelam, vbi habet locum edictum successorium. Nam præter id quòd ista principij petitio est, quæro quis alius finis & effectus huius querelæ esse posset, nisi vt faceret auum intestatum? Quid autem ea res prodesset, cùm neque posteà ipse ex propria persona succedere ab intestato posset, neque ex persona patris qui exheredatus fuisset? Deinde hæc responsio Baldi præsupponit, posse competere querelam ei qui sit præteritus, quamuis eius prĕteritio non habeatur pro exheredatione. Iam enim ostendimus nepotem hunc qui à patre suo mortis aui tempore anteuertitur, non solùm pro exheredato non haberi, in quo ipse Baldus nobiscum sentit contra Bartolum, sed etiamsi fuerit exheredatus, eam tamen exheredationem ineptam & illusoriam esse, cùm non possit magis excludere nepotem hunc, qui iam satis superque exclusus sit per patris sui, siue instituti, siue exheredati, siue prĕteriti super existentiam, quemadmodum esset inepta in extraneo, *l. quidam cùm filium. 132. D. de verbor. oblig.* nisi fortè hactenus vt eum excludat à nouo beneficio transmissionis quod

ei

ei Iustinianus indulsit in *d.l.si quis filium.* iuxta ea quæ suprà diximus: sed non pertinet adiectio hæc ad quæstionem nostram, quæ est de nepote, querelam ex propria sua persona proponente. Et in hoc ego non tantùm à Dyno, Bartolo, Baldo, & aliis penè innumeris sequacibus dissentio, sed etiam à Iacobo Butr. à quo iidem omnes dissenserunt. Nam cùm ille defenderet, quod nos volumus in querela non esse locum successorio edicto, & tamen vrgeretur ex responso Pauli in *d.l.fin. D. de inoff. test.* non aliud habebat vir bonus quod posset respondere, vt Baldus refert, nisi quod lex illa debeat intelligi de nepote non præterito, sed exheredato, quasi permittendum huic sit instituere querelam nomine proprio, propter iniuriam exheredationis. Si quis enim eandem sententiam & interpretationem contra nos tueri pergat, respondeat obsecro ad ea quæ nos proximè contra Baldum disputauimus. Sed fefellerunt omnes istos verba Pauli, *an sequens admittatur, videndum est.* sequentem enim omnes intelligunt eum, qui sequatur in gradu ex eadem tamen linea, siue ascendentium, siue descendentium. Atque ita si ponas adesse personas diuersorum graduum, in linea descendentium sequentem intelligunt nepotem, quia qui præcedit, filius est. Si verò in linea ascendentium sequentem intelligunt auum aut auiam, quoniam qui præcessit, pater aut mater fuit. At non ista Pauli sententia est: sequentem enim intelligit, non qui sequitur in gradu eiusdem lineæ, quo sensu nunquam potest gradus posterior priori succedere, siue de ascendentiũ, siue descẽdentium, aut transuersalium linea disputemus: sed eum demum, qui cùm sit ex alia planè diuersa, minúsq; fauorabili linea, non potuit admitti ad querelam, quandiu alius fauorabilioris lineæ ipsum præcedebat, post quẽ admitti iure suo nihilominus potest: vt puta, si quis exheredauerit filium, & preterierit, vel exheredauerit patrem, vt in specie quam explicauimus, *d.l. pater filium.* Aut si quis instituta turpi persona exheredauerit patrem vel matrẽ, & præterierit fratrem cõsanguineum. Sicut enim præcedente causa filiorum patris intentio pendet, ita vt non posset pater querelam exercere ad propriũ commodum, quandiu filius defuncti ad accusationem admitti potest. *d.l. pater filium.* quia nec ab intestato posset admitti pater defuncti, nisi post ipsius liberos: ita & nullis existentibus liberis potior est causa ascendentium quàm fratrum, qui nonnisi ex latere coniuncti sunt, & consequenter sicut excluso filio, qui ad querelam prior admitti potuit, locus fit patri, *d.l. pater filium.* & quidem, etiamsi defunctus reliquerit nepotem ex filio superstite (sic enim locus ille ex ratione iuris necessariò intelligendus est, cùm nepos nullo casu possit ab intestato succedere auo, cui filius superuixit) ita & excluso patre qui fuerat præteritus, aut quod idem est, exheredatus, siue nolit, siue ex aliqua causa non possit admitti ad accusationem, sequens in iure proponendæ querelæ admittetur ad est, frater ob institutam à fratre turpem personam, & præferetur auo defuncti, cui sanè non præferretur, si edictum successorium hic locum habere posset. Edictum enim successorium eosdem vocat, & eodem ordine, qui, & quo vocantur in successione intestati. In qua porrò certum est hodie potiorem esse causam ascendentium cuiuscunque gradus, quàm collateralium, *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient.* Præferetur autem frater auo in querela, non tanquã potior in successione si inter auum & fratrem res agatur, sed quia nullus potest locus esse auo in successione nepotis, quandiu auum pater præcedit, sicut nec nepoti in successione aui, quandiu nepotem pater anteuertit. Dices multò minùs posse locum esse fratri, quandiu superest aliquis ex ascenden-

tibus cuiuscunque gradus ille sit. Fateor, cùm de successione intestati quæritur, sed nos ponimus factũ esse testamentum, & tractamus de querela, quę nō sicut competit ex propria persona fratri prꝏterito cùm turpis heres institutus fuit, ita & auo præterito cõpetere potest, si eum pater tẽpore mortis anteuertebat. Itaque excluso patre à proponẽda querela, quòd vel eam repudiauerit, vel tempore mortis excludi se passus sit, cùm adhuc testamentum subsistat, per quod tam auus quàm alius quilibet legitimus successor excluditur, apparet neque de successione intestati, neque de iure aui quidquam quæri posse, sed ad alias personas progrediendum esse, quæ ius habent querelæ proponendæ, inter quas personas auus non est, quem pater in successione anteuertit, & quem ideò exheredare nepos non debuit, *arg. d. l. si quis filio.* Frater verò est, cui defunctus iniuriam fecit, cùm ei turpem personam prætulit. Nec quòd fratrẽ quoque pater anteuerterit, ad rem pertinet: non enim anteuertit eum pater in successione intestati, quæ nulla est, quandiu testamentum subsistit, sed tãtùm anteuertit eum in querela, quam si quoquomodo amittat, amittit quoque ius succedendi ab intestato: tametsi postea contingat testamẽtum rumpi per querelam à fratre institutam. Non enim potest querela fratris ei prodesse, qui ex propria persona quæri cùm posset, tamen noluit, aut obtinere non potuit. Itaque hoc casu auum excludit non tantùm pater, sed etiam testamentum, contra quod non potest auus venire per querelam, cùm sit ex iis personis quas defunctus potuit impunè præterire. Patrem verò nihil excludit nisi testamentũ, & ideo potest queri de inofficioso. Fratrem denique excludit & pater, & testamentum: ideóque nec habet querelam, quandiu pater queri potest: sed excluso patre habet, quia tunc incipit primum locum tenere in successione intestati, nec excluditur aut per auum, quem & testamentum & pater excludit, aut per patrem qui ipse quoque exclusus reperitur, non modò à querela, sed consequenter etiam à successione, nec solùm testamentaria, sed etiam legitima. Denique potest imputari testatori, cur turpem personã & patri & fratri prætulerit, nõn etiam cur auo: quia cùm pater & auus in eadem sint linea, facit interposita patris persona vt nulla prorsus aui ratio habeatur, quod non similiter potest dici de fratre, qui & in alia linea, & in ea primus est, cui proinde iniuriam fecit frater, cùm præterito vel exheredato patre, atque ita per consequentias excluso quoque auo, fratrem nihilominus præteriit, aut exheredauit, prælata ei persona turpi. Non enim sicut excludendo patrem excludit auum, ita & excludit fratrẽ, qui & in alia linea est, & ad successionem intestati hodie ex nouo iure, si modò vtrinque coniunctus est, simul cum patre admittitur, *auth. defuncto. C. ad S. C. Tertyl.* siquidem pater & auus cùm sint diuersorum graduum, in eadem linea concurrere nunquam possunt: pater verò & frater possunt, quia licèt sint in diuersis gradibus, pater nimirum in primo, frater verò in secundo, sunt tamen in diuersis lineis. Vnde possit quis, meo iudicio, non improbabiliter defendere hodie concurrere illos non minùs in querela inofficiosi testamenti, quàm in successione intestati, cùm ius & ordo querelæ ex iure & ordine successionis intestati æstimetur, nempe si frater sit vtrinque coniunctus. Nam si sit consanguineus tantùm, non potest ex Iustiniani constitutione concurrere cum patre in successione intestati, nec igitur in querela: sed post exclusum demum patrem erit admittendus, nõ vt succedat in locum patris exclusi, sed vt ex propria persona propióque gradu admittatur remoto patris obstaculo, & citra edicti successorii potestatem. Isq; verus & germanius

sensus

sensus est *d.l.pen.de inoff.testam.* At alius hic scrupulus superest. Nam si verum est quod diximus, ius & ordinem querelæ æstimandum esse ex iure & ordine successionis intestati, consequens videtur vt successorium edictum habeat locum in querela fauore nepotis, quemadmodum nepos succedit in locum filij ex successorio edicto, cùm agitur de successione intestati. Sic enim pleriq; putant, vt quamuis iure ciuili non sit in suis successio, sit tamen iure prætorio ex *l.vlt.C.vnde lib.l.defunctus 6.C.de legit.hered.* Verùm respondeo falsum hoc esse, vt nepos habeat beneficium edicti successorij, cùm filius ipse successiet, licèt postea abstinuerit, vt dicemus in sequentibus ad d.l. *C.vnd.liberi.* Ergo retenta etiam comparatione querelæ & successionis intestati, non potest nepos habere querelam, si filius eam semel proposuerit, licèt succubuerit. Deinde & apertiùs respondeo posse admitti comparationem querelæ & successionis ab intestato ciuilis, non etiam successionis prætoriæ. Querela siquidem iuris ciuilis est, non prætorij, vt nemo nescit. Atqui iure ciuili non est in suis successio, quantum ad successionem intestati, *l.1.§.sciendum.D.de suis & legit.* Ergo neque in querela inofficiosi testamenti edictum successorium locum habere potest, quamuis locum habeat in successione intestati iure prætorio. Plus dico, & quod nemo fortassis hactenus dixit, Nec iure prætorio posse nepotẽ ex filio superstite admitti per edictum successorium ad successionem aui, si filius in potestate retentus fuit, quia etiam apud Prætorem semper obstat nepoti filius in potestate retentus, si modò tanquam naturalis retentus fuerit, non tanquam adoptiuus, *l.1.§.si quis filium 7.in fin.l.si quis ex his. D. Vnde liberi:* tunc enim sunt omnia integra nepoti, vt possit admitti tanquam nepos, ex capite Vnde liberi, quamuis pater sit superstes cùm pater & emancipatus fuit, & bonorum possessionem petere noluit, aut aliqua ex causa non potuit, d.l.5.§.vlt. vt intelligamus si alterum istorum desit, hoc est, si vel pater in potestate retentus fuerit, vel cùm emancipatus esset, bonorum possessionem semel petierit, etiamsi posteà fortè per in integrum restitutionem abstentus sit, nullum nepoti ex successorio edicto locum superesse, *d.§.si quis filium. iunct.l. vlt. D.de success.edict.* Atqui quæstio nostra est de nepote ex superstite filio in potestate retento. Non igitur in eius persona potest locum habere querela inofficiosi, vt ad eam post patrem admittatur, siue exheredatus ipse fuerit, siue non fuerit, etiamsi mala illa querelæ inofficiosi & successionis intestati prætoriæ comparatio recipiatur. Dixi malam esse comparationem, non ob id solùm quòd querela inofficiosi sit ex iure ciuili, sed etiam quia cùm dicimus ius & ordinem querelæ inofficiosi testamenti æstimandum esse ex iure & ordine successionis intestati, non illud significamus, vt omnes qui suo loco & ordine possent ab intestato succedere, possint querelam exercere (sic enim fieret vt etiam vltra fratres porrigeretur ius proponendæ querelæ, sicut & porrigitur ius successionis intestati, quod tamen falsum est, *d.l.1. D. de inoff. testa. l.fratris.21.C.eod.*) sed hoc tantùm volumus, inter eas personas quæ ius habẽt querendi de inofficioso testamento, vt semper habiles termini præsupponãtur, eum ipsum ordinem seruari debere, qui seruaretur in successione intestati, cùm per querelam conqueratur actor quòd non fuerit sibi relicta pars eius portionis quam ab intestato erat habiturus. Priùs ergo probandũ esset, quod nunquam probari poterit, nepotem ex filio superstite ex iis personis esse, quæ ad querelam admitti possint, quàm vt probari queat, habere illum in iure proponendæ querelæ beneficium edicti successorij. Nam si ne tum quidem cùm

exheredatus immerenter fuit, potest tamen habere querelam; vt nos contra Iacob.Butrig.disputauimus, quanto minùs habere poterit ex persona propria ob exheredationem patris, cùm ipse exheredatus non sit, quia nec exheredari debuit: Vnus tantùm iuris locus superest explicandus, quo potissimùm nostri abutuntur, vt probent in querela inofficiosi testamenti successorio edicto locum esse: is est in *d.l.3.§.si emancipatus.D.de bonor poss.contr.tab.* de cuius vera sententia & interpretatione iam videamus.

ERROR VI.

De sententia l.3.§.si emancipatus.D.de bon.poss. contra tabulas.

IN hoc §.tractans Vlpianus de nepote ex filio emancipato, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem patris, dat nepoti querelam inofficiosi testamenti, his verbis, *nec enim minus in hoc nepote is qui de inofficioso cogniturus est merita nepotis, quàm patris eius delicta perpendet.* Quod quoniam pugnare videtur cum eo quod Vlpianus in princi.eiusdem §. dat huic nepoti bonorum possessionem contra tabulas aui, Bartolus sic interpretandum esse ait, vt totus quidem locus ille loquatur de nepote pręterito, sed tamen principium de nepote qui fuerat præteritus post mortem patris, atque ita eo tempore quo institui debuerat, vel exheredari, quia tum nemo eum præcedebat. Finis verò de nepote qui fuerit præteritus viuo patre, nec proinde institui debuerit, quæ res facit vt non possit admitti per bonorum possessionem cõtra tabulas, querelã tamen habere debeat, ex *d.l.pater filiũ.* Sed qui totum illud responsum Vlpiani legerit, non dubitabit quin longè alia sit sententia eius loci. Totum enim responsum est de nepote ex filio emancipato prędefuncto, ita vt tẽpore mortis aui solus nepos in rerum natura reperiretur, qui posset petere bonorũ possessionem contra tabulas aui. Sic enim Vlpianus scribit, *dein nepos patre iam mortuo ad bonorum possessionem aui velit venire, admittendus est ad eam.* Nec in sequentibus verbis quidquam est, ex quo possit coniici Vlpianum transire ad aliam speciem de nepote pręterito in vita patris. Nam quod sequitur, *Nõ enim per rescissionem is qui filius iustus est, efficietur non filius,* nihil nisi ratio est sententię pręcedentis, & responsio ad rationem dubitandi, quę ex eo moueri poterat, quòd neque filius emancipatus, neque nepos ex filio emancipato admitti possint ad bonorum possessionem aui alio colore, quàm quòd per prętorem ex ęquitate naturali rescindatur emancipatio, quę faciebat vt filius emancipatus & consequenter nepos ex eo post emancipationem susceptus, non tam filius aut nepos, quàm extraneus intelligeretur, *l.quinetiam.55.in fin. D.de rit.nupt.* Porrò cùm rescissa per pretorem emancipatione filius emancipatus perinde habeatur ac si semper in potestate mansisset, unde videtur fieri vt nepos ex eo susceptus amittere debeat nomen nepotis, tanquam qui nec patri suo filius vnquam fuisse intelligeretur, si pater emancipatus nunquam fuisset: siquidem iuris certissimi est non valere nuptias quas contrahit sine patris voluntate filius qui est in patris potestate, *l.2.& 3.l.si nepos 9. cum duabus seq.D.de rit.nupt.* quod in filio emancipato secus est, *l.filius emãcipatus.25. D.eo.* Videbatur itaq; secum pugnare hic nepos ex filio, petẽs bonorum possessionem contra tabulas aui, cùm eius pater sine aui voluntate vxorem duxisset.

xisset. Nam ex qua parte tanquam nepos petebat bonorum possessionem, vtique petebat rescindi emancipationem patris sui, qua scilicet non rescissa, nō posset ille videri nepos ex filio, qui ipse filius nunquā fuisse crederetur. Ex qua verò parte petebat rescindi emancipationem, hoc ipso videbatur petere vt pronuntiaretur non esse nepos, tanquam qui eo obtento reperiretur susceptus ex iniustis nuptiis, quarum ius proprium illud est, vt ex iis neque vir, neque vxor, neque dos, neque matrimonium, neque liberi vlli fuisse existimentur. *§. si aduersus. Instit. de nupt.* Nam si filius non esset patris sui, multò minùs posset dici nepos aui, cui nonnisi per mediam patris personam coniungitur, *l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Sed respondet ad hanc obiectionem Vlpianus emancipationis rescissionem, quæ fit per prætorem, cùm vocat emancipatos tanquam filios ad bonorum possessionem siue contra tabulas in casu testamenti, siue Vnde liberi ab intestato, non idcirco fieri, vt eo minùs, sed vt eo magis liberi admittantur. Id enim est quod & nostri, licèt minùs eleganter, suo more solent dicere, Inducta ad vnum effectum non debere contrarium operari, *l. legata inutiliter 14 D. de adim. legat.* Subiungit Vlp. *Nam etsi tā ignominiosam duxerit vxorem filius, vt dedecori sit tam ipsi quàm patri mulierē tadem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum possessionem aui admitti.* Quibus verbis apparet non mutari casum, sed eam ipsam speciem cōtinuari, quæ sola hucvsque fuit proposita de nepote prætento, ex filio emancipato prædefuncto, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem patris. Cùm enim possit fieri vt filius emancipatus non solùm vxorem citra patris voluntatem duxerit, sed etiam talem vxorem, quam sine ignominia ducere non potuerit, vult docere Vlpianus etiam posteriore casu admittendum esse nepotem ad bonorum possessionem aui, vt hoc ipso probet multo igitur magis admittendum esse priore. Minùs siquidem videtur dignus vt admittatur ad aui bonorum possessionem nepos, qui ex ignominiosa vxore susceptus esset, quàm qui ex honesta. At quoniam videbatur hoc iniquum, vt cōtra tabulas aui veniret hic nepos, quem filius ex ignominiosa vxore præter patris voluntatem susceptisset, rationem adfert Vlpianus iis verbis quæ statim sequuntur, *cum possit auus uti iure suo, eúmque exheredare.* Hæc verò verba sunt, quæ Bartolum, aliosque interpretes fefellerunt. Nam cùm absurdum putent vt nepos innocens possit ob delictum patris exheredari, ex *d. l. diui fratres 17. D. de iur. patron. l. Paulus respondit 47. in prin. D. de bon. libert. l. diuo Marco 11. C. de quæst.* malunt quod ait Vlp. *eúmque exheredare*, de filio intelligere, quàm de nepote. Indéque coguntur dicere, mutari casum, & incipere Vlpianum loqui de nepote ex filio adhuc viuo. Alioqui faterentur eandem speciem retineri de nepote ex filio præmortuo, neque tamen nepotem, sed filium ipsum fuisse exheredatum, ponendum esset filium post mortem suam exheredatum fuisse, quod absurdissimum esset. *l. si ita scriptum 13. §. vlt. l. Gallus 29. §. in omnibus. D. de lib. & posth.* Hoc verò præsupposito, cùm tamen videant Vlpianum in sequentibus dare huic nepoti querelam inofficiosi testamenti, quam ex propria persona nemo habere potest, nisi qui vel expressim, vel silentio sit exheredatus, coguntur dicere non admitti hunc nepotem ad querelam, nisi ex persona patris sui exheredati, atque ita post patrem, & consequenter ex edicto successorio. Sic enim Vlpianus necessariò accipiendus est, vt pro Bartolo contra nos vrgere videatur. At nos dicimus longè aliam Vlpiani sententiam esse, totóque illo §. vnam eandémque speciem proponi, de præterito nepote ex filio emancipato præ-

mortuo, ac proinde verba illa quæ Bartolum fefellerunt, *cùm possit auus ei iure suo, eúmque exheredare*, non de filio, sed de nepote accipienda esse: quo sensu optima est ratio quam adfert Vlpianus, ne quis miretur nepotem hunc susceptum ex ignominiosa vxore, quam filius duxerat, non ex patris sui voluntate, admitti nihilominus ad successionem aui contra ipsius voluntatem, id est, per bonorum possessionem cõtra tabulas. Est enim quod huic auo imputari possit, cur cùm testamentum conderet, iure suo vsus non sit, nepotémque hunc, quem præteriit, non potiùs exheredauerit, vt eum arceret à beneficio bonorum possessionis contra tabulas, quam Prætor nunquam defert liberis exheredatis, quibus nimirum ob eam rem omnino necessaria est querela inofficiosi testamenti, vt doceant se immerentes exheredatos, *l. non putauit 8. D. de bon. poss. cont. tab.* An igitur mutat casum Vlp. vt initio loquatur de nepote præterito, posteà verò de nepote exheredato? Minimè verò. Tractat enim semper de præterito nepote, non de exheredato, sed qui tamen potuerit, & debuerit ab auo exheredari, vt à bonorum possessione contra tabulas submoueretur. At, inquies, quis ferat nepotem exheredari ob delictum filij, & aleno odio prægrauari innocentem, vt loquitur Iustinianus in *l. si quis suo 33. §. legis. C. de inoff. testam?* Et hoc, inquã, nimirum est, quod inducit querelam inofficiosi testamenti, cùm immerenter exheredatus reperitur is qui omnino vel institui debuit, vel nonnisi cum iusta causa exheredari. Itaque nihil in eo absurdi aut iniqui est, quòd hic nepos, quamuis innocens, exheredetur, sed absurdum & iniquũ emergere inciperet, si ex solo patris delicto cùm esset ipse innocens, omniáque pietatis obsequia auo præstitisset, nihilominus condemnaretur. Quanquam, si propiùs inspicere volumus, non tam ex persona patris, quàm ex propria videtur exheredatus hic nepos, qui ideò fuit exheredatus, quòd susceptus sit ex vxore ignominiosa. Nam cùm ignominiosa filij vxor illa sit, quam habere dedecus sit non tantùm ipsi filio eam habenti, sed etiam ipsius patri, apparet iustum esse dolorem aui, si nepotem hunc, quamuis alioqui innocentem, ex ea caussa exheredet, vel ob hoc ipsum ne agnoscendo nepotem ex ignominiosa natum, ipsam quoque ignominiam agnoscere ac vltrò subire videatur. Neque rursus nouum fuit iurisprudentiæ veteri, vt ex alterius delicto alius exheredaretur. Nam & posthumos adhuc in vtero matris constitutos exheredare olim parentes poterant, & plerunque exheredabant, adeóque vtiliter, id est, ita vt nec per querelam testamentum rumpi posset, *l. posthumus 9. D. de inoff. testam. & tot. de lib. & posth. hered. inst. vel exher. D. & c.* non quòd in eo statu aliquam ingratitudinis causam admittere potuissent, sed odio matrum, si fortè minùs castæ fuissent, vt eius exheredationis metu in officio & pudicitia retinerentur, scientes alioqui fore vt partum ederent miserum futurum, perpetuáque egestate laborãtem. Eadem ergo ratione poterat & debebat permitti auo, vt nepotem ex ignominiosa filij vxore non ex sua voluntate susceptum exheredare posset, vt eo metu liberi alioquin proterui & contumaces ab eiusmodi nuptiis abstinerẽt. Quàm multi enim sunt, qui ne delinquant, magis liberorum suorum causa, quàm proprio pudore, propriive periculi metu deterrentur, *l. isti quidem 8. D. quod met. caus. l. quisquis. C. ad l. Iul. maiestat.* In quo rursus obseruandum est errare vulgò nostros, existimantes iustam olim fuisse causam exheredationis, si filius aut filia nuptias contraheret sine consensu patris, idque probari ex *d. §. si emãcipatus.* Vtrumque enim falsum est. Nam si persona, quæ sine patris consensu

nuptias

nuptias contraxit, in eius potestate fuit, vsque adeò iniustæ & inutiles sunt nuptiæ, vt nec nepotis nomen mereatur is, qui ex ipsis susceptus est *d. §. si aduersus. Instit.* inspecto nimirum iure ciuili (nam iure canonico aliud est *27. qu. 5. can. sufficiat.* propter religionem sacramenti matrimonij, cuius maiorem, quàm patriæ potestatis autoritatem esse sacrosancti Pontifices, vt cætera omnia decreuerunt, quod & Tridentina Synodus contra miseros sæculi nostri Nouatores sub anathematis pœna sanxit.) Proinde non est, quòd nepotem ex talibus nuptiis susceptum exheredare auus debeat, aut etiam possit, tametsi maximè velit: quia cùm nepos non sit, sed extraneus; certum est in extranei persona exheredationem prorsus ineptam esse, *l. quidam 132. D. de verb. oblig.* Nec magis ei Prætor daret bonorum possessionem contra tabulas, quasi præterito; quàm ciuilis legislator ius dicendi nullum, siue patris, siue aui sui testamentum, vt omnium optimè Vlpianus probat in *d. §. si emãcipatus.* Ergo nec haberet querelam iure ciuili, quamuis esset exheredatus, nisi eo modo, quo habent cæteri omnes qui obtinendi spem non habent, & qui meliùs facerent, si sumptibus inanibus se nõ vexarent, vt scriptum est in *l. 1. D. de inoff. testam.* id est, tanquam accusationem publicam, ad quam omnes admittuntur, sed in qua tamẽ non alius potest vincere, vt ex sua victoria lucrum sentiat, quàm qui rem ab intestato habere potest, *d. l. posthumus 6. §. si quis ex his personis. D. eod.* In quo numero nõ est hic nepos, qui nec nepos est. Quòd si ponas filium, qui vxorem duxit sine patris voluntate fuisse emãcipatum, constat non solùm valere nuptias iure ciuili, *d. l. filius emancipatus. 25. D. de rit. nupt.* sed neque vllum in ea re delictum esse filij, qui cùm extra familiam esset patris, consensum requirere non cogebatur. Cur ergo exheredari ob eam causam poterit? Multò minùs licebit auo nepotem ex iis nuptiis legitimè susceptum exheredare, cuius fauorabiliorem certè non deteriorem causam esse oportet, quàm filij, qui nuptias contraxit. Quare nec Vlpianus in *d. §. si emancipatus,* ita loquitur, vt dicat auum potuisse vti iure suo, nepotémque exheredare ob id solùm, quòd filius emancipatus vxorem duxerat, non ex patris sui voluntate, sed ob id tãtùm ꝙ ignominiosam vxorẽ duxerat, & quam habere dedecus erat, non tantùm ipsi, sed & patri eius. Non offendit patrem filius emancipatus cùm vxorem ducit præter patris voluntatem, licèt honestiùs, & longè meliùs facturus sit, si patris consensum exigat: tantum abest vt eam vxorem ducere debeat, quam ab eo duci pater nolit. At offendit patrem filius, quantumuis emancipatus, cùm ignominiosam vxorem ducit, quoniam ignominia filij patris quoque est, *d. l. isti quidem..* Nec permittendum est filio qui proprium pudorem negligit, vt patris quoque honorem lædat impunè. Ideóque verum est quod Vlpianus ait, iure suo vti auum, qui nepotem ob tale delictum filij exheredat, tantum abest vt non sit ea iusta causa ipsius filij exheredãdi. Quãquam hoc à Iustiniano correctum hodie putant, in Nouell. 115. *vt cùm de app. cognos. cap. 3. §. causas.* vbi constituit, vt ex quatuordecim duntaxat causis possint liberi à parentibus exheredari, inter quas hæc non est. Idq; Bartolus sentit ad *d. §. si emancipatus. num. 1.* sed vereor ne non satis bene. Nam Iustin. in *d. §. causas. vers. si alicui ex prædictis,* non obscurè innuit posse exheredari filiã, quæ ante vigesimum quintum annum sine consensu patris marito se copulauerit, non minùs quàm si in corpus suum peccauerit, adeóque illam quæ post xxv. annum nupsit sine voluntate patris, si non liberi hominis nuptias elegerit. Eo namque solo casu vult Iustinianus non posse filiæ ad ingratitudi-

nem imputari quòd sine patris voluntate nupserit, cùm non culpa sua, sed parentum id commisisse cognoscitur. Culpa parẽtum nulla est, nisi cùm negligentes fuerunt in quærenda condicione filiæ ad annũ vsque ipsius xxv. vt in eod. vers. scriptũ est. Sed ex ratione illa Iustiniani videtur mihi posse probari non malè, Filiam posse meritò exheredari, si etiam post vigesimũ quintũ annum nupserit homini ignominioso, quamuis libero: non enim possit illa se tueri hac ratione, quam pro ea vnicam Iustinianus adfert, *quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.* Quod enim pater negligentior fuerit quàm debuerat in filia collocanda, iustam quidem præbet filiæ excusationem si postea sine patris cõsensu nubat, itemque si pauperi, aut minus nobili, aliterve inæqualis conditionis viro; at non etiam si ignominiosum virum eligat, & talem, cui honestiùs fuerit prælatura, seruum hominem, dummodò probum, & frugi. Quod si in filia verè hæc dicũtur, multo magis in filio locũ habere debent, qui vxorem ignominiosam duxerit sine consensu patris, in cuius erat potestate. Siquidẽ longè maiorẽ facit injuriam patri filius, qui vxorẽ ignominiosam ducit sine patris voluntate, quàm filia quę ignominioso viro nubit, cùm ex nuptijs filij agnascatur suus heres auo inuito, cui nullus agnascitur ex nuptijs filiæ, ex qua qui nascitur, suus heres fit patri & auo paterno, non auo materno *.l.penult. D.de agnosc.lib.iunct.l.cùm nepos.6.l.si quis nepotẽ 10.& seq. D.de adopt.§.sed si quis nepotis.instit.eod.* Nec est quòd quis obijciat in tota Iustiniani supradicta constitutione nihil esse scriptum de filiofamiliâs vxorem ducente citra patris voluntatem. Responderi enim potest ex eo factũ hoc esse, quòd inspecto iure ciuili, vt diximus, ipso iure non valerent nuptiæ quas filiusfamiliâs sine consensu patris contraxisset, vt proinde nullus eo casu relinqueretur locus quæstioni de exheredando filio, qui nullam patri fecisset injuriam, nuptias inutiles contrahendo. Multo minùs de exheredãdo nepote ex ijs nuptijs suscepto, qui nec nepos esset. Posteà verò quàm placuit eas nuptias iure Pontificio valere, & quod est consequens, magnam ex eiusmodi nuptijs fieri injuriam patri, si filius ignominiosam vxorem duxerit, quam papater nunquam fuisset electurus, nihil causæ est cur non sit ea iusta causa exheredationis hodie, perinde atque olim erat in masculo, & perinde atque etiã hodie est in filia, manente incorrecta hac parte Vlpiani sententia in *d.§.si emancipatus.* Dices, ita ergo futurum, vt in filio quoque emancipato idem dicendum sit. Nam & de eo loquitur Vlpianus in *d.§.si emancipatus.* quod tamẽ Iustinianus nec exprimit, nec prætermittere debuerat, cùm nihil Pontificio iure innouatum sit, quantum ad nuptias emancipatorum, quæ etiam olim valebant sine consensu patris. Ego verò fatebor non illi benè ita esse, vt etiam in filio emãcipato iusta hæc sit hodie, vt olim, causa exheredationis: sed negabo nihil de hoc Iustiniani constitutione contineri. Potest nãque injuria quæ fit patri per ignominiosas filij nuptias, referri ad secundum illud caput causarum ingratitudinis, quod Iustinianus perstringit his verbis, *si grauem & inhonestam iniuriam eis ingesserit.* An non enim grauis & inhonesta est illa injuria, quæ ingeritur patri per ignominiosas filij nuptias, cùm per eas non tantùm filius, sed etiam pater, adeòque tota familia, & cognatio dedecore afficiatur? Neque verò existimandum est Iustiniani mẽtem illam fuisse, cùm causas ingratitudinis tam in liberorum, quàm in parẽtum personis certo numero conclusit, vt eas abrogaret, quas vetus Iurisprudentia pro iustis agnouerat: præsertim quæ adnexam habeant rationem pietatis, aut etiam publicę honestatis

statis:sed tantùm vt non esset in potestate testatoris nouas sibi exheredádorũ liberorũ,aut parentũ causas cõminisci,& pro arbitrio aut hos aut illos exheredare.Atqui hæc ingratitudinis causa,de qua agimus,est ex earum numero, quas prudẽtes nostri, quibus nihil vsquam prudentius,pro bonis iustisq; agnouerũt: & quæ non potest videri sublata per Iustinianũ,quin publica etiam honestas ab eo violata dici possit,cuius tamen,cùm in omnibus,tũ præcipuè in nuptijs & conjunctionibus rationem haberi oportet. *l.semper in cõiunctionibus,42.D.de rit.nupt.* quia nimirum contractus nuptiarum publicam magis,quàm priuatam causam habere existimantur, nec tam à contrahentibus ipsis fieri,quàm à familijs vniuersis,quib. heredes legitimi ex ijs nuptijs parantur.Quare non est quòd iam quis miretur filium hunc , qui non ex patris voluntate vxorem ignominiosam duxerit,à patre exheredari, vt olim potuit, ita & hodie posse. Sed illud magis mirari quis possit,nepotem ex eo susceptũ exheredari olim potuisse;quẽ sanè fatendum est hodie exheredari nullo modo ob hanc causam posse. Nec enim de eo dici potest,quod de filio ipso diximus,& quod constitutio requirit,ingessisse illum auo inhonestam hanc iniuriam,propter quam debeat exheredari.Sicut nec quisquã bene dixerit, posse hodie postumum innocẽtem exheredari à patre ob delictum matris,nisi fortè bona mente , & eo consilio , vt exheredatio illa ei prosit magis , quàm noceat:quomodo iam olim plerunq; exheredatio fiebat, *l.mulier 18. D.de lib.& post.l.si patronus 12.§.si quis non mala mente.l. Paulus respondit 47.in pr. D.de bon.libert.* Nec enim Iustinianus id egit, vt liberorum quos exheredare pater vellet,deteriorem causam faceret,sed vt meliorem. Fit autẽ melior cùm exheredatur bona mente,dátúrque ijs fideicommissum in tempus,quo in suam tutelam venerint,quoties prudens pater lubrico tutelæ, fideicommissi remedium præfert: vt loquitur Papinianus in *l.3.§.cùm Pollidius.D. de vsur.* At fit deterior quoties exheredantur mala mente.Nec sanè iniquum est quod Iustinianus constituit,vt propter delictum aut personã matris , quæ sola fortassis suspicione pudicitię laboret,exheredari nõ possit filius,qui est innocẽs,quémque nuptiæ demonstrant filiũ esse illius,à quo exheredatur.Alieno enim odio prægrauari nemo debet,quomodo pręgrauatur is,qui vel à patre odio matris, vel à matre odio patris exheredatur,siue sit postumus,siue infãs, de quo Iustinianus in *l. si quis suo.33.§ legis C. de inoff testa.* siue etiam extra infantiam cõstitutus,dum nec ipse deliquerit *l.pen.ver. cùm enim & ad ipsarum.C.de legit. hered.* Etsi enim qui extra infantiam aut pupillaritatẽ constitutus est,potest, si velit,delinquere,& aliquam ingratitudinis causam committere , nemo tamen ob id iustè exheredatur, quòd potuit delinquere,si non etiam deliquit. Imò tantò fauorabilior est qui potuit delinquere,si non deliquit, quemadmodum & Deo opt.Max acceptior est qui potuit transgredi,& non est trãsgressus. In persona tamen nepotis,quo de agimus,& quem dicimus potuisse iure vetere exheredari ob delictum patris qui ignominiosam duxerit vxorem, vnũ illud est quod iuris veteris asperitatem , si non in totum tollit, certè minuit, quod Vlpianus in *d.§.si emancipatus,* vt huius iniquitatis obiectioni occurrat, non prætermittit,quòd qui de inofficioso cognoscet , non minùs merita huius nepotis quàm patris eius delictã perpendere debebit , vt si videat ipsum perpetuam auo pietatem,plerúmque obsequiũ præstitisse, pro eo pronũciet contra testamentum,quasi immerenter sit exheredatus is, cuius meritis plus tribuere auus debuerat quàm delictis patris:quorum ratio ita demum haberi

deberet, si non ea proprijs meritis & officiis nepos obliteraſſet. Obſeruandū enim eſt non ita loqui Vlpianum, vt dicat non debere tunc nepotem condēnari, & ſuccūbere in querela propter delictum patris, vt Bart. & ceteri exiſtimant, & interpretantur: ſed in ea cognitione non minùs perpēdenda eſſe merita nepotis, quàm delicta filij. Vtraq; igitur perpendēda ſunt, delicta patris, eiuſdemque filij ad iudicandum contra nepotem, ſi non probet ille ſe de auo bene meritum eſſe, licèt nec demeritus probetur; Merita verò nepotis ſi qua ſunt, ad iudicandū pro nepote contra teſtamentum, licèt patris, propter quē fuit exheredatus, delicta probētur; quomodo interpretati ſumus in errore 4. Decad. huius. Ex his verò apparet quàm falſum & improbabile ſit quod Bart. & poſt eum alij notant ad *d. § ſi emācipatus*, ſententiā eius loci hanc eſſe, vt nepos poſſit venire contra teſtamentum aui, non obſtāte ꝙ filius fuerit iuſtè exheredatus, vel iuſtè potuerit exheredari. Id enim non minùs ab Vlp. verbis & mēte, quàm à ratione iuris alienū eſt. Nec enim Vlp. tractat de filio, qui fuerit exheredatus, quíve potuerit vtiliter & cum effectu exheredari, quippe quē ponit mortuum eſſe viue patre ſuo, ſed de nepote, qui fuerit præteritus, cùm primum gradum liberorum teneret tempore mortis aui: & quē ideo ait poſſe venire ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui, propterea quòd auo poſſit imputari, cur non eum exheredauerit, cùm poſſet id facere ob delictū pātris, qui ſine aui volūtate vxorē duxerat tam ignominioſam, vt dedecori eſſet non minùs āuo, quàm marito. Quòd ſi nepotem hunc auus exheredaſſet ſuo iure, non aliud auxilium ei ſuperfuiſſet, quàm querelæ inofficioſi teſtamenti. In qua querela ſuccumberet quidem ob delictum patris, ſi nulla ſua ergo auum bene merita probare poſſet, ſed contrà vinceret, ſi non tantùm de auo non demeritus, ſed bene quoque meritus probaretur. Ceterū quoties filius patri ſuperſtes eſt, nepos ex eodem filio ſiue emancipato, ſiue in poteſtate retento nunquam admitti poteſt ad bona aui, ſiue filius inſtitutus fuit, ſiue exheredatus, neque per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia non dat eam prætor alijs liberis, quàm qui iure ciuili facerent teſtamentum nullum, ſi emancipatio nulla interueniſſet: hoc eſt, qui primum gradum teneant in cauſa ſucceſſionis: in quo numero nunquam eſt nepos, quem pater anteuerterit mortis tempore, neque per querelam inofficioſi teſtamenti, quoniam alijs ea non competit, nec ſi exheredati ſint, quàm qui exheredari, vel inſtitui debuerunt: in quo etiam numero nepos non eſt, quem mortis tempore pater præcedit, nec ſi pater fuerit exheredatus, & poſt aditam hereditatem à iure proponendæ querelæ excluſus. Multo minus igitur querelam habere poterit prætextu edicti ſucceſſorij hic nepos, ſi præteritus tantum fuerit, non exheredatus, cùm impunè potuerit præteriri, ſi pater eum præceſſit. Si verò præmortuo iam patre in locum ipſius ſucceſſit teſtamentum, quod ipſe ſuccedendo iam rumpit, amplius rumpi per querelā non poteſt, ita fit vt nullo caſu querelam habere poſſit. Bonorum poſſeſſionis ab inteſtato ex capite Vnde liberi, alia ratio eſt, ea namquē poteſt competere nepoti ex filio emancipato ſuperſtite ſi modò filius emancipatus bonorum poſſeſſionem ipſe non petierit, *l. ſi quis ex his. 5. § vlt. D. vnd. liber.* Quod tamen quomodo accipiendum ſit, quoniam in eo quoque ab omnibus interpretibus errari video, pluribus explicandum eſt.

ERROR

ERROR SEPTIMVS.

De varia & interpretatione l. qui se patris. vlt. C. vnd. liber.

Qvàm difficilis omnibus interpretibus & veteribus & recentioribus visa sit huius legis interpretatio, facile est videre tã ex glossatorum, quàm ex aliorum cõmentarijs, in quibus videas neminem ex eis vel sibi ipsi satisfecisse. Solus Iacobus Cuiacius lib. 4. obser. cap. 6. scripsit sibi apertissimam videri speciem & sententiã legis. Et sanè quid tanto viro difficile videri potuit, aut debuit? Sed tamen sic ille explicat, vt appareat magis eum laborare in explicando eo quòd per se apertissimum erat, nullaq; explicatione indigebat quàm in ijs difficultatibus eleuandis, quas cæteri minùs ingeniosi hucusq; diluere non potuerunt. Verba legis primùm ꝓponenda sunt. Lex enim breuis est, & si nihil nisi constructionem quęras, perspicua & plana. *Qui se patris*, inquit Imp. Constantius, *post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates suscipere non potest, maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit.* Se sus verò vt sit obscurus illud facit quòd non obscurè videatur Imperator ijs verbis insinuare differentiam quæ in hac specie constituenda sit inter ius ciuile & prætorium, cùm prior pars legis loquatur de successione quæ fit ex iure ciuili, posterior verò de ea quæ fit ex iure prætorio. Prior de herede, & cõsequente de hereditate: posterior autem de bonorũ possessione, & cõsequẽter de bonorum possessore. Quæ tamen differentia inter ius ciuile & prætoriũ quænã hîc sit, & quem effectum habere possit vix dici potest. Nam cùm lex sit de legitima intestati successione tam ciuili quàm prætoria, & de nepote ex filio suo herede superstite, qui nepos volebat omissa paterna hereditate auitã amplecti. Certum est, si ius ciuile inspicias, in successione aui filium qui superstes fuit, obstare omnimodo nepoti ne possit nepos nullo casu suus heres esse, nec tanquam suus, nec tanquã proximus agnatus, siue filius se immiscuerit, siue se abstinuerit, siue non declarata voluntate decesserit, quia cum filius ipse sit suus heres ipso iure, ita vt possit dici auum non esse sine herede qui filium habuit suum heredẽ, quãuis se abstinẽtem, *l. cùm quasi 30. § sed et si suus. D. de fideicom. libert.* apparet non posse nepotem, aut aliũ quẽquam eidem auo heredem esse, siue quòd vni duo in solidũ heredes esse nequeant, *l. quod contra 141. § vni duo. de regul. iur.* siue quòd non possit auo suus heres esse nepos, qui delatæ successionis tempore à patre anteuertitur, *l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber.* Nec est quod quis dicat aperiri locum nepoti, vt possit fieri suus heres auo per filij abstẽtionem. Repugnat enim quod toties diximus, & repetere cogimur non esse iure ciuili in suis heredibus successionem, vt apertè scriptum est in *l. 1. § sciendum. D. de suis & legit.* In eóq; & Cuiacius, & cæteri omnes tám veteres quàm recentiores interpretes consentiunt, nisi quòd Baldus *ad d. l. vlt. num. 7.* tentat dicere, de mera quidẽ iuris subtilitate id verũ esse, sed tamen de æquitate etiam iuris ciuilis secus esse, cùm, inquit, edictum successorium habeat locum in suis, non tantùm hodiè & nouo iure quod induxit Iustiniani constitutio, de qua in *§. placebat. Inst. de*

tibus cuiuscunque gradus ille sit. Fateor, cùm de successione intestati quæritur, sed nos ponimus factũ esse testamentum, & tractamus de querela, quę nõ sicut competit ex propria persona fratri præterito cùm turpis heres institutus fuit, ita & auo præterito cõpetere potest, si eum pater tẽpore mortis anteuertebat. Itaque excluso patre à proponẽda querela, quòd vel eam repudiauerit, vel tempore mortis excludi se passus sit, cùm adhuc testamentum subsistat, per quod tam auus quàm alius quilibet legitimus successor excluditur, apparet neque de successione intestati, neque de iure aui quidquam quæri posse, sed ad alias personas progrediendum esse, quæ ius habent querelæ proponendæ, inter quas personas auus non est, quem pater in successione anteuertit, & quem ideò exheredare nepos non debuit, *arg. d. l. si quis filio*. Frater verò est, cui defunctus iniuriam fecit, cùm ei turpem personam prætulit. Nec quòd fratrẽ quoque pater anteuertit, ad rem pertinet: non enim anteuertit eum pater in successione intestati, quæ nulla est, quandiu testamentum subsistit, sed tãtùm anteuertit eum in querela, quam si quoquomodo amittat, amittit quoque ius succedendi ab intestato: tametsi postea contingat testamẽtum rumpi per querelam à fratre institutam. Non enim potest querela fratris ei prodesse, qui ex propria persona quæri cùm posset, tamen noluit, aut obtinere non potuit. Itaque hoc casu auum excludit non tantùm pater, sed etiam testamentum, contra quod non potest auus venire per querelam, cùm sit ex iis personis quas defunctus potuit impunè præterire. Patrem verò nihil excludit nisi testamentũ, & ideo potest queri de inofficioso. Fratrem denique excludit & pater, & testamentum: ideóque nec habet querelam, quandiu pater queri potest: sed excluso patre habet, quia tunc incipit primum locum tenere in successione intestati, nec excluditur aut per auum, quem & testamentum & pater excludit, aut per patrem qui ipse quoque exclusus reperitur, non modò à querela, sed consequenter etiam à successione, nec solùm testamentaria, sed etiam legitimâ. Denique potest imputari testatori, cur turpem personã & patri & fratri prætulerit, non etiam cur auo: quia cùm pater & auus in eadem sint linea, facit interposita patris persona vt nulla prorsus aui ratio habeatur, quod non similiter potest dici de fratre, qui & in alia linea, & in ea primus est, cui proinde iniuriam fecit frater, cùm præterito vel exheredato patre, atque ita per consequentias excluso quoque auo, fratrem nihilominus præterit, aut exheredauit, prælata ei persona turpi. Non enim sicut excludendo patrem excludit auum, ita & excludit fratrẽ, qui & in alia linea est, & ad successionem intestati hodie ex nouo iure, si modò vtrinque coniunctus est, simul cum patre admittitur, *auth. defuncto. C. ad S.C. Tertyl.* siquidem pater & auus cùm sint diuersorum graduum, in eadem linea concurrere nunquam possunt: pater verò & frater possunt, quia licèt sint in diuersis gradibus, pater nimirum in primo, frater verò in secundo, sunt tamen in diuersis lineis. Vnde possit quis, meo iudicio, non improbabiliter defendere hodie concurrere illos non minùs in querela inofficiosi testamenti, quàm in successione intestati, cùm ius & ordo querelæ ex iure & ordine successionis intestati æstimetur, nempe si frater sit vtrinque coniunctus. Nam si sit consanguineus tantùm, non potest ex Iustiniani constitutione concurrere cum patre in successione intestati, nec igitur in querela: sed post exclusum demum patrem erit admittendus, nõ vt succedat in locum patris exclusi, sed vt ex propria persona proprióque gradu admittatur remoto patris obstaculo, & citra edicti successorii potestatem. Isq; verus & germanius

sensus

sensus est *d.l.pen.de inoff.testam.* At alius hic scrupulus superest. Nam si verum est quod diximus, ius & ordinem querelæ æstimandum esse ex iure & ordine successionis intestati, consequens videtur vt successorium edictum habeat locum in querela fauore nepotis, quemadmodum nepos succedit in locum filij ex successorio edicto, cùm agitur de successione intestati. Sic enim plerique putant, vt quanuis iure ciuili non sit in suis successio, sit tamen iure prætorio ex *l.vlt.C.vnde lib.l.defunctus 6.C.de legit.hered.* Verùm respōdeo falsum hoc esse, vt nepos habeat beneficium edicti successorij, cùm filius ipse successiet, licèt postea abstinuerit, vt dicemus in sequentibus ad d.l. *C.vnd.liberi.* Ergo retenta etiam comparatione querelæ & successionis intestati, non potest nepos habere querelam, si filius eam semel proposuerit, licèt succubuerit. Deinde & apertiùs respondeo posse admitti comparationem querelæ & successionis ab intestato ciuilis, non etiam successionis prætoriæ. Querela siquidem iuris ciuilis est, non prætorij, vt nemo nescit. Arqui iure ciuili non est in suis successio, quantum ad successionem intestati, *l.1.§.sciendum.D.de suis & legit.* Ergo neque in querela inofficiosi testamenti edictum successorium locum habere potest, quanuis locum habeat in successione intestati iure prætorio. Plus dico, & quod nemo fortassis hactenus dixit, Nec iure prætorio posse nepotē ex filio superstite admitti per edictum successorium ad successionem aui, si filius in potestate retentus fuit, quia etiam apud Pretorem semper obstat nepoti filius in potestate retentus, si modò tanquam naturalis retentus fuerit, non tanquam adoptiuus, *l.1.§.si quis filium 7.in fin.l.si quis ex his. D. Vnde liberi:* tunc enim sunt omnia integra nepoti, vt possit admitti tanquam nepos, ex capite Vnde liberi, quanuis pater sit superstes cùm pater & emancipatus fuit, & bonorum possessionem petere noluit, aut aliqua ex causa non potuit, d.l.5.§.vlt.vt intelligamus si alterum istorum desit, hoc est, si vel pater in potestate retentus fuerit, vel cùm emancipatus esset, bonorum possessionem semel petierit, etiamsi posteà fortè per in integrum restitutionem abstentus sit, nullum nepoti ex successorio edicto locum superesse, *d.§.si quis filium. iunct.l. vlt.D.de success.edict.* Atqui quæstio nostra est de nepote ex superstite filio in potestate retento. Non igitur in eius persona potest locum habere querela inofficiosi, vt ad eam post patrem admittatur, siue exheredatus ipse fuerit, siue non fuerit, etiamsi mala illa querelæ inofficiosi & successionis intestati prætoriæ comparatio recipiatur. Dixi malam esse comparationem, non ob id solùm quòd querela inofficiosi sit ex iure ciuili, sed etiam quia cùm dicimus ius & ordinem querelæ inofficiosi testamenti æstimandum esse ex iure & ordine successionis intestati, non illud significamus, vt omnes qui suo loco & ordine possent ab intestato succedere, possint querelam exercere (sic enim fieret vt etiam vltra fratres porrigeretur ius proponendæ querelæ, sicut & porrigitur ius successionis intestati, quod tamen falsum est, *d.l.1.D. de inoff. testa. l.fratris.21.C.eod.*) sed hoc tantùm volumus, inter eas personas quæ ius habēt querendi de inofficioso testamento, vt semper habiles termini præsupponātur, eum ipsum ordinem seruari debere, qui seruaretur in successione intestati, cùm per querelam conqueratur actor quòd non fuerit sibi relicta pars eius portionis quam ab intestato erat habiturus. Priùs ergo probandū esset, quod nunquam probari poterit, nepotem ex filio superstite ex iis personis esse, quæ ad querelam admitti possint, quàm vt probari queat, habere illum in iure proponendæ querelæ beneficium edicti successorij. Nam si ne tum quidem cùm

exheredatus immerenter fuit, potest tamen habere querelam, vt nos contra Iacob. Buttrig. disputauimus, quanto minùs habere poterit ex persona propria ob exheredationem patris, cùm ipse exheredatus non sit, quia nec exheredari debuit? Vnus tantùm iuris locus superest explicandus, quo potissimùm nostri abutuntur, vt probent in querela inofficiosi testamenti successorio edicto locum esse: is est in *d.l.3.§.si emancipatus. D. de bonor poss. contr. tab.* de cuius vera sententia & interpretatione iam videamus.

ERROR VI.

De sententia l.3.§.si emancipatus. D. de bon. poss. contra tabulas.

IN hoc §. tractans Vlpianus de nepote ex filio emancipato, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem patris, dat nepoti querelam inofficiosi testamenti, his verbis, *nec enim minus in hoc nepote is qui de inofficioso cogniturus est merita nepotis, quàm patris eius delicta perpendet.* Quod quoniam pugnare videtur cum eo quod Vlpianus in princi. eiusdem §. dat huic nepoti bonorum possessionem contra tabulas aui, Bartolus sic interpretandum esse ait, vt totus quidem locus ille loquatur de nepote preterito, sed tamen principium de nepote qui fuerat præteritus post mortem patris, atque ita eo tempore quo institui debuerat, vel exheredari, quia tum nemo eum præcedebat. Finis verò de nepote qui fuerit præteritus viuo patre, nec proinde institui debuerit, quæ res facit vt non possit admitti per bonorum possessionem cõtra tabulas, querelã tamen habere debeat, ex *d.l.pater filiũ.* Sed qui totum illud responsum Vlpiani legerit, non dubitabit quin longè alia sit sententia eius loci. Totum enim responsum est de nepote ex filio emancipato prędefuncto, ita vt tẽpore mortis aui solus nepos in rerum natura reperiretur, qui posset petere bonorũ possessionem contra tabulas aui. Sic enim Vlpianus scribit, *dein nepos patre iam mortuo ad bonorum possessionem aui velit venire, admittendus est ad eam.* Nec in sequentibus verbis quidquam est, ex quo possit coniici Vlpianum transire ad aliam speciem de nepote pręterito in vita patris. Nam quod sequitur, *Nõ enim per rescissionem is qui filius iustus est, efficietur non filius,* nihil nisi ratio est sententię pręcedentis, & responsio ad rationem dubitandi, quę ex eo moueri poterat, quòd neque filius emancipatus, neque nepos ex filio emancipato admitti possint ad bonorum possessionem aui alio colore, quàm quòd per pręto rem ex ęquitate naturali rescindatur emancipatio, quę faciebat vt filius emancipatus & consequenter nepos ex eo post emancipationem susceptus, non tam filius aut nepos, quàm extraneus intelligeretur, *l.quinetiam.55.in fin. D.de rit.nupt.* Porrò cùm rescissa per prętorem emancipatione filius emancipatus perinde habeatur ac si semper in potestate mansisset, unde videtur fieri vt nepos ex eo susceptus amittere debeat nomen nepotis, tanquam qui nec patri suo filius vnquam fuisse intelligeretur, si pater emancipatus nunquam fuisset: siquidem iuris certissimi est non valere nuptias quas contrahit sine patris voluntate filius qui est in patris potestate, *l.2.& 3.l.si nepos 9. cum duabus seq. D. de rit.nupt.* quod in filio emancipato secus est, *l.filius emãcipatus.25. D.eo.* Videbatur itaq; secum pugnare hic nepos ex filio, petẽs bonorum possessionem contra tabulas aui, cùm eius pater sine aui voluntate vxorem duxisset.

xisset. Nam ex qua parte tanquam nepos petebat bonorum possessionem, vtique petebat rescindi emancipationem patris sui, qua scilicet non rescissa, nō posset ille videri nepos ex filio, qui ipse filius nunquā fuisse crederetur. Ex qua verò parte petebat rescindi emancipationem, hoc ipso videbatur petere vt pronuntiaretur non esse nepos, tanquam qui eo obtento reperiretur susceptus ex iniustis nuptiis, quarum ius proprium illud est, vt ex iis neque vir, neque vxor, neque dos, neque matrimonium, neque liberi vlli fuisse existimentur. *§. si aduersus. Instit. de nupt.* Nam si filius non esset patris sui, multò minùs posset dici nepos aui, cui nonnisi per mediam patris personam coniungitur, *l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Sed respondet ad hanc obiectionem Vlpianus emancipationis rescissionem, quæ fit per prætorem, cùm vocat emancipatos tanquam filios ad bonorum possessionem siue contra tabulas in casu testamenti, siue Vnde liberi ab intestato, non idcirco fieri, vt eo minùs, sed vt eo magis liberi admittantur. Id enim est quod & nostri, licèt minùs eleganter, suo more solent dicere, Inducta ad vnum effectum non debere contrarium operari, *l. legata inutiliter. 14 D. de adim. legat.* Subiungit Vlp. *Nam etsi tā ignominiosam duxerit vxorem filius, vt dedecori sit tam ipsi quam patri mulierē tadem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum possessionem aui admitti.* Quibus verbis apparet non mutari casum, sed eam ipsam speciem cōtinuari, quæ sola hucvsque fuit proposita de nepote prætento, ex filio emancipato prædefuncto, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem patris. Cùm enim possit fieri vt filius emancipatus non solùm vxorem citra patris voluntatem duxerit, sed etiam talem vxorem, quam sine ignominia ducere non potuerit, vult docere Vlpianus etiam posteriore casu admittendum esse nepotem ad bonorum possessionem aui, vt hoc ipso probet multo igitur magis admittendum esse priore. Minùs siquidem videtur dignus vt admittatur ad aui bonorum possessionem nepos, qui ex ignominiosa vxore susceptus esset, quàm qui ex honesta. At quoniam videbatur hoc iniquum, vt cōtra tabulas aui veniret hic nepos, quem filius ex ignominiosa vxore præter patris voluntatem susceptsset, ratio nem adfert Vlpianus iis verbis quæ statim sequuntur, *cum possit auus vti iure suo, eúmque exheredare.* Hæc verò verba sunt, quæ Bartolum, aliosque interpretes fefellerunt. Nam cùm absurdum putent vt nepos innocens possit ob delictum patris exheredari, ex *d. l. diui fratres 17. D. de iur. patron. l. Paulus respondit 47. in prin. D. de bon. libert. l. diuo Marco 11. C. de quæst.* malunt quod ait Vlp. *eúmque exheredare*, de filio intelligere, quàm de nepote. Indéque coguntur dicere, mutari casum, & incipere Vlpianum loqui de nepote ex filio adhuc viuo. Alioqui faterentur eandem speciem retineri de nepote ex filio præmortuo, neque tamen nepotem, sed filium ipsum fuisse exheredatum, ponendum esset filium post mortem suam exheredatum fuisse, quod absurdissimum esset, *l. si ita scriptum 13. §. vlt. l. Gallus 29. §. in omnibus. D. de lib. & posth.* Hoc verò præsupposito, cùm tamen videant Vlpianum in sequentibus dare huic nepoti querelam inofficiosi testamenti, quam ex propria persona nemo habere potest, nisi qui vel expressim, vel silentio sit exheredatus, coguntur dicere non admitti hunc nepotem ad querelam, nisi ex persona patris sui exheredati, atque ita post patrem, & consequenter ex edicto successorio. Sic enim Vlpianus necessariò accipiendus est, vt pro Bartolo contra nos vrgere videatur. At nos dicimus longè aliam Vlpiani sententiam esse, totóque illo §. vnam eandémque speciem proponi, de prætertito nepote ex filio emancipato præ-

mortuo,ac proinde verba illa quæ Bartolum fefellerunt, *cùm possit auus vti iure suo,eúmque exheredare*,non de filio,sed de nepote accipienda esse: quo sensu optima est ratio quam adfert Vlpianus,ne quis miretur nepotem hunc susceptum ex ignominiosa vxore,quam filius duxerat, non ex patris sui voluntate,admitti nihilominus ad successionem aui contra ipsius voluntatem, id est,per bonorum possessionem cõtra tabulas.Est enim quod huic auo imputari possit,cur cùm testamentum conderet, iure suo vsus non sit, nepotémque hunc,quem præteriit,non potiùs exheredauerit,vt eum arceret à beneficio bonorum possessionis contra tabulas,quam Prætor nunquam defert liberis exheredatis,quibus nimirum ob eam rem omnino necessaria est querela inofficiosi testamenti,vt doceant se immerentes exheredatos, *l.non putauit 8. D.de bon.poss.cont.tab.*An igitur mutat casum Vlp. vt initio loquatur de nepote præterito,posteà verò de nepote exheredato? Minimè verò. Tractat enim semper de præterito nepote,non de exheredato, sed qui tamen potuerit,& debuerit ab auo exheredari,vt à bonorum possessione contra tabulas submoueretur.At, inquies,quis ferat nepotem exheredari ob delictum filij,& alieno odio prægrauari innocentem, vt loquitur Iustinianus in *l. si quis suo 33.§.legis.C.de inoff.testam?*Et hoc,inquã,nimirum est, quod inducit querelam inofficiosi testamenti,cùm immerenter exheredatus reperitur is qui omnino vel institui debuit,vel nonnisi cum iusta causa exheredari.Itaque nihil in eo absurdi aut iniqui est,quòd hic nepos, quamuis innocens, exheredetur, sed absurdum & iniquũ emergere inciperet, si ex solo patris delicto cùm esset ipse innocens,omniáque pietatis obsequia auo præstitisset, nihilominus condemnaretur.Quanquam,si propiùs inspicere volumus,non tam ex persona patris,quàm ex propria videtur exheredatus hic nepos, qui ideò fuit exheredatus,quòd susceptus sit ex vxore ignominiosa. Nam cùm ignominiosa filij vxor illa sit,quam habere dedecus sit non tantùm ipsi filio eam habenti, sed etiam ipsius patri, apparet iustum esse dolorem aui, si nepotem hunc, quamuis alioqui innocentem,ex ea caussa exheredet, vel ob hoc ipsum ne agnoscendo nepotem ex ignominiosa natum, ipsam quoque ignominiam agnoscere ac vltrò subire videatur.Neque rursus nouum fuit iurisprudentiæ veteri,vt ex alterius delicto alius exheredaretur. Nam & posthumos adhuc in vtero matris constitutos exheredare olim parentes poterant, & plerunque exheredabant,adeóque vtiliter, id est, ita vt nec per querelam testamentum rumpi posset, *l.posthumus 9.D.de inoff.testam.& tot.de lib.& posth. hered.inst. vel exher.D.&c.*non quòd in eo statu aliquam ingratitudinis causam admittere potuissent,sed odio matrum,si fortè minùs castæ fuissent,vt eius exheredationis metu in officio & pudicitia retinerentur, scientes alioqui fore vt partum ederent miserum futurum,perpetuáque egestate laborātem. Eadem ergo ratione poterat & debebat permitti auo,vt nepotem ex ignominiosa filij vxore non ex sua voluntate susceptum exheredare posset,vt eo metu liberi alioquin proterui & contumaces ab eiusmodi nuptiis abstinerét.Quàm multi enim sunt,qui ne delinquant,magis liberorum suorum causa, quàm proprio pudore,propriíve periculi metu deterrentur,*l.isti quidem 8.D. quod met. caus.l.quisquis.C.ad l.Iul.maiestat.*In quo rursus obseruandum est errare vulgò nostros, existimantes iustam olim fuisse causam exheredationis, si filius aut filia nuptias contraheret sine consensu patris,idque probari ex *d.§.si emãcipatus.*Vtrumque enim falsum est.Nam si persona,quæ sine patris consensu

nuptias

nuptias contraxit, in eius potestate fuit, vsque adeò iniustæ & inutiles sunt nuptiæ, vt nec nepotis nomen mereatur is, qui ex ipsis susceptus est *d. §. si aduersus. Instit.* inspecto nimirum iure ciuili (nam iure canonico aliud est 27. *qu. 5. can. sufficiat.* propter religionem sacramenti matrimonij, cuius maiorem, quàm patriæ potestatis autoritatem esse sacrosancti Pontifices, vt cætera omnia decreuerunt, quod & Tridentina Synodus contra miseros sæculi nostri Nouatores sub anathematis pœna sanxit.) Proinde non est, quòd nepotem ex talibus nuptiis susceptum exheredare auus debeat, aut etiam possit, tametsi maximè velit: quia cùm nepos non sit, sed extraneus; certum est in extranei persona exheredationem prorsus ineptam esse, *l. quidam 132. D. de verb. oblig.* Nec magis ei Prætor daret bonorum possessionem contra tabulas, quasi præterito; quàm ciuilis legislator ius dicendi nullum, siue patris, siue aui sui testamentum, vt omnium optimè Vlpianus probat in *d. §. si emãcipatus.* Ergo nec haberet querelam iure ciuili, quamuis esset exheredatus, nisi eo modo, quo habent cæteri omnes qui obtinendi spem non habent, & qui meliùs facerent, si sumptibus inanibus se nõ vexarent, vt scriptum est in *l. 1. D. de inoff. testam.* id est, tanquam accusationem publicam, ad quam omnes admittuntur, sed in qua tamẽ non alius potest vincere, vt ex sua victoria lucrum sentiat, quàm qui rem ab intestato habere potest, *d. l. posthumus 6. §. si quis ex his personis. D. eod.* In quo numero nõ est hic nepos, qui nec nepos est. Quòd si ponas filium, qui vxorem duxit sine patris voluntate fuisse emancipatum, constat non solùm valere nuptias iure ciuili, *d. l. filius emancipatus. 25. D. de rit. nupt.* sed neque vllum in ea re delictum esse filij, qui cùm extra familiam esset patris, consensum requirere non cogebatur. Cur ergo exheredari ob eam causam poterit? Multò minùs licebit auo nepotem ex iis nuptiis legitimè susceptum exheredare, cuius fauorabiliorem certè non deteriorem causam esse oportet, quàm filij, qui nuptias contraxit. Quare nec Vlpianus in *d. §. si emancipatus,* ita loquitur, vt dicat auum potuisse vti iure suo, nepotémque exheredare ob id solùm, quòd filius emancipatus vxorem duxerat, non ex patris sui voluntate, sed ob id tãtùm q̃ ignominiosam vxorẽ duxerat, & quam habere dedecus erat, non tantùm ipsi, sed & patri eius. Non offendit patrem filius emancipatus cùm vxorem ducit præter patris voluntatem, licèt honestiùs, & longè meliùs facturus sit, si patris consensum exigat: tantum abest vt eam vxorem ducere debeat, quam ab eo duci pater nolit. At offendit patrem filius, quantumuis emancipatus, cùm ignominiosam vxorem ducit, quoniam ignominia filij patris quoque est, *d. l. isti quidem.*. Nec permittendum est filio qui proprium pudorem negligit, vt patris quoque honorem lædat impunè. Ideóque verum est quod Vlpianus ait, iure suo vti auum, qui nepotem ob tale delictum filij exheredat, tantum abest vt non sit ea iusta causa ipsius filij exheredãdi. Quanquam hoc à Iustiniano correctum hodie putant, in Nouell. 115. *vt cùm de app. cognos. cap. 3. §. causas.* vbi constituit, vt ex quatuordecim duntaxat causis possint liberi à parentibus exheredari, inter quas hæc non est. Idq; Bartolus sentit ad *d. §. si emancipatus. num. 1.* sed vereor ne non satis bene. Nam Iustin. in *d. §. causas. vers. si alicui ex prædictis,* non obscurè innuit posse exheredari filiã, quæ ante vigesimum quintum annum sine consensu patris marito se copulauerit, non minùs quàm si in corpus suum peccauerit, adeóque illam quæ post XXV. annum nupsit sine voluntate patris, si non liberi hominis nuptias elegerit. Eo namque solo casu vult Iustinianus non posse filiæ ad ingratitudi-

nem imputari quòd sine patris voluntate nupserit, cùm non culpa sua, *sed* parentum id commisisse cognoscitur. Culpa parétum nulla est, nisi cùm negligentes fuerunt in quærenda condicione filiæ ad annũ vsque ipsius xxv. vt in eod. vers. scriptũ est. Sed ex ratione illa Iustiniani videtur mihi posse probari non malè, Filiam posse meritò exheredari, si etiam post vigesimũ quintũ annum nupserit homini ignominioso, quamuis libero: non enim possit illa se tueri hac ratione, quam pro ea vnicam Iustinianus adfert, *quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.* Quod enim pater negligentior fuerit quàm debuerat in filia collocanda, iustam quidem præbet filiæ excusationem si postea sine patris cõsensu nubat, itémque si pauperi, aut minus nobili, aliterve inæqualis conditionis viro; at non etiam si ignominiosum virum eligat, & talem, cui honestiùs fuerit prælatura, seruum hominem, dummodò probum, & frugi. Quod si in filia verè hæc dicũtur, multo magis in filio locũ habere debent, qui vxorem ignominiosam duxerit sine consensu patris, in cuius erat potestate. Siquidẽ longè maiorẽ facit injuriam patri filius, qui vxorẽ ignominiosam ducit sine patris voluntate, quàm filia quę ignominioso viro nubit, cùm ex nuptijs filij agnascatur suus heres auo inuito, cui nullus agnascitur ex nuptijs filiæ, ex qua qui nascitur, suus heres fit patri & auo paterno, non auo materno *l. penult. D. de agnosc. lib. iunct. l. cùm nepos. 6. l. si quis nepotẽ 10. & seq. D. de adopt. §. sed si quis nepot is. instit. eod.* Nec est quòd quis objciat in tota Iustiniani supradicta constitutione nihil esse scriptum de filiofamiliâs vxorem ducente citra patris voluntatem. Responderi enim potest ex eo factũ hoc esse, quòd inspecto iure ciuili, vt diximus, ipso iure non valerent nuptiæ quas filiusfamiliâs sine consensu patris contraxisset, vt proinde nullus eo casu relinqueretur locus quæstioni de exheredando filio, qui nullam patri fecisset injuriam, nuptias inutiles contrahendo. Multo minùs de exheredãdo nepote ex ijs nuptijs suscepto, qui nec nepos esset. Posteà verò quàm placuit eas nuptias iure Pontificio valere, & quod est consequens, magnam ex eiusmodi nuptijs fieri injuriam patri, si filius ignominiosam vxorem duxerit, quam pater nunquam fuisset electurus, nihil causæ est cur non sit ea iusta causa exheredationis hodie, perinde atque olim erat in masculo, & perinde atque etiã hodie est in filia, manente incorrecta hac parte Vlpiani sententia in *d. §. si emancipatus.* Dices, ita ergo futurum, vt in filio quoque emancipato idem dicendum sit. Nam & de eo loquitur Vlpianus in *d. §. si emancipatus.* quod tamẽ Iustinianus nec exprimit, nec prætermittere debuerat, cùm nihil Pontificio iure innouatum sit, quantum ad nuptias emancipatorum, quæ etiam olim valebant sine consensu patris. Ego verò fatebor non illi benè ita esse, vt etiam in filio emãcipato iusta hæc sit hodie, vt olim, causa exheredationis: sed negabo nihil de hoc Iustiniani constitutione contineri. Potest nãque injuria quæ fit patri per ignominiosas filij nuptias, referri ad secundum illud caput causarum ingratitudinis, quod Iustinianus perstringit his verbis, *si grauem & inhonestam iniuriam eis ingesserit.* An non enim grauis & inhonesta est illa injuria, quæ ingeritur patri per ignominiosas filij nuptias, cùm per eas non tantùm filius, sed etiam pater, adeóque tota familia, & cognatio dedecore afficiatur? Neque verò existimandum est Iustiniani mẽtem illam fuisse, cùm causas ingratitudinis tam in liberorum, quàm in parẽtum personis certo numero conclusit, vt eas abrogaret, quas vetus Iurisprudentia pro iustis agnouerat: præsertim quæ adnexam habeant rationem pietatis, aut etiam publicę hone-

statis

statis:sed tantùm vt non esset in potestate testatoris nouas sibi exheredãdorũ liberorũ,aut parentũ causas cõminisci,& pro arbitrio aut hos aut illos exheredare.Atqui hæc ingratitudinis causa,de qua agimus,est ex earum numero, quas prudẽtes nostri, quibus nihil vsquam prudentius,pro bonis iustisq; agnouerũt: & quæ non potest videri sublata per Iustinianũ,quin publica etiam honestas ab eo violata dici possit,cuius tamen,cùm in omnibus,tũ præcipuè in nuptijs & coniunctionibus rationem haberi oportet. *l.semper in cõiunctionibus.42.D.de rit.nupt.* quia nimirum contractus nuptiarum publicam magis,quàm priuatam causam habere existimantur, nec tam à contrahentibus ipsis fieri,quàm à familijs vniuersis,quib. heredes legitimi ex ijs nuptijs parantur.Quare non est quòd iam quis miretur filium hunc, qui non ex patris voluntate vxorem ignominiosam duxerit,à patre exheredari, vt olim potuit, ita & hodie posse. Sed illud magis mirari quis possit,nepotem ex eo susceptũ exheredari olim potuisse,quẽ sanè fatendum est hodie exheredari nullo modo ob hanc causam posse. Nec enim de eo dici potest,quod de filio ipso diximus,& quod constitutio requirit,ingessisse illum auo inhonestam hanc iniuriam,propter quam debeat exheredari.Sicut nec quisquã bene dixerit, posse hodie postumum innocẽtem exheredari à patre ob delictum matris,nisi fortè bona mente, & eo consilio, vt exheredatio illa ei prosit magis, quàm noceat:quomodo iam olim plerunq; exheredatio fiebat, *l.mulier 18. D.de lib.& post. l.si patronus 12.§.si quis non mala mente.l. Paulus respondit 47.in pr.* D.*de bon.libert.* Nec enim Iustinianus id egit, vt liberorum quos exheredare pater vellet,deteriorem causam faceret,sed vt meliorem. Fit autẽ melior cùm exheredatur bona mente,dãturque ijs fideicommissum in tempus,quo in suam tutelam venerint,quoties prudens pater lubrico tutelæ, fideicommissi remedium præfert: vt loquitur Papinianus in *l.3.§.cùm Pollidius.*D. *de vsur.* At fit deterior quoties exheredantur mala mente.Nec sanè iniquum est quod Iustinianus constituit,vt propter delictum aut personã matris, quæ sola fortassis suspicione pudicitię laboret,exheredari nõ possit filius,qui est innocẽs,quémque nuptiæ demonstrant filiũ esse illius,à quo exheredatur.Alieno enim odio prægrauari nemo debet,quomodo prægrauatur is,qui vel à patre odio matris, vel à matre odio patris exheredatur,siue sit postumus,siue infãs,de quo Iustinianus in *l. si quis suo.33.§ legis C.de inoff.testa.* siue etiam extra infantiam cõstitutus,dum nec ipse deliquerit.*l.pen.ver. cùm enim & ad ipsarum.C.de legit. hered.* Etsi enim qui extra infantiam aut pupillaritatẽ constitutus est,potest, si velit,delinquere,& aliquam ingratitudinis causam committere, nemo tamen ob id iustè exheredatur, quòd potuit delinquere,si non etiam deliquit. Imò tantò fauorabilior est qui potuit delinquere,si non deliquit, quemadmodum & Deo opt.Max acceptior est qui potuit transgredi,& non est trãsgressus. In persona tamen nepotis,quo de agimus,& quem dicimus potuisse iure vetere exheredari ob delictum patris qui ignominiosam duxerit vxorem, vnũ illud est quod iuris veteris asperitatem, si non in totum tollit, certè minuit, quod Vlpianus in *d.§.si emancipatus*,vt huius iniquitatis obiectioni occurrat, non prætermittit,quòd qui de inofficioso cognoscet, non minus merita huius nepotis quàm patris eius delicta perpendere debebit, vt si videat ipsum perpetuam auo pietatem,plenúmque obsequiũ præstitisse, pro eo pronũciet contra testamentum,quasi immerenter sit exheredatus is, cuius meritis plus tribuere auus debuerat quàm delictis patris:quorum ratio ita demum haberi

ERROR SEPTIMVS.

De varia & interpretatione l. qui se patris. vlt. C. vnd. liber.

Qvàm difficilis omnibus interpretibus & veteribus & recentioribus visa sit huius legis interpretatio, facile est videre tã ex glossatorum, quàm ex aliorum cõmentarijs, in quibus videas neminem ex eis vel sibi ipsi satisfecisse. Solus Iacobus Cuiacius lib. 4. obser. cap. 6. scripsit sibi apertissimam videri speciem & sententiã legis. Et sanè quid tanto viro difficile videri potuit, aut debuit? Sed tamen sic ille explicat, vt appareat magis eum laborare in explicando eo quòd per se apertissimum erat, nullaq; explicatione indigebat quàm in ijs difficultatibus eleuandis, quas cæteri minùs ingeniosi hucusq; diluere non potuerunt. Verba legis primùm ꝓponenda sunt. Lex enim breuis est, & si nihil nisi constructionem queras, perspicua & plana. *Qui se patris*, inquit Imp. Constantius, *post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates suscipere non potest, maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit.* Se sus verò vt sit obscurus illud facit quòd non obscurè videatur Imperator ijs verbis insinuare differentiam quæ in hac specie constituenda sit inter ius ciuile & prætorium, cùm prior pars legis loquatur de successione quæ fit ex iure ciuili, posterior verò de ea quæ fit ex iure prætorio. Prior de herede, & cõsequente de hereditate: posterior autem de bonorũ possessione, & cõsequẽter de bonorum possessore. Quæ tamen differentia inter ius ciuile & prætoriũ quænã hîc sit, & quem effectum habere possit vix dici potest. Nam cùm lex sit de legitima intestati successione tam ciuili quàm prætoria, & de nepote ex filio suo herede superstite, qui nepos volebat omissa paterna hereditate auitã amplecti. Certum est, si ius ciuile inspicias, in successione aui filium qui superstes fuit, obstare omnimodo nepoti ne possit nepos nullo casu suus heres esse, nec tanquam suus, nec tanquã proximus agnatus, siue filius se immiscuerit, siue se abstinuerit, siue non declarata voluntate decesserit, quia cum filius ipse sit suus heres ipso iure, ita vt possit dici auum non esse sine herede qui filium habuit suum heredẽ, quãuis se abstinẽtem, *l. cùm quasi 30. § sed etsi suus. D. de fideicom. libert.* apparet non posse nepotem, aut aliũ quẽquam eidem auo heredem esse, siue quòd vni duo in solidũ heredes esse nequeant, *l. quod contra 141. § vni duo. de regul. iur.* siue quòd non possit auo suus heres esse nepos, qui delatæ successionis tempore à patre anteuertitur, *l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber.* Nec est quod quis dicat aperiri locum nepoti, vt possit fieri suus heres auo per filij abstẽtionem. Repugnat enim quod toties diximus, & repetere cogimur non esse iure ciuili in suis heredibus successionem, vt apertè scriptum est in *l. 1. § sciendum. D. de suis & legit.* In eóq; & Cuiacius, & cæteri omnes tám veteres quàm recentiores interpretes consentiunt, nisi quòd Baldus *ad d. l. vlt. num. 7.* tentat dicere, de mera quidẽ iuris subtilitate id verũ esse, sed tamen de æquitate etiam iuris ciuilis secus esse, cùm, inquit, edictum successorium habeat locum in suis, non tantùm hodiè & nouo iure quod induxit Iustiniani constitutio, de qua in *§. placebat. Inst. de*

legit. agnat. successſ. ſed etiam inſpecto iure vetere, *ex lege, defunctis. 6. C. de legit. hered.* cuius verba hæc ſunt, *Defunctis ſuis extantibus heredibus & abſtinentibus vel repudiantibus hereditatem frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.* Quæ lex, inquit Baldus, debet intelligi de æquitate iuris ciuilis, etiã antiqui, non de rigore iuris ciuilis, vt aperta ſit via nepoti etiam de iure ciuili antiquo & conſtitutionibus Principum *d. l. defunctis*, non etiam ex reſponſis prudentum *d. §. ſciendũ.* Ex quo infert ille, Eos qui dicunt neceſſariam eſſe hoc caſu bonorũ poſſeſſionem, verũ dicere de mero rigore, ſed de æquitate poſſe adiri hereditatem iure ciuili non quidem ex iure ſuitatis, ſed ex iure agnationis, quia nepos hic ex liberis eſt, adeo vt etiam ignorans poſſet tranſmittere hanc aui hereditatem in ſuos heredes, nõ quidem quoſcũq;, quia neceſſarius non eſt, ſed in deſcendentes ex Theodoſij conſtitutione in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* In eóq; valdè laborat Baldus, vt probet ſuũ heredem qui ſe abſtinuit non eſſe habendũ pro herede, ne quidem iure ciuili, cùm non ſit efficaciter heres, nec proinde impedire debeat quin alius efficaciter heres eſſe poſſit, etiam ex iure ciuili. Nec. n. inquit, ſuitas impedit ius ciuile ex quo repudiata eſt, *l. cum hereditate 55. de acq. hered. iunct. l. Celſus 29. de leg. 2.* nec vanũ nomen debet tollere effectũ rei, *l. pro herede 20. § Papinianus D. de acq. hered.* Addit repudianti ius mobile, id eſt, ſeparabile fingi retro ius nõ fuiſſe delatũ: vt proinde ſaltem attenta fictione poſterior veniens præferendus ſit, *l. proinde. 8. D. ſi cert. pet.* Item eos qui non habent niſi nudum nomen, vt filiumfamilias, heredem inſtitutũ, & præterea quiſquis alteri fideicommiſſariam hereditatem reſtituit, poſtremò cedentem quemlibet nõ obſtare patri, aut fideicommiſſario, aut ceſſionario quominus habeant iſti efficaciam iuris ciuilis, *l. cùm filiofamilias 11. D e leg. 1. l. qui liberis 8. § hac verba. De vulg. & pupill. ſubſtit. l. ex aſſe 28. D ad S. C. Trebell.* In ſumma non debent, inquit, iura noſtra fundari in chimera, quæ nihil habet ſpiritus viuentis, & quæ nihil ſignificant entitatis. *l. 1. C. de dedit. libert. tollend.* Idem tamen Baldus ſubinde in contrariũ multa adfert, quæ probant ſuum heredẽ, etiam cùm ſe abſtinuit, non nudo tantùm nomine heredem eſſe, ſed in pleriſq; cũ effectu, vt & eũ qui reſtituit hereditatem, vt in *l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulg. & pup. ſubſtit. l. quia perinde 42. D. ad SC. Treb. l. ſi mulier 59. § ex aſſe D. de iur. dot.* In hoc præſertim quod interq; actiones omnes & actiuas & paſſiuas in ſua perſona retinet ipſo iure, ita vt & cõuenire debitores hereditarios, & viciſſim à creditorib. hereditarijs conueniri poſſit, *l. neceſſarijs 57. D. de acquir. hered. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebell.* Quæ rationes etſi tã magnæ, vrgenteſq; ſunt, vt ad eas reſpõderi non poſſit, relinquit tamen ille ſtudioſis cogitandum quid reſpondere debeant, nulliſq; allatis reſponſionibus concludit intelligendã eſſe Cõſtantij legem de eo caſu, quò pater nepotis cùm eſſet in poteſtate, & ſuus heres abſtinuerit ſe beneficio prætoris, & ſic accipiendam, vt permittatur nepoti ſuccedere auo etiã omiſſa patris hereditate. Et quidem iure prætorio, ex quo eſt beneficiũ abſtentionis, quia prætor ſuum heredẽ, qui ſe abſtinuit non habet pro herede *d. l. neceſſariis. l. ſi filius 12. D. de interr. action.* Sed tamen hoc etiã ad legẽ addẽdũ eſſe vt iure quoq; ciuili, non quidẽ ſũmo ſed æquo, i. ex æquitate iuris ciuilis poſſit hic nepos ſuccedere ſine auxilio prætoris, etiam iure vetere inſpecto ex *d. l. defunctis*: multo magis inſpecto iure nouo, ex quo defendit ille, inductam fuiſſe edicti ſucceſſorij poteſtatem, non minùs in ſuis heredibus, quàm in agnatis, ex ſupradicta Iuſtiniani cõſtitutione, cuius

mentio

mentio fit, vt in d.§.*placebat*, de quo an verum sit, itémque de sententia d.l. *defuncti s*, disputandum erit latiùs in cap. seq. Nunc sufficiat monere quod ad legis nostræ interpretationem pertinet, & quod nec Baldus negat, alienum prorsus esse à sententia Imp. vt nepos admittatur iure ciuili ad hereditatem aui, si recuset hereditatem patris sui, etiam illo casu quo pater abstentus proponatur, cùm verba illa legis sint absoluta, *paterni aui suscipere facultates nõ potest*: ea verò exceptio quæ nepotem admittere videtur, *nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit*, non loquatur nisi de iure prætorio, ex quo sunt omnes omnino bonorum possessiones, nulla prorsus iuris ciuilis. Admittamus ergo quod cæteri admittunt, Nepotem hunc temporibus Constantij non potuisse auo succedere ex iure ciuili, nisi per mediam patris personam, si paternam quoque hereditatem cum auita coniunctam agnoscere voluisset. Quæramus autẽ, an admitti possit iure prætorio, & quam ob rationem. Et quidem admitti posse ex iure prętorio nemo dubitat, quoniam verbis legis hoc ipsum expressim cautum esse putant: sed qua ratione id fiat, omnes disputant, nec inueniunt quod satisfaciat. Difficultas autem ex eo nascitur, quòd si pater quem lex ponit auo intestato superstitem fuisse, patri suo suus heres fuit, quomodo fuisse ponendum est, cùm non proponatur fuisse emancipatus, illud statim consequens est, vt patris & aui hereditas iuncta esse cœperit, *l. sed si plures* 10. *§. filio. de vulg. & pup. subst.* ac proinde, vt nepote paternam hereditatem omittente, auita quoque ad eos pertinere debeat, ad quos paterna pertinebit. Ergo non ad nepotem, sed ad defuncti patris fratrẽ consanguineum, si quis sit ex *d. l. defunctis*. Neque verò aliter facere Prætor posset, etiamsi nepoti fauere maximè vellet, quin læderet ius consanguinei, Quod tamen nunquam Prætor faceret, cuius beneficia id perpetuum habent ne cuiquam sint captiosa, néve cum alterius iniuria concedantur, *l. Paulus* 8. *D. de stipulat. præt. l. sed cùm ab herede* 12. *D. ad SC. Treb.* Nec Cuiacius ipse hoc dissimulat. Ait enim, quòd si mortuo auo intestato filius hereditati ipsius se immiscuisset, nihil esset de quo dubitari posset. Tunc enim nisi per patrem nepos aui hereditatem obtinere non posset, nimirum nec ciuili iure, nec prætorio. Indéque sumit occasionem diuinãdi, filium in hac specie priùs decessisse quàm se immiscuisset: quę interpretatio non multùm distat ab ea quam diximus fuisse Baldi, & quę fuit veterum etiam ferè omnium glossatorum, qui ponunt filium se abstinuisse, aut vt alij minùs propriè loquuntur, repudiasse (non enim repudiare dicũtur sui heredes, sed se abstinere, sicut nec adire, sed se immiscere) nisi quòd cùm sit æquè commentitia & diuinatoria, siquidem nullum in tota lege de abstẽtione aut immixtione verbum est, multò tamen est improbabilior. Non enim idem est se abstinere, & se non immiscere; nec sicut is qui se abstinuit, pro herede nõ habetur apud prętorẽ *d. l. si filius*, ita & dici potest non habendum pro herede illum qui se non immiscuit. Nam & eum qui se non immiscuit, verũ est nec etiam abstinuisse, quàuis abstinere possit. Vt autem suus heres non habeatur pro herede à prętore, non sufficit quòd possit abstinere, nisi re vera abstinuerit, *d. l. necessarijs. l.* 1. *§. qui sunt in potestate. D. si quis omissa caussa testam.* Id enim est quod solemus dicere, A suis heredibus etiam ignorantibus, transmitti paternam hereditatem ad quoscunque, *l. apud hostes* 9. *C. de suis & legit. l. si quis filiumfamilias.* 7. *§.* 1. *de acquir. here.* alioqui quomodo posset se immiscere is qui patrem suum defunctum esse ignoraret? *l. is qui heres* 13. *§.* 1. *iunct. l. cum bonis* 87. *eo. tit.* Ergo

quamuis permittatur tibi di[illegible]are cum Cuiacio filium in hac specie nunquam se immiscuisse, nihil tamen profeceris, nisi addas cum Baldo & cæteris, etiam abstinuisse, vt apud Prætorem pro herede non habeatur. At rursus nec illud sufficere potest ad tollendam difficultatem quòd filius se expressim abstinuerit, quia cùm non eo minùs verum sit, filium qui se abstinuit, heredē remanere ipso iure, *d. §. sed etsi suus. l. cum quasi 50. de fidei. libert.* illud quoq; verum est iunctas esse aui & patris hereditates ipso iure, nec proinde patris hereditatem, quam nepos omittit, ad alios siue heredes, siue bonorum possessores peruenire posse, quin ad eosdem aui quoque hereditas quasi permixta & confusa perueniat. Addunt alij vt hanc interpretationem impugnent, secundùm eam fore vt nepos etiam ex iure ciuili succederet in hereditate aui, ex *d. l. defunctis*. Sic enim Andreas Fachineus qui totam quæstionem hanc diligentissimè tractat, vt solet lib. 6. Controuers. iur. cap. 66. sed parum probabiliter, vt ex iis constabit, quæ sequenti capite de illius loci sententia disseremus. Quantumuis enim filius abstinuerit, nepos tamen ex eo susceptus succedere iure ciuili nunquam potest, siue iuris ciuilis rigorem inspicias, siue æquitatem, quia semper ei filius obstat. Illa probabilior ratio est, quam idem Fachineus adfert, quòd filij hereditas à nepote omissa ad ipsius filij fratres consanguineos peruenire deberet simul cum hereditate aui quæ ei iuncta esset: vt proinde sine ipsorum iniuria non possit ad nepotem peruenire etiam iure prætorio. Cur enim prætor ius aliis quæsitum tolleret, ac hereditatem aui ad consanguineos pertinentem nepoti applicaret? Item quod neque verbis legis conuenit, vt filium hunc ponamus abstinuisse. Nam cùm lex ita scribit, *qui se patris post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates suscipere non potest*, innuit nō obscurè hunc nepotem, si patris sui hereditatem suscipere voluisset, hoc ipso paterni aui facultates tanquam patris heredem suscepturum fuisse: quod non verè diceretur, si pater aui hereditate abstinuisset. Nec enim quod ipse repudiasset, aut saltē abiecisset, transmittere in alium potuisset, *l. si quis filium 34. in fin. C. de inoff. testam. d. l. si quis filiumfamilias 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Quanquam cùm etiam post abstentionem heres iure ciuili mansisset, vt diximus ex *d. § sed etsi suus*, non eo minùs potuisset fieri iure ciuili transmissio hereditatis auitæ à qua filius abstinuisset. In quo errat sanè Fachineus, cùm ait nihil posse huic nepoti prodesse quòd agnoscat paternam hereditatem, vt auitam quoque iure ciuili consequatur, si pater abstinuisset. Quasi verò abstentio illa, quæ tota est iuris prætorij possit, inmutare rationem iuris ciuilis. Nec probabilius est quod olim Albericus, ex recentioribus verò Decius & Duarenus dixerunt, Nepotē hunc ideò posse per bonorum possessionem consequi facultates aui, quamuis patris sui heres esse nolit: quòd negando se patris heredem, non idcircò bonorū poss. Vnde liberi omisisse videatur, cùm alia sint iura successionis ciuilis, alia verò prætoriæ. Vnde è contrario est quòd suus heres omissa bonorū possessione, paternam successionem iure ciuili obtinere potest, *l. suum heredem 13. C. de iur. delib. l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Nam præter id quod hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur, vt Cagnolus contra Decium argumentatur ex *l. hereditatis 138. D. de verb. signif.* non video quomodo possit fieri quod isti volunt, vt suus heres qui ipso iure & necessarius iure ciuili heres est, exclusus vnquam sit eodem iure ciuili ab adeunda hereditate, cuius nec vlla indigent aditione, *l. in suis 14. D. de suis & legit. tunct. l.*

in suis 11. *D. de liber. & posth.* Nec illud quoque videre possum quomodo sui heredis abstentio, quòd vnicum ei remedium est omittendæ paternæ hereditatis, possit concurrere cum bonorum possessione Vnde liberi. An enim se bonis abstinet is qui petit bonorum possessionem Vnde liberi? annon potiùs gerit se pro herede, vsque adeò vt etiamsi extraneus heres esset, qui proinde vel aditione, vel gestione pro herede indigeret ad acquirendam hereditatem hoc ipso etiam iure ciuili heres factus videretur, *l. puberem* 12. *C. de iur. delib.* Neque verò Imperator, cùm ait, nepotem negando se patris heredem, non posse aui facultates suscipere, ad id respicit quòd nepos iure ciuili heres non esset, sed ad id potiùs quòd bona patris non haberet, nec proinde posset habere auita, quæ cum paternis iuncta & confusa fuissent. Et quod addit, *nisi per bonorum possessionem nepos ad huiusmodi beneficium peruenerit*, non de beneficio accipi potest, per quod nepos succedendo in bonis paternis possit succedere in auitis (quid enim noui aut beneficij in eo esset, vt iunctis aui & patris hereditatibus nepos patri succedendo, auo quoque succederet?) sed per quòd consequatur, vt quamuis paternam hereditatem amittat, nihilominus aui facultates possit suscipere. In quo tamen illa semper dubitatio manet, qua ratione possit prætor bonorum possessionem aui concedere nepoti abstinenti se à patris hereditate, cùm ad alios ipsius patris heredes pertineat & hereditas, & bonorum possessio aui, quæ cum paterna hereditate in vnum patrimonium est redacta, vt bene Fachineus argumentatur. Nam si dicas cum Cagnolo & aliis quibusdam ex antiquioribus, æquitatem prætoris hoc efficere propter summam aui & nepotis coniunctionem, vt hereditas non deuoluatur ad extraneos; facilis replicatio est, quam nec Fachineus prætermittit, quòd imputare sibi nepos debeat cur abstineat ab hereditate patris, quæ aui etiam hereditatem admixtam habeat: item quòd eius coniunctionis tanta vis esse non debeat, vt ideò prætor aliis auferre ius suum possit, & iuris formam tollere. Superest igitur sola Fachinei interpretatio, & referenda & refellenda. Is supradicto loco admittit, quod sanè verba legis euincere prima fronte videntur, nepotem hunc, de quo agitur suum heredem esse patris sui, qui pater fuerit etiam suus heres auo. Prima enim pars legis videtur de liberis in potestate; secunda de emancipato nepote, quæ incipit ab illis verbis, *maximè emancipatus*. Itaque ponit & hereditatem aui fuisse ipso iure quæsitam filio, & hereditatem filij nepoti, qui cùm ita vtramque hereditatem haberet, paternam omittere volebat, auitam verò retinere. Hoc verò negat Fachineus permittendum ei fuisse ex iure ciuili, quia post confusionem vna hereditas est, nec nisi tanquam vna consideratur. Permittendum tamen ei esse vult, inspecta æquitate iuris prætorij, quæ duas istas hereditates tanquam duas, non tanquam vnã considerat. Idque probat ex *d. l. si quis filiumfamiliâs* 7. §. 1. *D. de acquir. hered.* vbi Paulus scribit, Si filius priusquàm sciret se necessarium patri suo heredem extitisse, decesserit relicto filio necessario, permittendum esse nepoti abstinere se ab aui hereditate, quia & patri eius idem permitteretur. Quomodo enim posset Prętor hoc permittere nepoti, vt iunctam hereditatẽ separaret, si non eam pro duplici non pro vna haberet? Idem ergo, inquit Fachineus, permittendum est nepoti, vtramque & patris & aui hereditatem habenti, vt paternam hereditatem possit omittere, auitam verò retinere. Idque non ex iure ciuili quo in suis non est successio de persona in personam, id est, de filio in nepotem; *d. l.* 1. §. *sciendum. D. de suis & legit.* sed ex iure prętorio

per bonorum possessionem Vnde liberi, iuncta edicti successorij potestate, cùm huic nepoti,neque filius,neque extraneus quisquam obstet. Verba sunt viri doctissimi,cuius eruditioni & subtilitati,licèt multo plus debere me agnoscam,quàm possit ille debere meæ,de qua, acsi aliqua esset, plerisque scriptorum suorum locis testatur se præclarè & honorificè sentire, non possum tamen tantum tribuere vt hanc ipsius interpretationem probem. Primùm, quia in iure nostro inauditum est,vt postquam duæ hereditates iunctæ sunt ex voluntate illius in cuius persona ea coniunctio facta est, separatio vlla fiat per Prætorè,nisi fauore creditorum in Edicto *de separationibus,l.1.ill. tit. D.de separat.*Dixi *ex voluntate*,quoniam in eo qui duorum necessarius heres est,faciliùs admitti potest,vt si alterius quidem heres esse velit,ab alterius verò bonis abstinere,hoc ei permittendum sit à prætore, vt puta si filius qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset,fraternam autem retinere malit, vt in specie *l.si filius 12. D.de vulg.& pup. substit.* Nam vt eo loco Papinianus ratiocinatur,iustiùs Prætor faciet, si fratri separationem bonorum patris concesserit, cùm ius dicenti propositum esse debeat liberos ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere. Sola enim iuris potestas illa est,non etiā filij eiusdémque fratris voluntas, quæ paternam hereditatem cum fraterna iungit,ob id nimirum quòd quisquis patri necessarius heres est, idē etiam sit fratri,*l.sed si plures 10.§.quos possum.eod.* Sed cùm defuncti, quisquis ille fuerit,hereditas cœpit esse patrimonium viuentis,& volentis, sicut non potest ille abiicere hereditatem quam vltrò agnouit: ita nec heredi eius permittendum vnquam est,vt hereditatem heredis separet ab hereditate defuncti, siue hanc,siue illam duntaxat retinere velit,alterum autem omittere,*l.paterfamilias 28.D.de rebus autor.iud.possid.aliâs l.13.D.de priuil.credit.* Quoties enim aliquis heres fit alterius,siue voluntarius,siue necessarius,desinit esse hereditas,quæ fuit,fitque patrimonium viuentis heredis, nec minùs prætorio iure, quàm ciuili.Impossibile igitur est,vt eam hereditatem quæ ampliùs non sit hereditas,& quæ iam alteri quæsita fuit. Prætor consideret tāquam hereditatem,cùm hereditas quæ semel desiit esse,nunquam possit rursus fieri hereditas,non magis quàm vt iterum viuat & moriatur is qui iam semel mortuus fuerit:siquidem hereditas nihil nisi fictio est quam lex inducit moriente demum testatore,nec vt perpetuò sit,sed vt duret in id vsque tempus duntaxat quo aliquem fecerit heredem. Nec æquitas prætoria cum iuris ratione hic pugnat,nisi quoties heredis persona talis est,cui hereditas fuerit acquisita ipso iure,ac citra vllam eius voluntatem,vt euenit in suis & necessariis heredibus,aut cùm ea mixtio & confusio patrimoniorum damnosa est eis quibus nihil imputari potest,puta creditoribus defuncti,vt in edicto De separationibus.Et tamen nec in suis heredibus facit prætor vt patrimonium defuncti nō sit patrimonium heredis,sed tantùm vt possint se abstinere,si velint:vnde est, quòd siue se immiscuerint,siue non declarata voluntate decesserint,dummodò non expressim se abstinuerint,transmittunt hereditatem ad quoscunque, non etiam beneficium illud abstentionis, quod ipsorum proprium & personale fuit.Hoc enim est quod Paulus scribit in *d.l.si quis filiumfamilias 7.§.vlt.* In omni successione si quis heres extiterit ei qui Titio heres fuit, Titio quoq; heredem eum fuisse videri, nec posse Titij omittere hereditatem. Nec alius casus est in quo possit sui heredis heres habere beneficium abstentionis præ-

ter eum quem Paulus ponit in §.1. eiusdem legis, cùm suus heres decessit priusquàm sciret se heredem, ac proinde priusquam posset abstinere (nec enim alius potest abstinere quàm qui scit factum se heredé necessarium, quique, si extraneus esset, ac remoto familiæ vinculo repudiare posset) & præterea relicto alio necessario herede: quorum alterum si desit, non potest nepos tanquam heres necessarius habere beneficium abstinendi à bonis aui, non quidem eo casu quo filius sciuit se necessarium heredé, neque abstinuit, qui a nec abstinendi consilium habuisse credendus est, quandiu se non abstinuit, licèt nec se immiscuerit. Nec rursus eo casu quo extraneum heredé reliquerit, quia extraneo heredi potest imputari cur filij hereditatem cum patris hereditate iunctam vltrò agnouerit, quod non similiter necessariò heredi imputari potest, *d.l.paterfamilias*. Ergo etiamsi verum esset quod vult Fachineus tam facile esse vt permittatur nepoti omissa patris hereditate aui hereditatem retinere, quàm facile est vt omissa hereditate auita retineat paternam: adhuc tamen dicendum esset, id non aliter posse locum habere, quàm si filius ignorans patris sui mortem, decessisset: ac proinde suppleri hoc oporteret ad Constantij legem, quæ nihil aliud ponit, nisi quòd decesserit filius post patrem suum intestatum. At neque si hoc suppleas, quicquam tamen assequéris. Ignorãtia enim filij qui priùs decessit, quàm sciret se patri factum heredem, facilè potest inducere transmissionem beneficij abstinendi in personam nepotis, quia facit, ne possit dici filium non habuisse voluntatem se abstinendi, qui nec habuit potestatem. Ideóque æquissimum est permitti nepoti vt abstineat, quod patri eius, si viueret, permitteretur, vt Paulus ratiocinatur. Sed non perinde potest ea ignorantia facere vt permitti debeat nepoti omissa patris sui hereditate auitá retinere, quia non sicut ignorans suus heres abstinere non potest; ita & possis dicere, suum illi heredem esse non posse. Abstinere enim facti est, & voluntatis, Heredem verò esse, iuris est, præsertim in suo herede qui nullo facto indiget, vt sit heres ipso iure. Ignorans nemo quicquam facit, non magis quàm sine voluntate faciendi. Ignorans verò heres est, quisquis suus heres & ipso iure heres est. Non igitur bona ratiocinatio à casu quem tractat Paulus in d.l. *si quis filiumfam*. 7. §. 1. ad eum quem tractamus *ex d.l.vlt. C.vnde liber.* sed & alia ratio est, quæ facit ne sit bona. Cùm enim prætor permittit nepoti vt abstineat se ab hereditate aui, retéta nihilominus patris sui hereditate, vt in d.§.1. nemini facit iniuriam, cùm ex eo damnum nemo sentire possit, lucrum verò possint percipere illi ad quos bona ex edicto peruentura sunt, puta fratres consanguinei, si qui fuerint auo, qui licèt iure ciuili succedere non possint fratri suum heredem habenti, quia neque in suis, neque in agnatis est successio, vt toties diximus, possunt tamen iure prætorio, aut tanquam legitimi, aut tanquam cognati, *d.l.defunctis 6. C. de legit. hered.* At si permitteret nepoti abstinenti se à patris hereditate, nihilominus aui hereditatem retinere, faceret illis iniuriam, ad quos patris hereditas siue ciuili, siue prætorio iure pertineret, quoniam auferret iis hereditatem aui, quæ tamen iuncta iam cum hereditate patris similiter ad eos spectaret, vt nec Fachineus ipse dissimulat: qui & in eo labitur, quòd sententiam illam iuris nostri, quæ habet, iure ciuili in suis non esse successionem, sic interpretatur, vt non sit locus edicto successorio. Quasi verò edicti successorium sit ex iure ciuili, ac non potiùs ex iure prætorio. Nam si est, vt est ex iure prætorio, quid attinet monere locum non esse edicto successorio iure ciuili in suis

heredibus? aut in agnatis? An fortè ad differẽtiá cognatorũ, aut quòd aliquo nullo casu possit edictũ successorium iure ciuili habere locum? At neq; hoc dici potest, cùm neq; cognati sint iure ciuili qui cognati tantùm sunt. Aliud ergo est dicere, In suis successionem nõ esse; aliud verò, quomodo Fachineus cum cæteris interpretatur, In suis heredibus successorio edicto locũ non esse, In suis successio nõ est iure ciuili, id est, Qui suus heres nõ fuit tẽpore mortis, quòd alius eum anteuerterit, nũquã potest succedere in locum sui heredis, & fieri suus heres. At in suis quoque heredibus locus est edicto successorio, quia si suus heres repudiat eam bonorũ possessionẽ quæ suis heredibus defertur ex capite Vnde liberi, succedit ille sibi ipsi vt possit petere Vnde legitimi, & post legitimos suo etiam ordine Vnde cognati *l. 2. D. vnd. legit.* Multo magis post suum heredem admittet prætor legitimos, si suus heres non ex primo tantùm capite, sed simpliciter repudiauerit bonorum possessionem, *d. l. 1. §. quibus. & § seq. D. de success. edict.* Item cùm addit Fachineus, nepotem non vocari ad hereditatem aui, quia filius gradu eum præcedit, & suus heres est ipso iure, *Nec enim*, inquit, *abstinuit in isto casu.* Annon innuit aliud dicendum fore si filius abstinuisset: quasi potuisset abstẽtio facere, vt filius nõ esset heres ipso iure: quod tamen pugnat euidentissimè cum *d. §. sed etsi suus l. cùm quasi 30. D. De fideic. libert. & d. l. necessarijs 57 D. de acquir. hered.* sed omnium grauissimus error ille est quod addit, Iure tamen prætorio posse hunc nepotẽ obtinere bonorum possessionem Vnde liberi, *Quandoquidem*, inquit, *filius ei non obstat, nec alius extraneus heres.* Vtrũque enim falsũ est, quorum tamen neutrum probat ille, quia nec Papinianus ipse probare posset. Falsum est filiũ huic nepoti non obstare. Cur non enim obstabit, nec tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio, cùm præcedat eum in causa successionis, neq; minùs, quod attinet ad prætorem, quàm quod ad ius ciuile? Præsertim si ponas, quomodo Fachineus ponit, & nos ponendum esse admittimus, filium se nunquam abstinuisse, suus enim heres, qui numquam se abstinuit, heres est iure ciuili, & habetur pro herede iure prætorio, tum quoq; cùm abstinere se adhuc potest *d. l. 1. § qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* Quãto magis cùm desijt posse abstinere, id est, cùm defunctus fuit? Quonam igitur casu, obsecro, poterit vnquã filius nepoti obstare, si ne quidem illo casu obstat, quo verè heres ipse fuit, nec vnquam abstinuit? Falsum etiã illud est, nullũ esse extraneũ heredem qui huic nepoti obstet. Obstant enim ij omnes, ad quos bona filij, à quibus nepos abstinet, peruenire debent iure prætorio, puta fratres consanguinei, *d. l. defunctis.* aut si ij non sint alij remotiores agnati vel cognati, qui sicut filij bona omnia propter nepotis abstentionem habere debent? Ita & aui facultates quæ in persona filij cũ ipsius bonis iunctæ esse cœperunt. Deniq; legis quæstionem non illam esse, quã putat Fachineus, An nepos omissa patris sui hereditate cui facultates retinere possit, ex eo apparet quod lex ita loquitur, *Mortui aui paterni facultates suscipere non potest.* Nemo enim non videt, longè aliud esse *facultates suscipere*, aliud *retinere*. Retinemus siquidem quæ iam suscepimus, & habemus: suscipimus verò ea sola, quæ nũquam antè habuimus. Verum iam tempus est vt confutatis aliorum interpretationibus nostram proferamus.

ERROR VIII.

De bonorum possessione Vnde liberi in persona nepotis ex filio, siue suo herede, siue emancipato superstite.

NIHIL esset difficile in toto eo Constantij Imperatoris rescripto, cuius tam multas ex interpretibus nostris superiore capite attulimus explicationes, si non essent adiecta postrema illa verba, *maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit*: omnes enim rescriptũ intelligerent de filio, itémque de nepote retentis in potestate: neque dubitarent, quin nepos omittendo patris hereditatem, auitam quoque amitteret, quæ coniuncta esset cum paterna. Sed superiora verba faciunt, vt Imperator aliud sensisse & rescripsisse videatur inspecta æquitate iuris prætorij. Nec tãtùm in persona nepotis emancipati, sed etiam in persona eius qui fuerit retentus in potestate propter dictionem illam *maximè*, quæ semper habetur pro ampliatiua & cõprehensiua aliorum casuum, nisi si quando abũdat. Hinc verò tot rixæ, tótque opinionum varietates. Ego primus, & hucusque solus in ea sum opinione, vt putem rescriptum hoc non ad aliam speciem pertinere, quàm in qua nepos sit emancipatus. Idque probo ex duobus: primum ex illis verbis *maximè emancipatus*. Non enim sic accipienda sunt ac si scriptum esset *maximè si sit emãcipatus*, sed sic potiùs *maximè cùm sit emancipatus*. Nam cùm rescripta omnia Imperatorum aptentur ad speciem propositam, in eóq; differant à responsis aut quæstionibus prudentum, quæ per varios & commentitios casus vtplurimùm vagantur, proposita autem esset species de nepote, qui porrò non poterat esse & in potestate, & emancipatus; consequẽter fatendum est, vel emancipatum in ea specie fuisse nepotem, vel nihil causæ fuisse cur verba illa *maximè emancipatus* adderentur, nisi fortè putamus consultorem non satis apertè expressisse an nepos hic in potestate fuisset, an emãcipatus, vt proinde Imperatorem rescribere oportuerit in vtrumque casum, vt in *l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis subst. & aliis plerisque Cod. legibus*. sed hoc non est probabile, cùm prima legis verba ostendant valdè distinctè proposita fuisse omnia quæ ad facti speciem pertinebant; fuisse scilicet in rebus humanis auum habentem filium in potestate, & ex filio nepotem à se emancipatũ; decessisse auum vtroque superstite, & quidem intestatum, atque ita facultates aui omnes ad filium, eundémque suum heredem pertinuisse; postea nepotem emancipatum heredem ab eo filio patre suo institutum fuisse, sicque defuncto filio hereditatem ipsius ad nepotem ex testamento pertinuisse. Alioqui si filius quoque, sicut auus intestatus decessisset, quid attinebat de solo auo dicere intestatum eum decessisse? sicut & de nepote quid opus erat monere quòd emancipatus esset si filius quoque emancipatus fuisset? Annon & breuiùs & commodiùs poterat scribi, & auum & nepotem decessisse ambos intestatos? itémque patrem & filium fuisse ambos emancipatos? deinde quomodo posset colligi fuisse filium auo intestato heredem, adeóque aui facultates habuisse, si non erat filius in aui potestate? Nam si erat emancipatus, indigebat vtique auxilio prætoris & bonorum possessionis Vnde liberi, ad acquirendam, non hereditatem, sed bonorum possessionem: quod tamen lex nõ ponit. At rursus quomodo posset nepos se negare heredem patris, si heres

ipsius fieri non posset, tametsi maximè vellet? Atqui non potest nepos emancipatus heres esse patris sui, nisi fuerit ab eo institutus, tanquam alius quilibet extraneus, quem certum est per aditionem fieri heredem posse. Si enim non sit institutus, nullum aliud ius habere potest succedendi patri nisi per bonorũ poss. Vnde liberi, ex iurisdictione Prętoris, qui tamẽ non potest facere heredẽ, sed tantùm bonorũ possessorẽ, qui heredis vice & loco sit, §. *quos autẽ. Inst. de bono. poss. & l. 2. & 3.* D. *de bon. poss.* Illa ergo verba rescripti, *qui se patris negat heredem,* ostendunt fuisse nepotem hunc emancipatum à patre suo heredem institutum. Eadem probant, quæ secũdæ nostræ interpretationis ratio est, non posse intelligi hanc legem de nepote qui fuerit retentus in potestate, nec magis priorem quàm posteriorem legis partem. Quomodo enim posset nepos, qui esset in patris sui potestate, negare sine mẽdacio se patris heredem esse? An fortè prætextu abstentionis, si aut iam abstinuisset, aut nondum immixtus nunc primùm abstinere vellet? At quamuis apud prætorem hoc possit dici, quoniam prætor non habet heredis loco suum heredem qui se abstinuit, *l. si filius 12. de interrog. in iur. faciend.* apud Cæsarem tamen, qui iuris ciuilis & custos & caput est, non idẽ dici potest, quia verum est, filium qui suus heres est, & ipso iure quantumuis abstineat, nihilominus esse heredem iure ciuili, nec quicquam agere, si se heredẽ neget, nisi quòd mentitur d. §. *sed etsi suus. l. cùm quasi 30.* D. *de fideic. libert. l. necessariis 57.* D. *de acquir. her.* nec ideò posse haberi pro abstento, si non expressim vtatur verbo abstentionis, quod in hac re videtur solenne fuisse, *l. penult.* D. *de autor. tutor. l. ex contractu 44. D. de re iudic.* Et verò quomodo posset quis videri se abstinuisse, negando se heredem, cùm non alius possit se abstinere, quàm qui sit heres? Et quod proximè diximus ex *d. l. si filius,* posse filium se abstinentem non improbè negare se heredem esse apud prætorem, verum quidem est in eo qui se iam abstinuit, de quo & illa lex loquitur: at non in eo qui nondum se abstinuit, siue consiliũ gerat se abstinẽdi, siue nõ, *d. l. 1. §, qui sunt in potestate, si quis omiss. caus. test.* Sed neque potest nepoti in potestate retento conuenire quod lex ait, *mortui aui paterni suscipere facultates.* Si enim nepos esset in potestate, non esset tractandum an aui facultates suscipere posset, sed an retinere, quod & Fachineus fatetur in sua illa huius loci interpretatione, quam nos retulimus & refutauimus ad finem capitis præcedentis. Est igitur omnino lex tota intelligenda de nepote emancipato, qui à patre suo herede aui institutus heres, noluerit tamen adire hereditatem, nec eo minus voluerit suscipere aui sui intestatò defuncti facultates: & consequenter non ex testamento, sed ab intestato, nec iure ciuili, quòd emancipatos nullo modo, nullóque casu agnoscit, non magis quàm extraneos, *l. quinetiam 55.* D. *de rit. nupt.* sed iure prætorio, ex quo admittuntur etiam emancipati per bonorum possessionem Vnde liberi, rescissa emancipatione, *l. 3. §. si emancipatus.* D. *de bonor. poss. cont. tabulas.* His verò ita constitutis fatendum est quod lex ait in prima parte, Eum qui se patris post auum intestatum defuncti negat heredem, non posse mortui aui paterni suscipere facultates, non ad ius ciuile referendum esse, sed ad ius prætorium, nec ad hereditatis acquisitionem, sed ad agnitionem bonorum possessionis. Quis enim adeò insulsus esset, vt crederet nepotem emancipatum posse iure ciuili succedere auo intestato, præsertim post aui hereditatem acquisitam filio, eidemque patri nepotis emancipati? Quod cùm ita sit, illud etiam sequitur, vltimam illam legis partem, *nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi benefi-*

cium peruenerit, non solùm esse restringendam ad nepotem emancipatum, de quo totam legem esse diximus: sed in emancipato quoque longè aliter accipiendam, quàm vulgò ab interpretibus omnibus accipiatur. Sic enim omnes accipiunt, acsi Imperator ita scripsisset, *nisi in proposito casu nepos per bonorum possessionem ad hoc beneficium perueniat, vt aui ab intestato defuncti suscipere facultates possit*. Quæ interpretatio si reciperetur, dicendum necessariò esset ad euitandam contradictionem, priora legis verba de alio iure quàm de prætorio, ac de alio auxilio quàm bonorum possessionis accipienda esse, quod nos iam ostendimus dici non posse. Alioqui perinde erit ac si scriptum esset, *Qui se patris post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates suscipere iure prætorio & per bonorum possessionem non potest, maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad hoc beneficium peruenerit*: quę sententia, verborúmque conceptio planè inepta & ridicula esset. Quis ergo sensus esse poterit eius exceptionis quam lex ponit, *nisi per bonorum possessionem ad hoc beneficium peruenerit?* In hoc sanè, tota, vt præfatus sum, legis difficultas versatur. Quæ tamen aut nulla, aut perexigua esset, si verba bene perpenderentur. Non enim sic loquitur Imperator, vt dicat quomodo interpretes intelligunt, *nisi in hoc casu per bonorum possessionem ad hoc beneficium perueniat*, sed simpliciter, *nisi per bonorum possessionem ad hoc beneficium peruenerit*. quorum verborum non alius sensus est, quàm si scriptum esset, *nisi eo casu quo nepos emancipatus*, non hic de quo agimus, sed alius etiam quilibet, *bonorum possessionem accipere possit, per quam aui facultates acquirat sibi ab intestato*. Quam verò bonorum possessionem? Nempe Vnde liberi, quæ liberis omnibus ab intestato defertur ex edicto. Ita verò si Imperator scripsisset, facilè omnes intelligerent quid ille sibi voluisset, in eóque vno laborandum esset, vt inuestigaremus quisnam esset ille casus in quo posset nepos emancipatus ex filio siue præmortuo, siue superstite admitti ad bonorum possessionem aui etiam repudiata patris hereditate. Quemadmodum autem casum illum vspiam reperire impossibile est, si cum interpretibus eum quæramus in proposita specie, id est, in nepote ex superstite filio in potestate, qui filius auo eidémque patri suo fuerit suus heres, quia omni omnino casu filius in potestate retentus & superstes mortis tempore aui intestati, nocet nepoti, nec minus iure prætorio quàm iure ciuili, vt mox ꝓbabimus: ita reperietur facilè, si mutata specie proposita, quæ erat coarctata ad nepotem emancipatum ex filio in potestate superstite, quæramus generaliter, An aliquis casus sit in quo nepos emancipatus ex filio quamuis superstite admitti possit ad successionē aui per bonorum possessionem Vnde liberi, etiamsi non sit heres patris sui. Concipio quæstionem de nepote emancipato ex filio superstite, tum ne longiùs distet quæstio ista generalis à quæstione speciali legis, quæ ponit filium auo superstitem fuisse: tum etiam quia si poneremus filium decessisse ante auum, certissimi iuris esset, quòd siue in potestate fuisset, siue emancipatus, nullo modo noceret nepoti quantumlibet emancipato, non magis quàm in potestate retento, nec proinde quærendus esset casus in quo nepos emancipatus admitti posset ad successionem aui iure prætorio per bonorum possessionem Vnde liberi, cùm è contrario vix vllus excogitari posset, quo non admitteretur. Esset enim hoc ipso casus ille exclusus, quo hic nepos fuisset exheredatus, cùm exheredatio non possit fieri ab intestato, vt nec institutio heredis. At cùm filius patri superstes fuit, quámuis nō fuerit in potestate, sed emã-

cipatus,difficile tamen eſt,vt non obſtet nepoti in ſucceſſione inteſtati iure prætorio.Reperio tamen caſum,eúmque vnicum,in quo non obſtat nepoti quanuis emancipato.Hoc enim neceſſariò addendum eſt, quia ſi nepos hic ex filio emancipato eſſet retentus in aui poteſtate, nunquam ei obſtaret filius emancipatus,niſi hactenus vt coniungerentur ex edicto *de coniung. cum emancip.liber.eius*,ne in totum ſuccederet nepos, qui alioquin ſolus ex iure ciuili ſuus heres eſſet,*tot.tit.de coniung.cum emancip.lib.eius.* Is caſus à Pomponio proditus mihi videtur in l.*ſi quis ex his.§.vlt. D. ſi tab.teſt. null. extab. Vnd.liber.*in hæc verba,*Si filius emancipatus non petierit bonorum poſſeſſionem, ita integra ſunt omnia nepotibus atque ſi filius non fuiſſet, vt quod filius habiturus eſſet,petita bonorum poſſeſſione hos nepotibus ex eo ſolis non etiam reliquis adcreſcat.* In quibus verbis illud primum obſeruandum eſt,quod Pomponius nonniſi de filio emancipato loquitur,quia cùm filius in poteſtate eſt,non indiget bonorum poſſeſſione,nec vt eam petat ad acquirendam patris ſui ſucceſſionem,cùm ſit ſuus heres ipſo iure, ſufficiátque fuiſſe illum ſuperſtitem auo inteſtato.Vnde eſt quod ſuprà intulimus reſcriptum Imperatoris in *d. l. vlt.C.vnd.liber.*non poſſe accipi de alio filio, quàm qui fuerit in poteſtate, cùm alioqui ponendum eſſet quod lex non ponit, fuiſſe petitam ab eo bonorum poſſeſſionem,atque ita ei acquiſitas patris ſui facultates, quæ ob eam cauſam nullo modo, nullóque caſu potuerint peruenire ad nepotem,qui ſe ipſius filij eiuſdémque patris ſui neget heredem. Et inde etiam illud fit, vt cùm filius emancipatus non aliter obſtet nepoti quamuis etiam emancipato,quàm ſi petat bonorum poſſeſſionem,filius tamen in poteſtate ſemper ei obſtet,non ſolùm ſi ſe immiſcuerit,ſiue petendo bonorum poſſeſſionem Vnde liberi,*vt in l.puberem* 12.*C.de iur. deliber.* ſiue quo alio modo: ſed etiam ſi ſe non immiſcuerit,cùm nec immiſtio neceſſaria ſit,vt ſuus heres & heres ſit iure ciuili,& pro herede habeatur apud prætorem, dum ne abſtinuerit *d. l.* 1. *§.qui ſunt in poteſtate,* D.*ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.*Dico ampliùs,Etiamſi ſe abſtinuerit filius qui fuit in poteſtate,adhuc tamen obſtat nepoti, ne poſſit nepos ſiue in poteſtate retentus,ſiue emancipatus admitti ad ſucceſſionem aui inteſtati per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi,quia nec facit abſtẽtio,quominus verum ſit filio non modò delatam, ſed etiam acquiſitam fuiſſe ipſo iure hereditatem,nec tantùm ipſo iure,ſed etiam iure prætorio in tempus vſq; abſtentionis,quanuis ex quo abſtentus eſt filius,deſinat haberi pro herede apud prætorem,*d.l.ſi filius* 12.D.*de interrog.in iur.fac.*Sed neque abſtentio facit vt omnimodo &in omnibus habeatur pro nõ herede is qui abſtinuit,ſed dũtaxat vt non habeatur pro herede quod ad hoc,ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit *d.l.neceſſariis* 57.*D.de acquir.hered.*Nam extra hanc cauſam habetur pro herede in ceteris omnibus etiam quæ ex iuriſdictione prætoris proficiſcuntur,cuiuſmodi eſt reſtitutio fideicommiſſi,*l. ita tamen* 27. *§. ſi pater.D.ad SC.Trebell.*vbi Iulianus ſcribit, Si pater filium quem in poteſtate habebat heredem ſcripſerit,& ab eo petierit vt hereditatem Sempronio reſtitueret,iſque ſuſpectam ſibi eſſe dicet,nihilominus poſſe illum ex Trebelliano hereditatem reſtituere;ita vt quamuis ſe non immiſcuerit hereditati, actiones tamen quæ ei & in eum competebant,ad Sempronium transferatur. Quomodo enim prętor fideicommiſſarius poſſet cogere hunc heredem filiũ ad reſtitutionem fideicommiſſi poſt abſtentionem ſi non haberet eum pro herede citra vllam aditionem aut immiſtionem? Aut quid aliud eſt, ſuſpectã

di ci à suo herede hereditatem, quàm abstinere vllum ab hereditate? Itaque omissa etiam iuris ciuilis subtilitate, si nihil nisi ius prætorium in hoc filio qui se abstinuit, intueri velis, non est comparandus filio emancipato, qui non petierit bonorum possessionem, de quo Pomponius in *d.§.vlt.l.5.D.vnd.lib.* sed ei potiùs qui bonorum possessionem à prætore petierit, & impetrauerit, posteà verò ab eodem prætore restitutus sit in integrum ob lubricum ætatis, aut ex qua alia causa aduersus eam bonorum possessionis agnitionem. Nam quemadmodum abstentio non facit vt filius qui se abstinuit, heres non fuerit, sed tantùm vt exinde habeatur pro non herede: adeò vt quamuis bona sub creditoribus fiant, tamen rata haberi debeant, etiam apud prætorem quemcunque filius bona fide gesserit, vt disertè ac notabiliter scriptum est in *l.quoties. D.de acquir.hered.* ita nec restitutio facit vt nō fuerit heres vel bonorum possessor is qui aduersus hereditatis vel bonorum possessionis acquisitionem restitutus fuit, sed tãtùm vt pro eo habeatur à prætore, acsi nec heres nec bonorũ possessor fuisset, *l.ait prætor 7.§.sed quod Papinianus.D.de minor. l.1.C.si minor ab hered.se abstin.* Atqui quoties acquisita fuit alicui bonorum possessio, quamuis postea per in integrum restitutionem fuerit abalienata, ne dicã repudiata (quia quod semel acquisitum est, repudiari nunquam potest, *l. 1. §. decretalis.D.de success.edict.*) tota tamẽ edicti successorij potestas perimitur, ita vt alij deinceps nulli possit deferri bonorum possessio ex vlla parte edicti, fiántque bona vacantia, & consequenter fisco deferantur, *l.vlt.eod. tit. de success. edict.* vbi elegans & apertum extat in hanc rem responsum Papiniani, cuius nec ratio valdè obscura est. Cùm enim alia non fuerit causa proponendi edicti successorij, quàm ne bona diutiùs iacerent, vt scriptum est in d.*l.* 1. in princ. *& in §.largius.eod.tit.* desinant autem iacere ex quo tempore sunt acquisita, sequitur ex primo instanti acquisitionis perimi totam potestatem edicti, quæ porrò vbi semel extincta fuit, postea reuiuiscere nunquam potest, & sine qua tamen fieri nequit vt aliqua in bonorum possessionibus successio inducatur, siue à gradu in gradum, siue à persona in personã, siue ab vno capite edicti ad aliud caput. Cùm enim esset ordo ille successiuus inter suos & agnatos iure ciuili omnino incognitus, primus prætor in bonorũ possessionibus eum induxit, non alio tamen edicto, quàm eo ipso quod hanc ob causã successorium appellauit, cui proinde si qua ex causa locus nō sit, nec vlli successioni inter eos qui per bonorum possessionem succedũt, locus esse potest. Ergo tùm quoq; cùm filius in potestate se abstinuit, obstat nepoti ne possit nepos petere bonorum possessionem Vnde liberi, perinde atq; obstaret, si bonorum possessionem petijsset, ac postmodũ aduersus eam petitionem in integrum restitutus fuisset. Idq; satis euidenter meo iudicio Vlpianus docet in *l.1.§ si quis filium.D.vnd.liber.* cùm ad hoc, vt filius obstet nepoti in causa bonorũ possessionis Vnde liberi (de hac enim sola agitur toto illo titulo) nihil aliud exigit nisi vt filius fuerit in potestate, non quasi adoptiuus, sed quasi naturalis, non adhibita illa distinctione, An bonorum possessionem Vnde liberi filius ipse agnouerit, an verò se abstinuerit. Itémq; Pomponius in *d.l.si quis ex his 5.in princip. eod. tit.* vbi ait prætorem non aliter deferre bonorum possessionem Vnde liberi nepotibus etiam in familia retentis, quàm si filius nō fuerit in potestate morientis parẽtis de cuius bonis agitur. Sufficit ergo filiũ fuisse in potestate, licèt se abstinuerit, quia non facit abstentio quominùs verum sit defecisse conditionem, sub quã nominatim nepotes vocat prætor.

Nec enim fieri nullo casu potest vt nepos ex filio superstite vocetur ad hereditatem aui sine auxilio & beneficio prætoris. Nec si ponas, quod mirere, filium superstitem emancipatum fuisse, nepotem verò in potestate retentum. Etsi enim nepos, qui in potestate retentus est ex filio emancipato, potest suo iure heres esse, nec indiget auxilio prætoris vt succedat auo si prætor non se interponat. Cùm tamen prætor se interponit vt faueat filio emancipato, perindeque illum admittat ad patris sui successionem ab intestato ex capite Vnde liberi, acsi emácipatus nõ fuisset, incipit hoc ipso necessariũ esse auxiliũ prætoris nepoti, quem alioqui à successione aui sui in totum excludi oporteret, non minùs quàm si filius nũquam fuisset emancipatus, népe quia prętor, vt admittat emancipatum tanquam filium, qui quádiu emancipatus manet, extraneus est, necesse habet rescindere emancipationẽ, & filium emácipatũ non alio iure admittere, quàm quasi non emancipatum, *l.3. §.5. emancipatus D. de bonor. poss. contr. tabul.* Atqui si filius emancipatus mansisset semper in potestate, obstaret hodie nepoti, & quidem in totũ, quia esset suus heres, & in vtraq; successione, siue testamentaria, siue intestati anteuerteret nepotem, *l. scripto 7. eod. tit. Vnd. liber. l. si quis filio 6. de iniust. rupt.* Vt ergo nepos etiá in potestate retentus possit ex aliqua parte auo suo succedere cum patre, quem prætor rescissa emácipatione admittit, necessariò indiget auxilio & beneficio prætoris: qui porrò sicuti non putat æquum esse vt filius emancipatus excludatur à patris sui successione ob id solùm quod emancipatus fuerit; cùm non ob id desierit esse naturaliter filius: Ita necvsque adeò ei fauendum putat, vt in eius commodum velit excludere nepotem, qui ex iuris ciuilis ratione totum habiturus esset tanquam suus heres: Ideóque ambos coniungit in iure istius bonorum possessionis Vnde liberi, vt simul admittantur, sed ita tamen vt non filium cum nepotibus, at nepotes cum filio coniungat. Nec enim sic titulus conceptus est De coniungendo emanc. cum liberis eius, sed è contrario De coniungendis cum emancipato liberis eius, Vt puta, ex illa edicti parte prætorem fauere nepoti, nõ filio, cui melius esset nullam coniunctionem esse, vt solus ipse succedere & in solidum posset. Quòd si nepos etiam in potestate retentus indiget auxilio prætoris vt succedat auo, quanto magis indigebit nepos emácipatus? Etsi enim edictum prætoris De bonorum possessionibus, quantum ad liberos attinet, emancipatorum præcipuè gratia comparatum est, ne iniuriam vel à suis heredibus, vel etiam ab agnatis paterentur, quos alioqui ius ciuile solos vocabat, nusquam tamen videas prætorem plus fauere emancipatis, quàm si emancipati non essent, cùm neque alio colore ijs faueat, vt diximus, quàm quasi nec fuerint emancipati. Porrò non vocátur nepotes ex edicto, nisi sub conditione illa, Si filius nõ fuerit in patris morientis potestate, nec proinde possunt dicere vocatos, nisi ostendant conditionem sub qua prætor eos vocat, extitisse. Cùm ergo non tantùm non extiterit, sed etiam defecerit conditio eo casu, quo filius superstes reperitur in potestate, cõsequens est vt filius in potestate semper, & omni casu obstet nepoti tanquam semper faciens deficere cõdicionem sub qua nepos vocatur à prætore ad bonorum possessionem. Dic enim quantum voles, suum heredem qui se abstinuit non haberi pro herede apud prætorem, nunquam tamen assequeris vt non videatur esse in potestate, quia abstẽtio nihil commune habet cum iure potestatis, sed tantùm cum effectu successionis hereditariæ, quia nec abstentio fit eo tempore quo potestas adhuc aliqua

fit,

sit, vel esse possit, sed tunc cùm patria potestas iam finita fuit morte patris. Abstentio siquidem non fit nisi post mortem, & eo tempore, quo de iure successionis iam quærēdum est. Quæ autem iam morte extincta fuit patria potestas, non potest aut magis tolli, aut affici per abstentionem. Quare & prætor in concipienda cōditione, sub qua nepotes vocauit, expressit tempus mortis aui, posuitq; in conditione filium, qui fuerit in potestate eo tempore quo paterfamiliâs moriebatur. Quicquid ergo postea de hoc filio contingat, id est, siue se abstineat, siue non, semper verum est defecisse conditionem bonorū possessionis delatæ nepoti, si modò filius superstes fuerit vel vno instāti.

ERROR NONVS.

De differentia bonorum possessionis Vnde liberi, Vnde legitimi, Vnde cognati *in causa successorij edicti.*

At difficilius illud videtur, quod in præcedentibus diximus, Suum heredem qui se abstinuit, non tam comparandū esse emancipato, qui bonorum possessionem non petijt, quàm ei qui petiit quidem, sed eam postea per in integrum restitutionem omisit. Ex quo nimirum inferri posse diximus, obstare illum nepoti, ne possit ille iuuari edicto successorio, cui scilicet locus nullus superest agnita semel bonorum possessione, tametsi postea per in integrum restitutionem abstentio sequatur, *l. vlt. D. de success. edict.* Nam si ratiò bona esset, dicat aliquis, sequeretur quòd superstite filio, vel vno in potestate, solus ipse posset habere bonorum possessionem, nec, abstinente illo ab hereditate, aut bonorum possessionem Vnde liberi repudiante, posset amplius quisquā in ijsdem bonis succedere ex vlla parte: qnod tamē falsum est. Nam & potest ille ipse sibi succedere, & à bonorum possessione Vnde liberi exclusus, vel tēpore, vel repudiatione, postmodum succedere ex capite Vnde legitimi tanquam agnatus, & rursum post legitimos suo ordine tanquam cognatus; aut si bonorum possessionem nō ex certo aliquo capite, sed simpliciter repudiet, proximis agnatis locum facit, vt perinde possint bonorum possessionem Vnde legitimi agnoscere, acsi filius non fuisset *l. 1. § quibus. & § sed vidēdum. D. de success. edict. l. 2. in princip. D. vnd. legit. l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poss. seruet. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* Sola igitur sui heredis superexistētia successorij edicti potestatem non tollit: idq; optima ratione, quia si Prætor filium qui se abstinuit non habet pro herede, multo minùs potest eum habere pro bonorum possessore. Bonorū enim possessor necessarius & ipso iure nemo est, nec alius quàm qui bonorum possessionē accepit à prętore, quod non tam iuris & nudæ volūtatis, quàm facti est. Quomodo igitur potest prætor habere pro bonorum possessore filiū, qui non modò bonorum possessionem numquam petierit, sed etiam vltrò abstinuerit? Ego verò respondeo filium in potestate superstitem, sicuti non obstat sibi ipsi, ne repudiata bonorum possessione Vnde liberi possit sibi ipsi succedendo petere bonorum possessionem Vnde legitimi, ita nec cæteris legitimis obstare, ne ex eodem capite succedere prohibeantur, si bonorum possessionem simpliciter repudiauerit, *d. § quibus,* aut ex capite Vnde cognati si repudiauerit bonorū possessionem Vnde legitimi, *§. placebat. Instit. de legit. agnat. success.* sed tamē semper & omni casu obstare

nepoti perinde acsi bonorum possessioné petiijsset, vt nullo casu, nulláq; ex parte edicti nepos admitti posit. Non obstat sibi ipsi, quia quòd ei tanquam filio defertur bonorum possessio Vnde liberi, non potest cõsumere aliam delatione bonorum possessionis, quàm quæ fit ex capite illo Vnde liberi, qua consumpta nihil vetat deferri bonorum possessioné ex alio capite Vnde legitimi, & quidem illi ipsi, si velit, aut si nolit, proximo cuiq; agnato ex edicto successorio. Cùm enim suus heres repudiat bonorum possessionem Vnde liberi, atq; ita abstinet tanquam suus, certũ est adhuc iacere bona quæ nullũ adhuc possessorem habent; ac proinde nihil causæ est cur cesset potestas edicti quæ in id solùm comparata est, vt diximus, ne bona diu iaceant, si modò possessorem aliquem ex edicto inuenire possint. Atqui possunt inuenire, non quidem ex primo illo capite, ex quo facta delatio est, sed ex sequẽti, quoniam delatio quæ fit ex aliquo edicti capite, illius quidem capitis vim totam consumit ex exemplo legis 12. tabul. cuius tota vis & potestas prima delatione cõsumitur, sed sequentium capitum non consumit, idq; propter autoritatem edicti successorij quod in bonorum possessionibus introductum est; in hereditatibus non item. Ex eo igitur nihil aliud inferre possis, nisi quòd volo filiũ hunc obstare nepoti, quãuis non obstet sibi ipsi si velit succedere Vnde legitimi; nec legitimis, si eam quoque bonorum possessionem quæ sibi Vnde legitimi defertur, repudiauerit: nempe quia nepotem ex huiusmodi filio necesse est succedere vel ex capite Vnde liberi, vel nullomodo, cùm nõ sit agnatus *d.l. scripto 7. D. vnde liber.* Atqui non potest succedere Vnde liberi, vt iam probauimus: Ergo nullo modo. Alioqui si posset succedere Vnde legitimi, obstaret nõ tantùm cæteris legitimis remotioribus, verùm etiã patri qui bonorũ illã possessionem Vnde legitimi repudiasset. Nec enim filius qui non tantùm ex prima parte Vnde liberi, sed etiam ex secunda Vnde legitimi, repudiauit, potest sibi ipsi succedere vt admittatur tãquam cognatus, & ex capite Vnde cognati *l. 4. §. 1. D. quis ordo in bonor. poss. seruet.* nisi suo ordine & post legitimos, vt loquitur Vlpianus in *d. §. sed videndum l. 1. De success. edict.* Legitimi namq; semper præcedunt cognatos, tũ quoq; cùm ex capite Vnde cognati admittuntur, cùm cognati nõ admittantur, nisi ex mera prætoris indulgẽtia, *l. 1. D. vnd. cognat.* tanquam qui legibus incogniti sint, quibus è contrario cogniti sunt agnati, qui & ideo legitimi appellantur. Addidi ***tum quoque cùm ex capite Vnde cognati admittũtur***, quia in proposito casu, id est, cùm suus heres repudiauit vtramque bonorum possessionem Vnde liberi & Vnde legitimi, quamuis locum aperiat cæteris legitimis, non ideo tamen fit vt cæteri legitimi possint succedere ex capite Vnde legitimi, quia sicuti tota potestas edicti ex capite Vnde liberi consumitur per eam delationem quæ fit filio, licèt maneat sine effectu propter filij repudiationem, ita & tota potestas edicti ex alio & sequenti capite edicti Vnde legitimi consumitur per delationem quę fit filio tanquam proximo agnato, *l. filius 12. D. de suis & legit. l. Iurisconsultus 10. § proximiores 3. D. de gradib. & adfin.* Ideóque tametsi eam quoque secundam bonorum possessionem filius tãquã proximus agnatus repudiet, nihilo magis tamen cæteri agnati possint iure agnatorum admitti, quia edictum successorium, cuius autoritas in eam rem & necessaria & comparata fuit hactenus, tantùm ijs prodest vt admitti possint tanquam cognati, non tanquã agnati, *§ placebat. Instit. de legit. agnat. success.* Vnde nec possit quisquã dicere de agnato in bonorũ possessione Vnde agnati, quod de nepote scribit Pomponius

ponius in bonorum possessione Vnde liberi, *d.l. si quis.§.vlt.* primo agnato repudiante bonorum possessionem Vnde legitimi, cæteris agnatis conseruari iura integra, primus non fuisset; Alioqui admittendi essent sequentes agnati ex capite Vnde legitimi, non Vnde cognati, quemadmodum nepos admittitur per Vnde liberi, quoties eius pater emancipatus ei nõ obstat, siue ideo nõ obstet quòd ante auum decesserit, siue quod cum superstes fuit bonorum possessionem non petierit *d.l. si quis §. penult. & vlt.* Quamuis sequentes agnati admittantur ante alios cognatos qui non sunt agnati: qui sensus est *d.l.1.§. quibus de success. edict. vt constat ex d.§ placebat*, & ex *d.§. sed videndum*, in illis verbis, *& post hos suo ordine ex illa parte vnde proximi cognati vocantur.* Nam si excluso filio à cap. Vnde agnati, succederetur ex ca. Vnde cognati sine vlla agnatorũ & cognatorũ distinctione, & solo cognationis gradu, dubitãdũ nõ esset quin filius ante agnatos omnes succederet tãquã proximus, siquidé quę ratio facit vt filius patri agnatus proximus sit, eadem facit etiam vt sit per eos cognatus. Quis enim patri proximior esse potest quàm filius, siue de suis heredibus tractes, siue de agnatis, aut de cognatis? Succedunt igitur post filium in potestate exclusum agnati, & quidem tãquam agnati, sed nõ ex capite Vnde agnati, aut quòd idem est, Vnde legitimi; at ex capite Vnde cognati, & ob id nimirum præferuntur ipsi filio, non amplius valenti, aut volenti venire, nisi tanquam cognato. Præferretur ergo ex filio nepos ipsi filio, si admitti posset tanquam legitimus, siue ex capite Vnde legitimi, siue ex capite Vnde agnati admitteretur. Quod tamẽ & absurdum & iniquum esset. Quo enim iuris aut æquitatis colore præferri filio posset nepos, qui non nisi per filium, auo coniũgitur? Sed etsi poneres, filium non vnam aut alteram, sed omnẽ omnino bonorum possessionẽ simpliciter repudiasse, vt in *d.l.1.§ qui semel.* D. *de success. edict.* adhuc tamen dicendum esset non posse admitti nepotem, neque tãquã agnatum, neque tanquam cognatum, sed fratrem defuncti consanguineum, si quis fuit *l. defunctis.6. C. de legit. here.* quia cùm post suos heredes vocẽtur iure ciuili consanguinei, *l.1.§ post suos.l.2. in princip.* D. *de suis & legit.* & post cõsanguineos cæteri agnati, Prætor autem in deferenda bonorũ possessione Vnde legitimi, eum ipsum ordinem sequatur quem lex præscribit; apparet nepotem ex superstite filio in potestate, sicuti non est suus heres, quippe quẽ pater anteuertit semper extra casum singularẽ, *d.l. scripto*, ita nec posse succedere ante cõsanguineos, nec proinde ante cęteros agnatos, quia nec agnatus esse potest, nisi cùm est suus. Vel enim pater eũ pręcedit, vel nõ. Si pręcedit, nõ potest nepos esse agnatus, scilicet proximus, vt explicauimus *libr.* 10. *Coniect. cap.*12. Si non præcedit pater, nepos suus est, ideoque nec indiget vt sit agnatus, cùm præferri possit agnatis omnibus, adeóque cõsanguineis tãquã suus. Loquor.n. de nepote in potestate retento, quoniã alioqui si esset emãcipatus, nec suus dici posset, nec agnatus, siquidẽ per emãcipationẽ, & familiæ mutationẽ tã sui q̃ agnati esse desinũt, *l. tutelas 7.* D. *de cap. minut.* Et ob eã nimirũ causam si ponas emancipatum fuisse nepotem, & ex filio emãcipato, tametsi filius ille emancipatus non petierit bonorũ possessionem Vnde liberi, adhuc tamen nepos excluderetur per solam delationem filio factam ex illo capite Vnde liberi, nisi prudentum interpretatio ad edictum prætoris ita rem hanc temperasset, vt iura omnia integra conseruentur nepoti, ac si filius non fuisset, quomodo loquitur Pomponius in *d.l. si quis ex his.§. vlt.* Nam cùm nepos emancipatus siue ex filio in potestate, siue ex emancipato, non posset admitti

tanquam filius ex capite Vnde liberi propter consumptam totam illius capitis potestatem per delationem factā filio, vt diximus, neque tāquā legitimus, ne quidem cum cæteris legitimis, ac multo minùs ante legitimos cùm legitimus non sit, necesse fuit ipsius fauore speciale ius induci, vt eo casu quo filius fuisset emancipatus, nec bonorum possessionem Vnde liberi petijsset, perinde posset nepoti deferri bonorum possessio Vnde liberi iam delata filio acsi numquam ei delata fuisset: nec aliter posito iure absurdum illud sequeretur vt excluso emancipato filio & à bonorum possessione Vnde liberi, per repudiationem, & à bonorum possessione Vnde legitimi, quia non esset ex legitimis: agnati omnes præferrentur huic nepoti, qui tamen naturaliter & re vera esset ex liberis, quemq; prætor rescissa emancipatione non minùs quàm filium ipsum emancipatum redderet numero liberorum, *d.l.si quis ex his.§.1.* Nec enim verendum est hoc casu ne hic nepos patri suo obstet in gradu agnatorum & legitimorum, cùm ponimus nec agnatum, nec legitimum esse patrem qui est emancipatus. Quod planè diuersum est in nepote ex filio in potestate. Is enim patri suo obstaret, si filio se abstinente ac repudiante bonorum possessionem Vnde liberi, nepos adhuc integrum ius haberet agnoscendæ eiusdem possessionis Vnde liberi, siquidem certum est quādiu bonorum possessio ex priore edicti capite deferri potest, ex posteriore numquam deferri. Prius autem est caput Vnde liberi quàm Vnde legitimi vocatur. Ergo nec mirum est nepoti ex filio in potestate superstite, numquam deferri bonorum possessionē Vnde liberi, nec si filius eam possessionē repudiauerit, quia patri suo obstaret. Dices fortasse; Imò non obstaturum, si fingas filium non solùm repudiare bonorū possessionē Vnde liberi, sed simpliciter se abstinere, cùm eo casu excludat se ab omnibus partibus edicti. At respondeo hoc quoq; casu non quidem obstaturum filio nepotem, sed nihilominùs obstare nepoti filium ne possit nepos petere possessionem Vnde liberi, quia filius suus heres se abstinens, pro eo habendus est qui bonorū possessionem petierit, ac postea abstentus fuerit per in integrum restitutionem, vt supra diximus. Quo casu nemo dixerit ex eodem capite posse deferri bonorum possessionem, licèt ex alio & sequenti possit deferri. Itaque deferetur quidem consanguineis & agnatis ex capite Vnde legitimi, si filius in potestate simpliciter se abstinuerit, sed non deferetur nepoti, quia deferenda esset ex eo ipso capite à quo filius iam exclusus fuisset, id est Vnde liberi, quod fieri nequit, cùm nō possit nepos etiam in potestate retentus, multo minùs qui emancipatus est, admitti ex capite Vnde legitimi, neq; tāquam legitimus ex capite Vnde cognati, propter eas rationes quas attulimus. Indéque est quod si quis ex proximioribus cognatis bonorum possessione accepta Vnde cognati, postmodum abstentus sit per restitutionē, nihilo magis cęteri cognati ex successorio edicto admittātur, *d.l.vlt. D. de success. edict*, quia scilicet nullum aliud superest caput edicti ex quo admitti possint. Tota autem potestas edicti Vnde cognati, cōsumpta est per agnitionem bonorum possessionis ab vno ex cognatis factam. Non dico *per delationem*, vt in liberis & in agnatis, *sed per acquisitionem*, quia hoc proprium & speciale habet caput cognatorum, quòd ex eo ipse admittitur successio etiā post delationem ex eodem alij factam, quia vltimum caput est ex quo deferuntur successiones iure sanguinis, & quod sicuti totum pendet ex indulgētia prætoris, ita & qualē prætor voluit legē, ab eo potuit accipere. Proinde quod dicimus filium in potestate, qui se abstinuit, comparandum

esse

esse ei qui restitutus fuit in integrum, posteaquàm bonorum possessionem Vnde liberi accepit, cùm ipso iure sit heres,& plus quàm bonorum possessor. & tamen non eo minùs post eum admitti posse agnatos ex capite Vnde legitimi *d.l.2. D.Vnde legit.* non pugnat cum eo quod Papinianus scribit in d.l. vlt.inferioris gradus cognatum edicti successorij beneficium non habere, si prior ex parte sua bonorum possessionem acceperit. Tractat enim Papinianus eum casum quo necesse esset inferiorem cognatum succedere ex eo ipso capite,ex quo prior iam bonorum possessionem accepisset: quod fieri nullo modo potest.Nos verò illum, quo successorium edictum præstet facultatem succedendi ex alio nouo capite,quàm ex quo fuerit adhuc delata & acquisita successio:nempe ex capite Vnde legitimi, quæ nunquam fuerat delata suo heredi,nisi tanquam filio & Vnde liberi. Nã etsi poneres filiũ hũc,eundémq; suũ heredẽ agnouisse bonor.poss.Vnde liberi,atq; ita pro herede gessisse iuxta l. *puberẽ 12. C.de iur.delib.* mox abstentũ fuisse beneficio in integrum restitutionis,æquè dicerem adhuc non obstaturum eum agnatis, sed nepoti soli, quia in nepote quidem haberet locum supradicta Papiniani sententia, cùm non posset nepos succedere nisi per Vnde liberi, ex quo capite non solùm delata iam,sed etiam acquisita fuisset bonorum possessio: at non similiter in agnatis,quibus saluum superest caput Vnde legitimi,itémque Vnde cognati,etiam post extinctam prima delatione & acquisitione totam potestatem capitis edicti Vnde liberi.Nihil igitur vetat filium in potestate retentum etiam cùm ab initio se abstinuit perinde obstare nepoti, atque si bonorũ possessionem petiisset,quam posteà beneficio restitutionis abiecisset: nec tamen obstare legitimis,quamuis vtroque casu habeamus ipsum pro eo qui agnouerit bonorum possessionem,quoniam alia iura sunt nepotis, alia legitimorũ & agnatorum,alia iura bonorum possessionis Vnde liberi, quæ consumitur per primam delationem;alia bonorum possessionis,Vnde legitimi, quæ non consumitur nisi per secundam.At nec bonorum possessio Vnde cognati per tertiam delationem consumitur, sedtátùm per acquisitionem ex tertia illa delatione secutam. Quæ omnia si bene distinguantur, nihil in tota hac nostra interpretatione,aut absurdi,aut iniqui reperietur, sed fient omnia apertiora,si ea bene intelligentur quæ sequenti capite dicenda supersunt circa hanc disputationem.

ERROR DECIMVS.

De sententia l. defunctis 6. C. de legit. hered. & §. Placebat. Inst. de legit. agnat. succeßi.

HI duo iuris loci sunt præcipuè, quorum interpretatio difficilè facit & obscuram totam hanc de edicto successorio quæstionem. Nec infacetè Baldus ad l. vlt. *C. vnd. liber. num. 6.* scribit *l. defunctis 6. C. de legit. hered. esse de propria bursa domini Bartoli, per quam sustinetur gloss. d. l. vlt.* quæ defendit hodie filium se abstinentem non obstare nepoti, nec ei obiici quominus possit nepos succedere etiam de iure ciuili. Sic enim textus ille à Bartolo cæterisque interpretibus acceptus est, quasi formaliter dicat, vt Baldus loquitur, quòd defunctis suis absentibus vocatur sequens de iure ciuili, quia agnationis iure. Ergo, inquit, si vt agnatus venit, clarum est quòd venit per legem duodecim tabularum quæ considerat ius agnationis. Sed tamen benè videt Baldus hanc quã putant esse sententiam d. l. *defunctis*, neque cum iure vetere, neque cum nouo consentire, multo minùs cum opinione gloss. & Bart. ad d. l. vlt. Glossa enim dicit ita olim ius fuisse vt filius in potestate obstaret nepoti de iure ciuili ex d. l. vlt. Aliud verò esse hodie per Iustiniani constitutionem, de qua in §. *placebat. Instit. de legit. agnat. succeß.* Atqui probatur ex d. l. *defunctis*, iuxta vulgarem interpretationem id ipsum iam olim obtinuisse, quod Iustinianus constituit. Ergo pugnabit d. l. *defunctis* cum d. l. vlt. & cum glossa. Nec in eo solùm quod d. l. vlt. negat posse nepotem admitti de iure ciuili ad successionem aui intestati, qui filium superstitem reliquerit, sed in eo maximè quòd lex illa distinguit hac parte ius ciuile à prætorio, quæ tamen distinctio nulla est, si lex *defunctis* intelligatur de successione quæ fit ex iure ciuili. Quam ob causam idem Baldus subiungit d. l. *defunctis* videri interpretandam & declarandam secundùm d. l. vlt. vt intelligatur succedere nepotem per bonorum possessionem, non de iure ciuili, siue vetere, siue nouo. Postea tamen concludit magis conuenire verbis legis *defunctis*, vt admittatur nepos etiam ex iure ciuili, non quidem ex rigore, inquit, iuris ciuilis: sed ex eiusdem iuris æquitate, nec de iure suitatis, sed iure agnationis, quia est de liberis, & talis, qui licèt non sit suus & necessarius propriè loquendo, abusiuè tamen potest dici suus, tanquam qui sit in potestate & de liberis, ex d. §. *placebat.* Sed non possunt ista bene intelligi quin verba legis proponantur. Ait lex, *Defunctis suis extantibus heredibus, & abstinentibus, vel repudiantibus hereditatem, frater iure consanguinitatis succedere potest.* In quibus verbis illud primum obseruandum est, nihil scriptũ esse de nepote, ne quidem per interpretationem. Nec. n. lex ait, Suo herede se abstinente, succedere nepotem siue iure ciuili, siue prætorio, sed succedere fratrem consanguineum, & quidem iure consanguinitatis. Loquuntur ergo sine lege qui aliam nullam legem habent, ex qua probent posse nepotem ex superstite filio in potestate succedere iure ciuili, siue id referat ad rigorem iuris ciuilis, & ad legem duodecim tabularum, vt Bartolus: siue ad æquitatem iuris ciuilis, vt Baldus. Idémque etiam dici potest de sententia *d. §. placebat.* Nihil enim eo loco de suis heredibus, aut de nepote post filium admittendo Iustinianus exprimit, sed hoc tantùm ait constitutum à se fuisse in

ea

ea lege, quam de iure patronatus tulit, & quæ tamen in Codice nostro non extat, vt in agnatis hodie sit successio quæ olim non erat, nisi fortè cum eodẽ Baldo sic argumentari volumus, vt dicamus Iustinianum hoc ipso quod loquitur eo loco de omnibus agnatis loqui, etiam de suis, quia, inquit, non debet fauere edictum transuersalibus, & denegari liberis. Ista enim esset stultitia, non iustitia. At longè maior stultitia meo iudicio illa est, si quod de agnatis solis cõstitutum est, ad suos protrahatur. Etsi enim verum est suos heredes proximos videri agnatos, & esse, vt loquitur *l. filius* 12. D. *de suis & legit.* aut vt Paulus ait in *l. Iurisconsultus* 10. §. 3. D. *de gradib. & adfin.* proximiores ex agnatis suos dici: apparet tamen ex iis quæ apud Iustinianum pręcedunt, præsertim in §. *si plures.* & in principio ipsius tituli, toto eo titulo de iis tantum agnatis agi qui non sint sui heredes, adeóque nec suorum loco. Sic enim Iustinianus initio tituli præfatur: Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquomodo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum, ad agnatum proximũ pertinere hereditatem. Et verò ratio pręcipua qua Iustinianus motum se fuisse ait, vt constitueret in agnatis successionem: Nempe quòd in onere tutelarum, quæ ad exemplum hereditatum deferuntur, primo gradu deficiente, sequẽs succedat: eadem autem debeat esse ratio lucri & honoris quæ oneris. Ea proculdubiò non potest aptari ad suos cæterósque descendentes, quibus scilicet nunquam ascendentium tutelæ deferuntur, cùm neque pupillus esse possit qui habet iam descendentes ex se liberos, neque eius ætatis vt tutelam gerere possit is qui patrem, adeóque auum impuberem haberet, quod nec natura patitur. Fatendum igitur est Iustiniani constitutionem de agnatis factam ad suos heredes, aliósque ex iis descendentes nullo modo pertinere. Sed an non stultum est denegare nepotibus qui sunt in potestate & de liberis id quod conceditur etiam agnatis? Dignus enim Baldus est cui satisfaciamus, vel ob hoc ipsum ne stulti videamur. Ego verò respondeo non esse nouum vt alia causa sit agnatorum, alia suorum heredum, aut vt melius dicam, liberorum; id est, vt melior in quibusdam sit conditio agnatorum, quàm liberorum qui non sint sui heredes. Sic enim loquendum est, quoniam qui sunt sui heredes, semper melioris conditionis sunt quàm agnati, aut certè nunquam deterioris, cùm sint ipsi quoque agnati, & ex agnatis omnibus proximiores. Aut si mauis, sunt agnati eminenter, quia sunt plus quàm agnati, sicut & agnati ipsi exclusi à capite Vnde agnati, adhuc tamen possunt succedere non modò cum cæteris cognatis, sed etiam ante ipsos, tanquam qui sint & ipsi cognati, eminenter hoc ipso, quòd sunt plus quàm cognati, cùm sint etiam agnati. Dicam amplius, Non tantùm iure ciuili verum esse quod nolo, Meliorem esse hac parte conditionem agnatorum quàm liberorum descendentium ex suis heredibus: sed etiam iure prætorio idem obtinere: quod sanè Baldus si audiret, multo magis miraretur, stultúmque diceret, si non à nobis dicti nostri ratio aliqua afferretur. Distinguenda hîc sunt tria tempora iuris veteris, iuris prętorij, & iuris noui, ac Iustinianei. Iure veteri fuit eadem hac in re ratio suorum heredum & agnatorum. Nam neque in suis, neque in agnatis erat successio: ita vt si quis tempore delatæ hereditatis suus heres, aliúsve proximus agnatus fuisset, qui tamen hereditatẽ aut retinere sibi, aut acquirere noluisset, nihilo magis sequentes in gradu liberi aut agnati admitterentur, *d. l.* 1. §. *sciẽdum. D. de suis & legit. hered. d. §. placebat.* Ratio erat quia lex duodecim tab.

quæ & suos heredes primùm,& post eos agnatum quemque proximum vocauerat,& sine qua nec liberi, nec agnati,nec alij vlli succedere poterant, de vno tantùm eòque primo gradu loquuta fuerat, nimirum in numero singulari,tam de suo herede,quàm de agnato,his verbis,*si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*,quo singulari numero etsi plures personæ comprehendi possunt,quę sint eiusdem gradus,*d.§.si plures. Instit. de legit. agnat. success.*plures tamen diuersique gradus comprehendi nullo modo possunt. Proinde consumpta per primam delationem tota legis potestate, nihil superesset ex quo sequentes in gradu liberi vel agnati admitti possent, nouáque fuisset opus lege:at iure prætorio diuersa fuit ratio suorum heredum & agnatorum.Nam quod ad agnatos non putauit prætor conuenire æquitati; vt ius ciuile incorrectũ relinqueret,induxitq; inter eos potestatem edicti successorij,non quidem in hereditatibus ex iure ciuili acquirendis, in quo prætoris nulla erat authoritas,cùm heredem facere ipse non posset,*§.quos autem. Inst. de bon.poss.*sed in bonorum possessionibus: vt qui erant exclusi ab omni auxilio iuris ciuilis,adhuc ex iure prætorio admitti possent,at non ex capite Vnde legitimi,quod summopere notandum est,quia sicuti bonorum possessio ex illo capite defertur ad exemplum hereditatis per legem delatæ.Ita & per primam delationem agnato proximo factam tota illius edicti potestas consumitur,quemadmodum & tota potestas legis in deferenda hereditate, sed ex capite Vnde cognati *d.§.placebat.*Cùm enim prætor in deferendis bonorum possessionibus non semel tantùm,vt lex XII.tab.in deferendis hereditatibus, sed sæpius loquutus sit,non tantùm proponẽdo diuersa edicti capita, ex quibus vocari possint gradatim plures personæ diuerso iure,sed etiam inducẽdo edictum successorium,cuius potestate posset vna eadémque persona etiam sibi ipsi succedere in agnoscenda bonorum possessione,non potest dici de toto illo prætoris edicto,quod de lege XII.tab.dicitur,totam ipsius potestatem prima delatione consumptam esse,quandoquidẽ variæ sunt delationes, quarum singulæ singulas edicti partes ex quibus fiunt,consumunt; sed sequentes ex quibus non fiunt,non consumunt.Quod verò ad suos heredes pertinet, id quidem prætores etiam immutarunt,vt si suus heres nolit se immiscere tanquam suus,nec petere bonorum possessionem Vnde liberi, quam è contrario repudiauerit,possit sibi ipsi quoque succedere, & agnoscere bonorum possessionem Vnde legitimi, tanquam agnatus,*l. 2.in princip. D. Vnde legitimi:* & rursus Vnde cognati, tãquam cognatus,*l.4.§.1.D.quis ord.in bon.poss.seruet*, si modò non se abstinuerit expressim ab hereditate,quo casu esset vtique exclusus ab omnibus partibus edicti,sed nunquam fecerunt prætores,vt suo herede se abstinente,nepos in ipsius locum possit succedere,& ad bonorum possessionem agnoscendam admitti siue ex capite Vnde liberi,siue ex capite Vnde agnati,vt proinde quod pertinet ad nepotem cæterósque deinceps à suo herede succedentes,vera manserit regula iuris veteris, & incorrecta, quæ extat in d.*§.sciendum,*Non esse in suis heredibus successionem. Sed cur ita? An quia minùs fauendum fuerit nepotibus, quàm agnatis:aut quid vetabat nepotem ex suo herede,licèt non posset in patris sui locum ita succedere vt fieret suus,admitti tamen ex capite Vnde legitimi,& tanquam agnatum eo saltem casu,quo suus heres non tãtùm repudiasset bonorum possessionem Vnde liberi,sed etiam simpliciter abstinuisset, ita vt verendum non esset ne quà in parte edicti nepos patri suo obiiceretur?Ratio,ni fallor,illa fuit,quòd prętores in deferendis bonorum possessionibus eundem ordinem seruarũt,quem

in deferendis hereditatibus seruauerat lex duodecim tabularum. Incepit enim, vt illa, primùm à successione testati, deinde fecit transitum ad successionem intestati, *l.1. in prin. D. si tabu. testam. null. ext. ab. vnd. liber.* & ab intestato vocauit primùm suos, & eos quos suorum loco habet, id est, emancipatos filios primi gradus, quos sicut pro filiis habet, ita & pro suis heredibus post rescissam emancipationem dicti tit. *de legit. agnat. success. in princ. & §. emancipati autem liberi. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* Deinde post suos vocauit consanguineos, & post consanguineos cæteros agnatos, ex capite Vnde legitimi, quia & omnes legitimi sunt, & eo ordine per legem vocantur; aut saltem per interpretationem ad legem XII. tab. Lex enim de proximo tantùm agnato loquuta, sic accepta fuit à prudentibus, vt consanguinei fratres iure consanguinitatis admitterentur, nec tam quasi agnati, quàm quasi consanguinei, licèt sint etiam agnati *l.1. §. post suos. l.2. in princ. & §.1. D. de suis & legit. & di. tit. de legit. agnat. success. in princ. & §. si plures.* Cùm autem legis XII. tab. verba illa fuerint, quæ suprà retulimus, *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, apparet satis agnati proximi nomine significatum à lege illũ, qui non esset suus heres, cùm nõ aliter vocauerit proximum agnatum, quàm sub illa conditione, *si suus heres nemo esset*, vt proinde verum sit, ne quidem filium primi gradus posse vnquam succedere tanquam agnatum, quia licèt sit agnatus proximus, tum quoque cùm est suus, *d. l. filius 12. D. de suis & legit.* non est tamen ex iis agnatis, de quibus lex sensit, quando agnatos vocauit ad successionem cùm sit suus, nec agnatus quisquam vocetur ad successionem eo casu quo aliquis est suus. Nec ei quicquam prodest quod præter ius & nomen sui heredis habeat etiam nomen agnati proximi, nisi vt si nolit suscipere hereditatem iure ciuili tanquam suus heres, possit adhuc succedere iure prætorio tanquam agnatus, *d. l. 2. in princ. D. vnde legit. d. l. 4. §. 1. D. quis ordo in in bonor. poss. seruet.* sed vt possit tanquam agnatus iure ciuili succedere, casus nullus dari potest, quia cùm aliquis adest suus heres, sicuti cæteros omnes agnatos excludit, vtpote defectos conditione sub qua vocati sunt per legem, ita & excludit se ipsum ex qua parte agnatus est: multò magis excludit filiũ suum, eundémque nepotem patrisfamiliâs, de cuius hereditate agitur, quia nepos ille cùm non possit succedere tanquam suus, multò minùs potest succedere tanquam agnatus proximus, cùm à patre suo anteuertatur non minùs in iure agnationis, quàm in iure suitatis. Rursus cùm lex XII. tab. de suo herede nonnisi in numero singulari loquuta sit, vt suprà monuimus, atque ita vnum duntaxat gradum, non plures designauerit, apparet nullo casu sensisse ipsam de admittendo nepote ex filio tanquam agnato, quoniam vel ponimus superesse filium, qui ipse sit suus heres, & eo casu excluditur per filium nepos ne admitti possit, siue tanquam suus, quia suus non est, siue tanquam agnatus proximus, quia suus alius est; vel præmortuum fuisse filium, aut aliter à patris sui potestate liberatum. Et eo casu cùm nepos sit suus heres auo, idem dici potest, & debet quod diximus de filio suo herede, vt qua ratione cæteros agnatos à ciuili successione excludit, eadẽ seipsum excludat, faciens quippe deficere conditionem sub qua lex vocat agnatos. Illa igitur tantùm dubitatio superesse potest, cur quemadmodum filius ipse suus heres per prætorem admittitur tanquam agnatus postquam repudiauit bonorum possessionem Vnde liberi, quæ ei tanquam suo competebat, ita vt cæteris quoque agnatis & legitimis omnibus obstet, etiã cõsanguineis, *d. l. 2. vnd. legit.* Nõ sic tamẽ nepos

à Prætore admittatur, ne quiddem post patrem: quasi verò pater ei obstet ne sit agnatus, sicut ei obstat ne sit suus. Quod certè nemo bene dixerit. Nō enim sicut suus esse non potest qui proximus non est in linea descēdentiū quòd ad causam succedendi, *l. scripto 7. D. vnd. lib. l. si filiusfam. 33. D. de test. mil.* Ita & dicere possumus, agnatū non esse eum qui proximus non sit. Agnatorū.n. plures gradus sunt, qui omnes æquè sunt agnati, licèt non æquè proximi, cùm tamen suorum heredum plures esse gradus impossibile sit: ideóq; nec sic locuta est, vt dixerit, *si suus heres proximus nemo erit*, sed simpliciter, *si suus heres nemo erit*: & è contrario cùm de agnatis locuta est, nō dixit simpliciter *agnatus familiam habeto*, sed adiecit *proximus*, ne alioqui priore cap. plures suorū heredū gradus absurdè inducere videretur: posteriore verò agnatos omnes etiā qui proximi non essent simul cum proximioribus, nedū post proximiores admittere, quod æquè absurdū fuisset. Quāuis igitur filius obstet nepoti quominus ille sit pximus agnatus, sicut ei obstat ne sit suus cùm tamē ei non obstet ne sit agnatus; semper illa manet dubitatio, cur non admittat prætor hunc agnatum tanquam agnatum, & ex capite Vnde legitimi, saltem post patrem & inter cæteros agnatos qui post patrem sunt primi? Respondendum est quod iam dixi, nepotem hunc, quem pater in iure sui heredis anteuertit, nullo modo, nullóque casu posse admitti ex iure ciuili tanquam agnatum aut legitimum; nō ob id solùm quòd neque suus, neq; agnatus proximus sit (eadē enim ratio locum haberet in excludēdis remotioribus agnatis, quos tamen prætor ex successorio edicto admittit suo ordine) sed ob id maximè quòd nūquam potest esse ex eorum agnatorum numero, quos lex ad successionem vocat: nempe qui nullo casu potest esse proximus agnatus, nisi cùm est suus: quo tamen casu, id est, si sit suus, iam non est ex iis agnatis quos lex vocauit, cùm eos solos vocauerit, quos à suis heredibus distinxit, ac proinde qui sui nō essent. Quod si replices eandem rationem locum habituram in filio primi gradus, qui vtique cùm sit suus, non potest videri per legem vocatus tanquā proximus agnatus, nec eo minùs tamen vocatur à Prætore ex capite Vnde legitimi: Respondebo, ita facere prætorem, quia cùm suum heredem filium admittit ad bonorum possessionem ex capite Vnde legitimi, nullam facit iniuriam cæteris legitimis, adeóque nec consanguineis. Præfert enim illum, qui suo iure omnes eos excludere potuit, siue hereditatem iure ciuili tanquā suus heres possidere, siue bonorum possessionem ex primo capite Vnde liberi agnoscere voluisset: quíque agnoscendo bonorum possessionē ex alio quolibet capite, siue Vnde legitimi, siue Vnde cognati, hoc ipso pro herede gerere videtur, *l. puberem 12. C. de iur. delib.* ita vt non tantùm fiat bonorum possessor, sed etiam appareat suus heres, nec minùs apud Prætorem, quàm iure ciuili. Quis enim pro abstento habeat suum heredem, qui bonorum possessionem agnouerit, etiamsi ex vltima edicti parte prioribus repudiatis? Credibile enim est, quòd non repudiasset bonorum possessionem Vnde liberi, nisi sequentes edicti partes sibi adhuc saluas & integras fore prospexisset. Non ergo habent quod conquerantur agnati de prætore, cùm prætor iis præfert suum heredē tanquam agnatum proximum, tametsi non sit ille ex iis agnatis, quos lex sub agnati proximi nomine vocauit, quia licèt non sit ex eo agnatorū numero, ea tamen persona est, quam eadem lex, si non vocat, saltem admittit ad hereditatem tanquam suum heredem. Et quid, obsecro, agnatorum interest an prætor eum admittat tanquam suum heredem, an verò tanquam agnatum, cùm

talis

talis ille sit qui omnimodo succedere potuerit, & ciuili iure, & prætorio ante agnatos cæteros, & iis quoque inuitis? An fortè ideò minùs agnatus aut legitimus dici potest, quòd hoc ampliùs sit etiam suus? præsertim cùm ex eiusdē prætoris beneficio hoc ipsum habeant agnati, quòd post suos heredes per abstētionē, aut per repudiationē exclusos succedendi ius habēt, quod ex iure ciuili nullum haberent. Quidni enim liceat prætori beneficia sua interpretari, & pro arbitrio quem velit eis modum constituere? At non idem tractari potest circa personam nepotis ex filio suo herede superstite. Cùm enim is nullo modo per legem admittatur, neque tanquam suus, neque tanquam agnatus proximus, quoties à patre suo anteuertitur, faceret prætor iniuriam legitimis, si nepotem hunc tanquam legitimum admitteret etiam post patrem. Legitimus enim dici non potest, quem lex nullo casu admittit, neque tanquā suum, neque tanquam agnatum. Cæteri agnati etiam remotiores possunt tamen esse proximi aliquo casu, etiam suo herede existente: nempe si alij agnati qui eos aliquando præcesserunt, desierint eos præcedere in causa succedēdi, siue per mortem, aut alium casum morti similem, siue per repudiationē. Nā quãuis suus heres, si quis sit, obstet iis ne possint succedere, non ideò tamē obstat, quasi sit ipse proximus agnatus, atque ita impediat ne sint illi proximi agnati, sed obstat iis quia suus est: lex autem non vocauit agnatum, ne quidē proximū, nisi sub ea cōditione *si suus heres nemo esset*. Ideóque si posses aliquē fingere casum, in quo filius primi gradus in defuncti morientis potestate cōstitutus, ex causa tamen aliqua suus heres esse non posset, vt in specie *d.l. scripto vnde lib.* nec nepos quisquam esset, qui ius illud & nomen sui heredis vindicare sibi deberet, non esset dubitandum quin agnatus proximus ex lege XII. tab. admitteretur, nec ei obstaret filius qui non esset suus, tametsi fuisset proximus agnatus, etiam tempore delatæ hereditatis; nimirum quia nec esset, nec vnquam fuisset ex iis agnatis, de quibus lex locuta est: id est, quos à suis heredibus distinxit. Hic enim etsi nec suus heres est, tamē esse potuit, lex autem cùm agnatos proximos vocauit si suus heres nemo esset, de iis agnatis sensit proculdubio, qui non solùm sui non essent, sed neque sui esse vnquam possent, cùm de iis senserit quos vocauit post suos, quique proinde sui fieri nō possent. Præposterum enim esset vt quis agnatus primùm esset, deinde suus: quãdoquidem non alia de causa suus heres agnatus proximus est, quàm quia suus est: ob idque nec dubitari potest quin lex XII. tab. eo agnatorum nomine solos transuersales intellexerit, liberis omnibus, & cuiuscunque gradus ab ea appellatione exclusis, quia omnes eos qui sunt & in potestate, & consequē in numero liberorum, necesse est, vel esse suos heredes, vel esse potuisse. Eadē igitur ratio facit vt suo herede excluso, aut per abstentionem, aut per repudiationem, non possit ex eo nepos admitti tanquam legitimus citra iniuriam cæterorum legitimorum, quos lex solos vocauit, nō hunc nepotem, qui proximus agnatus nunquam esse potuit, nisi tãquam suus: nec rursum suus, quoties eum pater mortis tempore præcessit. Itaque semper ei obstat pater qui suus heres est, non solùm ne possit ipse nepos suus heres esse, sed etiam ne possit dici ex iis esse agnatis, de quibus lex sensit, cùm suo herede existente nullo casu possit esse proximus agnatus. In summa agnatus quidem est, quia coniunctus per masculum, quamuis non proximus, vt diximus, sed non est agnatus eo sensu quo agnati dicuntur in lege XII. tab. cùm non sit ex iis quos lex vocauit, qui sensus est *d.l. scripto*, in his verbis, *qui sine dubio nō est agnatus.*

Denique non est legitimus, id est, à lege vocatus sub nomine agnatorum, sed tantùm sub nomine sui heredis, eo videlicet casu quo suus heres esset, nec à patre, eodémque suo herede anteuerteretur. Mirum igitur non est, si neque prætor vnquam vocet eum ex capite Vnde legitimi, præterquam solo illo casu, quo sit suus, patre nimirum prædefuncto. Tunc enim cùm sit à lege vocatus, aut saltem admissus tanquam suus, non dubito, quin si repudiauerit bonorum possessionem Vnde liberi, possit succedere sibi ipsi, & à Prætore admitti Vnde legitimi, etiam ante legitimos cæteros, sicut & pater ipsius si viueret, suúsque heres esset, admitteretur. Idque probatur non malè ex *d.l.2.D. vnde legit.* quæ non de filiis primi gradus, sed de suis heredibus loquitur, cùm ait posse illos succedere Vnde legitimi, si repudiauerint bonorum possessionem Vnde liberi. Ideóque nimirum sic conceptus est à prætore titulus ille edicti Vnde legitimi, non Vnde agnati, quia non tam agnationis, quàm legis rationem in eo edicto habet Prætor, vt verba illa edicti ostendunt, quæ posita sunt in l.1.eod. *tum quem ei heredem esse oporteret*, scilicet ex lege XII.tab. lex autem non agnatos quoslibet ad successionem vocat, sed eos tantùm qui vel sint sui, & hos sub nomine sui heredis, vel eos qui nec sint, nec vnquã potuerint esse sui: hoc est, qui nunquam fuerint in potestate, id est ex latere agnatos, & illos sub nomine proximi agnati. Sanè tum quoque cùm filius suus heres fuit, si se abstinuerit, non dubito quin nepos ex eo possit admitti post legitimos omnes ex capite Vnde cognati, tanquam cognatus. Nec enim negari potest quin cognatus sit, vt saltem post agnatos omnes cum cognatis admittatur: nec quæ ratio facit vt nepos ex filio in potestate superstite non possit admitti ex capite Vnde legitimi, quamuis sit agnatus, nimirum quia legitimus non est, eadem facit vt non possit admitti tanquam cognatus, cùm in edicto Vnde cognati nihil aliud intueatur prætor nisi ius cognationis, non legem vllam, siue XII.tab. siue aliam, quia nec vlla erat quæ cognatos ab agnatis distinctos agnosceret, ob idque pars illa edicti meram prætoris indulgentiam continere dicitur in *l.1.D. vnde cognat.* Et hæc quidem de iuris prætorij sententia & ratione dixisse sufficiet. Iure autem Iustinianeo, de quo nobis tertio loco dicendum proposuimus, immutatum quidem fuit ius & vetus & prætorium, quod obtinebat in agnatis & legitimis, sed non illud, similiter quod obtinebat in suis. Fecit enim Iustinianus vt in agnatis non minus sit successio iure etiam ciuili, quàm sit in cognatis iure prætorio, *d.§.placebat*: id est, vt quẽadmodum iure prætorio cognati posteriores habent beneficium edicti successorij, vt prioribus repudiantibus bonorum possess. Vnde cognati, posteriores ex eodem capite admittantur, nec per primam delationem tota illius edicti potestas cõsumpta intelligatur, sed per solam acquisitionẽ, siue postea sequatur abstentio per in integrum restitutionem, siue non, *l.vlt. D. de success. edict.* Ita & proximis agnatis hereditatem iure ciuili repudiantibus remotiores admittantur, non solùm iure prætorio, vt antea, sed etiam iure ciuili: neq; tanquam cognati, aut ex ordine cognatorum, vt iure prætorio, sed tanquam agnati, & ex ordine agnatorum: quasi non cõsumpta per primam delationem potestate legis quæ hereditatem iis defert, sed ita demum consumenda, si proximo agnato hereditas per aditionem acquiratur. Tũc enim, id est, si proximus agnatus hereditatem adierit, dubitandum non est quin & legis veteris duodecim tab. & constitutionis Iustinianeę tota potestas consumatur, ita vt etiamsi postea in integrũ restitutione ob auxilium ętatis impetratę, velit eam

hered-

hereditatem omittere,non eo magis tamen sequentes agnati possint admitti tanquam agnati & ex capite agnatorũ, sed tantùm ex ordine cognatorum & iure prętorio per edicti successorij potestatem. Hoc autem addo,ne quis putet fieri debere hoc casu bona vacantia,& fisco deferri,vt in specie d.l.vlt. Ibi enim ideò locus aperitur fisco,quia consumpta per acquisitionem bonorum possessionis tota potestate edicti Vnde cognati, nullum aliud edictum superest,ex quo sequentes cognati admitti possint. At etiam post cõsumptam partem edicti Vnde legitimi,totámque vim & potestatem legis XII. tab. & constitutionis Iustinianeæ superest adhuc vltimum caput edicti Vnde cognati, ex quo potest eos prętor admittere,atque ita nulla necessitas est vt ad fiscum bona deferantur,quandiu alię supersunt personæ,quibus deferri possint, *d.l.1. §.qui semel.de success.edict.l.2.§.vlt.D.ad SC.Tertyl.l.habere licere.57. D. de euict.* Nam & inde etiam est quod in pręcedẽtibus disputauimus, potestatem edicti Vnd cognati non extingui per primam delationem,sed tantùm per acquisitionem *d.l.1.§.sed videndum,* in illis verbis, *& post hos suo ordine ex illa parte vnde proximi cognati vocantur,iunct.d.l.vlt.de success.edict.* In prioribus verò edicti partibus Vnde liberi & Vnde legitimi aliud esse,nec vnquam duplicem fieri delationem ex edicto Vnde legitimi, *d.§.placebat*, vt neque ex edicto Vnde liberi, *l.1.§.si quis filium.l.si quis ex his.§.in princ.& §.1.D. vnde liberi*, excepto casu vnico & singulari *d.l.si quis.§.vlt.* id est, cùm filius emancipatus,ex quo superest etiam nepos,noluit petere bonorum possessionem Vnde liberi,aut ab ea petenda tempore exclusus est, quo casu perinde sunt integra omnia nepoti,acsi filius non fuisset,vt ibi Pomponius ait; id est, perinde nepoti defertur bonorum possessio Vnde liberi,acsi ipsi filio nunquam delata fuisset,ratione illa quam suprà attulimus,quòd alioqui nulla superesset ratio admittendi huius nepotis ante legitimos, cùm tamen sit ex liberis, ac proinde talis,qui licèt non non sit legitimus, quia est emancipatus, rescissa tamen emãcipatione per prætorem,reperitur in numero eorùm qui suorum heredum iure censentur,ac proinde qui etiam legitimis præferri debent.Nec æquum est ei obstare patrem qui non vult vti iure suo,& qui tamen ei obstaret, si in potestate fuisset mortis tempore,quoniam qui in potestate est, cùm ipso iure suus heres sit,habet ius acquisitum,tametsi malit abstinere, perinde ac si abstineret per in integrum restitutionem post agnitam bonorum possessionem,vt in specie *d.l.vlt.de success.edict.* Emancipatus autem cui prætor defert Vnde liberi,nullum ius habet acquisitum,sed acquirendum , quod totũ euanescit per repudiationem. Eáque differentia filij in potestate & emancipati,vt filius in potestate non minùs obstet nepóti iure prætorio in bonorum possessione Vnde liberi,quàm iure ciuili in iure sui heredis,emancipatus verò non aliter obstet filio suo siue in potestate retento,siue emancipato, quàm si petierit ipse bonorum possessionem Vnde liberi , adhuc hodie durat , neque sublata est per Iustiniani cõstitutiones,nõ per illam de qua nunc loquimur, & cuius mentio fit in *d.§.placebat*, quæ,vt diximus,de agnatis tantùm loquitur,non etiam de suis,quorum longè dissimilis causa est , non ob id solùm quòd ratio,quam Iustinianus sumit ex onere tutelę quę agnatis successiuè defertur ad suos heredes , accommodari nequeat , sed ob id etiam,quòd in persona agnati proximi,cui lex defert hereditatem,vt eam adire possit, si velit,nullum est ius adhuc acquisitum , quod proinde impediatur acquiri sequẽtibus agnatis,quomodo iam acquisitum est in persona sui heredis , qui

quantumuis abstineat facere, tamen non potest quin & iure ciuili heres maneat, *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suis D. de fideic. libert.* & à prętore quoq; heredis loco habeatur in omnibus; prætérquàm quod ad hoc, ne à creditoribus conueniri possit, tametsi summo iure ijs teneatur, *l. necessarijs 57. D. de acquir. hered. iunct. l. ita tamen 27. § si pater D. ad S. C. Trebell.* Nec rursũ per aliã Iustiniani constitutionem quæ extat *Nouell. 118 De hered. ab intest. venient* quia licèt Iustinianus tollat eo loco differentias omnes suitatis & emancipationis, itemque agnationis, & cognationis, quantum ad causam succedendi, non vsque adeò tamen confundit omnia, vt quisquis hodiè suus est, possit dici emãcipatus, aut cõtrà: neque vt emancipatus, cùm ab intestato succedit, succedat tanquam suus, aut suus tanquam emãcipatus (quæ fœdissima esset nominũ, rerũnque & personarum confusio, quam nec Iustinianus ipse pati potest in *l. vlt. C. de legit. tutel.*) sed hoc tantùm Iustinianus constituit, vt emancipati, qui olim erant omnino incogniti iure ciuili, nec poterant succedere nisi ex beneficio prætoris, *§ emancipati autem. Instit. de heredit. quæ ab intest. defer. & d. l. vlt. C. vnd. liber.* possint hodie succedere iure ciuili, & ex Imperatoriæ constitutionis autoritate, nec indigeant auxilio prætoris, vt olim. Quæ res facit vt non sint hodie coniungendi cum emancipato liberi eius, quomodo coniungebantur olim ex edicto *De coniung. cum emancip. lib. eius*, quia nec coniunguntur cum suo herede, qui & iure suo succedit, & filium suum in causa successionis anteuertit. Cæterum illa semper differentia manet inter suum & emancipatum, quod qui suus heres est, nõ minùs ipso iure heres reperitur, quàm olim; ideóque & ignorans fit heres, & paternam hereditatem transmittit ad heredes quoscumque, *l. apud hostes 9. C. de legit. hered. l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* Nec enim suorum heredum iura Iustinianus imminuit, sed emancipatorùm auxit: emancipatus verò succedit quidem hodie iure ciuili simul cum suis, si modò sit in eodem gradu, nec minùs quàm si suus esset; at non succedit tanquam suus, sed tanquam filius licèt emancipatus; ideóque indiget aditione vt fiat heres, neç si ante aditionem decedat, transmittit hereditatem ad quoscumque, sed tantùm ad descendentes, idque non ex supradicta Iustiniani Nouella, sed ex constitutione Theodosij *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Fuit enim hoc vnum Iustiniani propositum, vt emancipatos simul cum suis vocaret ad hereditatem parentum; at non etiam vt faceret eos & suos, & necessarios heredes iure ciuili. Quę constitutio fecit quidem minùs necessarium vsum bonorum possessionis, prætérquàm in certis casibus, in quibus hodiè nõ minùs necessarius est q̃ olim, sed non ideo sustulit, quod malè quidã putauerunt, omnes omnino bonorum possessiones nec iura per prætorem veterémque illam iurisprudentiam tam diligenter & accuratè constituta. Ideóque dicendum est, etiam hodiè suum heredem filium superstitem obstaturum nepoti in aui hereditate, non etiam emancipatum, qui neque iure ciuili succedere voluerit, neque bonorum possessionem iure prætorio petierit. Proinde etiam hodiè necessaria erit huic nepoti ex filio emancipato bonorum possessio Vnde liberi, si ad aui successionẽ peruenire velit. Nec enim Iustinianus edicti successorij potestatem vel auxit vel transtulit ad hereditates, *d. Nouell. 118.* vbi nullum verbũ de successione, nisi vt si filius moriatur ante patrẽ, nepos in locũ ipsius succedat, quod olim tàm in suis heredibus iure ciuili, quàm in emancipatis iure prætorio obtinebat, *§ cùm filius Instit. de heredit. quæ ab intest. defer. l. 1. §. 1. D. de bonor. poss. cõtr. tabul.*

tabul. vbi dicitur, vocari liberos ad bonorum possessionem eo iure eóque ordine, quo vocantur ad successionem iure ciuili, vt appareat numquam admitti nepotem post patrem ne quidem iure prætorio, quoties pater ipse successit siue ciuili tantùm, siue prætorio tantùm, siue vtroque iure successerit. Non est igitur, quòd cum Accursio & Bartolo dicamus legem *vlt. C. vnd. liber.* correctam esse à Iustiniano in *d. § placebat.* Multo minùs verò per *d. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* quę cùm sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani non potuit corrigere posterioris Imperatoris legem, siue Cõstãtij, vt putat Cuiacius, siue Constantini esse velis dictam legem vltimam. Apparet autem ex superioribus, quid sibi Imperatores velint in *d. l. defunctis*: nimirum si sui heredes extent, qui tamen abstineant, posse fratrem defuncti succedere iure cõsanguinitatis, non quidem iure ciuili, cùm neque in suis, neque in agnatis sit successio, siue rigorem, siue æquitatem iuris ciuilis spectes (id enim est quod ait *l. 2. C. vnd. liber.* filio vel nepote suo herede existente neminem posse ab intestato heredem existere) sed iure prætorio & ex capite Vnde legitimi, propter edicti successorij potestatem. Non enim obstat legitimis suus heres qui se abstinet, quomodo obstat is qui duntaxat repudiat bonorum possessionẽ Vnde liberi *d. l. 2. D. vnd. liber. legit.* quia longè plus est se abstinere, quàm vnã aut alteram bonorum possessionem repudiare, cùm is qui se abstinet, omnes simul repudiet, quarum scilicet aliquam vel vltimam si agnosceret, hoc ipso pro herede gerere videretur, *l. puberem 12 C. de iur. delib. l. si filius 12. D. de interrog. action.* Cùm autem lex generaliter & indistinctè dicat, Suis heredibus extantibus & abstinentibus fratrem consanguineum succedere iure consanguinitatis, ego id generaliter quoque intelligo, id est, etiamsi ex suo herede qui se abstinuit, supersit nepos. Alioqui debuerat addi exceptio, quam supplent ij qui nepotem ex successorio edicto admittendum putãt, *si nulli sint ex suo herede liberi*, quod tamen Imperatores nec addunt, nec prætermittere debuerunt, si addendũ erat. Cur verò suis heredibus abstinentibus frater consanguineus succedat, adeóque nepoti præferatur? ratio non alia quærenda est, quàm quæ à nobis allata fuit, quòd quantum ad suos & legitimos attinet, & eo iure & ordine vocentur illi à prætore, quo vocantur ex iure ciuili, *d. l. 1. §. 1. De con. tabul.* Iure autem ciuili numquam nepos vocatur post patrem, neque tanquã suus: neque tanquam legitimus. Sed post suos vocantur consanguinei, & post cõsanguineos cæteri agnati *l. 1. §. post suos l. 2. in princip. D. de suis & legit.* Quoties ergo nepos neque suus est, neque sui heredis loco, quod contingit quoties pater eum anteuertit, & ante ipsum succedit siue iure ciuili, siue prætorio, nullæ nepotis partes sunt in succedendo, locumq; consanguineo fieri ex iure prætorio necesse est. At illud difficilius videtur quod lex addit, *vel repudiantibus hereditatem*, cùm sui heredes non dicãtur repudiare, sed se abstinere, vt nec adire, sed se immiscere. Verùm responderi potest, Suos heredes posse etiã repudiare non quidem hereditatem, quę iam ipso iure ijs acquisita sit, sed bonorum possessionem quæ à prętore sic ijs defertur, vt tamen nec ignorãtibus, nec inuitis acquiratur, *d. l. 2. D. vnd. legit.* Non enim sicut ius ciuile facit filiũ patri suum heredem & necessarium, ita & prętor facit ipsum suum & necessarium possessorem. Tãtum siquidem abest vt prætor vllos faciat necessarios bonorum possessores, vt è cõtrario ijs qui iure ciuili heredes necessarij sunt, vltrò indulgeat beneficium abstentionis aut separationis *d. l necessarijs 57. D. de acq. hered. l. 1. §. vlt. D. de separat.* Ergo quod lex ait *repudiãtibus hereditatẽ,*

minus propriè dictum videri debet pro bonorum possessione. Sed tamen id factum est, vt puto, per occasionem præcedentis verbi *abstinentibus*. Nõ enim dicitur suus heres abstinere bonorum possessione, sed hereditate, quia hereditatis non bonorũ possessionis nomen est ex iure ciuili, ex quo etiam est nomẽ & ius sui heredis. Facilius autem fuit & tolerabilius vt hereditatis nomẽ pro vtroque acciperetur, id est, & pro hereditate, & pro bonorum possessione, vt in *l. hereditatis* 138. *de verbor. signific.* quàm nomẽ bonorum possessionis, quia & nomen & ius bonorum possessionis inductum est ad exemplum & subsidium hereditatis, non contrà *l. 1. 2. & 3. D. de bonor. poss.* Cur verò suus heres qui etiam post abstentionem remanet heres ipso iure non obstat fratri consanguineo defuncti, quemadmodum obstat nepoti? nempe quia cùm prætor induxerit ius bonorum possessionis vt faciliùs induceret defuncto successorem, qui creditoribus hereditarijs responderet *l. 1. De success. edict.* nec pro herede habeat suum heredem qui se abstinuit, quantum ad hoc vt hereditarijs creditoribus respondere teneatur, *d. l. necessarys. & d. l. si filius.* Consequens est vt eodem iure & ordine deferat successionem fratri, quo deferret, si suus heres nullus esset, dummodo repudiauerit ille bonorum possessionem, non tantùm ex capite Vnde liberi, sed absolutè, id est, etiam ex capite Vnde legitimi. Sic enim accipiendũ est quod de repudiatione scribitur in *d. l. defunctis. Ex d. l. 2. D. vnd. legit.* alioqui non iure consanguinitatis, vt lex ait, admittẽdus esset frater, sed ex ordine cognatorum, vt loquitur Iustin. in *d. §. placebat.* consumpta scilicet tota potestate edicti ex capite Vnde legitimi per delationem quæ suo heredi ex illo ipso capite per prætorem facta esset, vt suprà explicauimus. Ille vnicus superest scrupulus, quod cùm *d. l. defunctis*, posita sit sub tit. *De legit. hered.* durum videtur eam intelligere de prætoria tantùm, non etiam de ciuili & legitima successione. Est enim etiam in Codice separatus tractatus De bonorum possessionibus ab illo De legitimis successionibus, nec facilè per huiusmodi interpretationes confundi earum iura debent. Nec sanè dissimulo durum id mihi semper visum fuisse, etsi non soleo tam exactam verborum proprietatem in rescriptis Imperatorum requirere, quàm in respõsis prudentum perpetuam obseruo, præsertim verò in rescriptis Imperatorũ posteriorum, quibus familiare est à Gordiano ad Iustinianum vsque valdè impropriè loqui, vt & in proposito factũ est à Gordiano, qui tractans de suo herede in *l. 2. eo. tit.* nihilominus ponit repudiatam ab eo patris hereditatẽ, & à Iustin. in *l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.* vbi scribit in hæc verba, *si quis suus recusauerit paternam hereditatem, deinde malueris eam adire*, & postea, *adire hereditatem & suam abdicationem reuocare.* Sed neque illud possum concoquere quod initio legis scriptum est, *Defunctis suis extantibus heredibus*: quomodo enim possint ista simul stare, vt sui heredes & defuncti sint & extent? Sciò poni à nostris virgulam post dictionem *defunctis*, quasi ea dictione non tam sui heredes, de quibus postea loquitur, quàm illi significentur, quibus succedere frater consanguineus potest. Quod si ita est, ponunt igitur agi ea in lege de plurium personarum successionibus, quæ vni tantùm deferantur. At hoc ipsum adhuc durius mihi videtur. Est enim conuenientius, vt vni personæ plures qui eiusdem gradus sint, simul & immediatè succedant, quàm vt vnus pluribus, cùm vix fieri queat vt plures habeant immediatè vnum eundémq; heredem, nisi ponas decessisse illos in eadem naui, aut eadem oppressos ruina, quod tamen rarius est, quàm vt ad hunc casum coarctari debeat rescriptum

Impe-

Imperatorũ. Scribendũ itaq; erat, *defuncto* non *defunctis*. Quare probabilius existimo dici posse locum esse corruptum,& ita emẽdãdum, vt legamus *Defunctis suis,vel extantibus heredibus*. Voluerunt enim Imperatores cõprehẽdere omnes casus in quibus frater fratri succedere potest ab intestato,etiamsi defunctus liberos habuerit. Primus casus est, si sui heredes illi defuncti sint antequàm extarent & apparerẽt heredes; id est,aut viuo adhuc patre, aũt eo quidem mortuo, sed priusquàm certum esset decessisse illũ intestatum, vt in specie *d.l.1. § videndum & l.2.§ penult. De suis & legit.* Secundus est,si extent quidem heredes, sed abstineant se ab hereditate,vt in *l. cùm hereditate 55. & seqq. D.de acq.hered.* Tertius,si non abstineant se sollenni illa abstentione,sed repudient bonorum possessionem simpliciter & indistinctè,vt in *d.l. 1. § qui semel.de success.edict.* Primo casu succedit fratri frater cõsanguineus,nec prætorio tantùm iure,sed etiam ciuili, *d.l.1.§.post suos & d.l.2.in princip.* D. *de suis & legit.* Posterioribus verò duobus casibus, cùm non possit frater succedere iure ciuili,necesse est vt succedat iure prætorio *d.l.2.Vnd.legit.* Apposite igitur & accõmodatè Imperatores cùm eam speciẽ tractarent, in qua posset locus esse vtriq; successioni, & ciuili & prætoriæ,vsi sunt verbo *succedẽdi*,quod ad vtramque successionis speciem aptari potest. Nam & in aliis plerisque eiusdem tituli legibus de vtraque successione agitur, & ciuili & prætoria, vt in *l.1.3.4.5.7.8.& 11. eod.* Nec quod lex ait,fratrem hunc fratri succedere iure consanguinitatis,facere debet, vt intelligamus eum succedere iure legitimo & ciuili tantùm. Nihil enim vetat quem succedere & consanguinitatis & agnationis iure,tametsi succedat petita bonorũ possessione,vt *in l.1. & l. si his 8.C.de legit.hered.* Nimirum si succedat aut ex capite Vnde legitimi, aut etiã ex sequenti quidem capite Vnde cognati, sed tanquam legitimus,vt in *d.§. placebat.iunct.d.l.1.§.sed videndum.D.de success.edict.* Minùs autem bona est argumentatio Baldi scribentis *ad l.vlt. C.vnd. liber.* sicut frater fratri succedit iure agnationis,etiam suis extantibus heredibus, ita & admittendum esse vt possit nepos ex filio succedere tanquam agnatus. Plus enim iuris hac in re habet frater quàm nepos,non quòd sit proximior,aut fauorabilior, aut quòd nepos etiam agnatus non sit, sed quia nemo potest aut ex lege duodecim tabularum succedere,aut ex iure prætorio Vnde legitimi, ob id solùm quòd agnatus sit,si non sit etiã legitimus successor; Nepos autẽ ex suo herede,licèt agnatus sit,non tamen est legitimus,quia nõ alius vocatur per legem, quàm qui sit vel suus,vel extra lineam suorum heredũ proximus agnatus: quorum neutrum potest dici de nepote quẽ filius in potestate anteuertit *l.scripto 7.D.vnd.liber.* At frater fratri agnatus proximus est,& ex iis agnatis,de quibus lex locuta est, quia nec est,nec vnquam potuit esse suus.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS TRIGESIMA.

ERROR PRIMVS.

De distinctione Bartoli, An filia per statutum exclusa sit extantibus masculis vel agnatis, an vero quoadusque masculi vel agnati supererunt.

ADHIBET hanc distinctionem Bartolus ad *l. vlt. §. quando in pendenti num. 2. in fin. D. ad SC. Tertyll.* & sequitur Baldus ad *l. si quis filium 34. num. 7. C. de inoff. test.* An statutum excludens fœminas fauore masculorum, aut agnatorum ita conceptum sit, *quandiu masculi vel agnati supererunt*, aut per dictionem *donec*, aut *quoadusque*: an verò per ablatiuos illos absolutos, qui sunt in hanc rem familiares, *extantibus masculis* vel *agnatis*. Priore casu vult Bartolus exclusionem fœminarum esse temporalem, nec durare nisi quandiu durét masculi vel agnati, ita vt si post aditam à masculis vel agnatis hereditatem eos deficere contingat, fœminæ quæ in id vsque tempus fuerant exclusæ, exinde possint heredes esse ab intestato pro ea ipsa parte quam ex iure cõmuni habituræ fuerant, si per masculos exclusæ non fuissent. Posteriore verò casu vult exclusionem esse perpetuam, adeò vt semel adita per masculos hereditate, quanuis postea ij omnes moriantur, superstitibus fœminis, nihilo magis fœminæ admitti possint: propterea quòd ablatiui absoluti non tam tempus, quàm conditionem includant, quæ vbi semel extitit & impleta est, non possit effectum suum perpetuum non habere: quod non similiter dici potest de dictionibus illis *quandiu, donec, quoadusque*, quæ sensum & effectum habent non suspensiuum, sed tamen limitatum tempore, quanuis incerto. Idque probat Bart. ex *l. 1. §. vlt. D. de ventr. in poss. mitt. l. siue manifestus 10. §. tam diu. D. de condict. furt. l. in delictis 4. §. si extraneus. D. de noxal. action. l. 1. D. de curat. furios. l. pater Seuerianam 101. in princ. D. de condict. & demonstr. l. 1. C. de legat. 1 l. Caio 13. §. Imperator. de alim. & cibar. legat. l. ambiguitatem 2. resp. C. de vsufr.* in quibus omnibus locis varia exempla proponuntur de vi & potestate

huius-

huiusmodi dictionum *quandiu, donec, quoadusque*, quòd habeant eam vim vt inducant effectum limitatum, nõ perpetuum, siue à lege, siue à testatore, siue à contrahentibus proferantur. Ac quoniam videt Bartolus hunc distinctioni valdè obstare quod Paulus scribit in *l. Imperatores 52. D. de manum. testam.* Libertate his verbis adscripta, *Stephanum seruum meum liberum esse iubeo, Sic tamen vt cum herede meo sit quoadusque iuuenis sit. Quod si noluerit, aut contēpserit, iure seruitutis teneatur*, libertatem ex prioribus quidem verbis competere ipso iure, sed si seruus liber factus nolit parere volūtati, & cum testatoris herede manere, non esse tamen posteriora verba ab reuocandam libertatem quæ iam competit, efficacia, nec si à milite prolata proponantur, multóque magis idem in paganorum testamentis obseruandum esse: Respondet ille, ita Paulum in ea specie respondisse, quia testator libertatem ad tempus dare non potest, vt scriptum est in *l. libertas ad tempus 33. eod. tit.* quæ est ex eiusdē Pauli eodem libro. Ideò inquit Bartolus mirum non est illa verba non operari extinctionem libertatis, quia neque expressè posset testator hoc facere, vt libertas, quæ semel competiisset, extingueretur. At rursum quia videt non minùs de hereditate quàm de libertate dici verè, quòd ad tempus dari non possit *l. hereditas 34 D. de hered. instit.* Subiungit, Non posse quidem dari hereditatem ad tempus ab homine siue in testamento, siue in contractu, sed posse tamen dari à lege sicut & à milite, *l. miles ita 41. D. de testam. milit.* Hîc autem tractare nos de lege, cùm tractemus de statuto quod legis vim & potestatem habet. Ex quibus Bartoli verbis apparet, non alia ratione moueri Bartolum, vt hanc distinctionē inducat q̃ quia putat hereditatē posse per statutū dari ad tēpus. Atqui probauimus in præcedentib. maximè in Error. 1. *Dec. 27.* non posse statutū hoc facere, vt quis heres sit, vel ex tempore, vel ad tēpus, quia ne quidem per legem hoc fieri posset, licèt posset fieri à milite in testamento, nō etiam in causa intestati; de qua tamen sola nunc tractamus. Ergo vel ex ipsa Bartoli traditione consequens est, vt quemadmodū verba illa *quandiu, donec, quoadusque*, & similia non habent eam significationem vt inducant effectū temporalem in illis, quæ ad tempus dari vel fieri non possunt, puta in causa libertatis, vt probatur ex *d. l. Imperatores*: Ita nec possint inducere exclusionē fœminarum temporalem, quandiu duntaxat masculi superfuerunt, quia hereditas masculis semel acquisita non potest fieri vt non ipsis in perpetuum acquiratur: ac proinde nec illud fieri potest vt nō in perpetuū fœminę excludātur. Etsi enim antequàm hereditas masculis acquisita sit, solū statutū illud est quod fœminas excludit, & impedit ne ad successionē admittantur, vbi tamē semel acquisita masculis cœpit esse hereditas, exclusis per statutum fœminis, nō tam statutum obstat fœminis in futurum ne possint succedere, quàm acquisitio ipsa hereditatis. Neque enim hereditas iā ex asse acquisita, aliis iterū acquiri vnquam potest, ne alterutrum euenire necesse sit, vt vel plures in solidum heredes inducantur contra *l. de hereditate 19. § pater D. de castren. pecul. l. quod contra 141. § vni duo. D. de regul. iur.* vel hereditas masculis ad tempus dūtaxat acquisita videatur, quod pugnaret cum *d. l. hereditas 34. D. de hered. instit.* Sicut igitur hereditatis acquisitio non est tēporalis in personis masculorum, ita neque temporalis potest esse exclusio in personis fœminarum: qualis enim acquisitio est ex vna parte, talem quoque ex alia parte exclusionem esse necesse est, quæ ex acquisitione necessariò inducitur. Proinde concludamus nihil planę interesse an statutum excludat fœminas per illa verba, etiā omnia

si voles simul iūcta, *donec, quādiu, & quoadusque, masculi vel agnati supererūt*, an verò per ablatiuos illos absolutos *extantibus masculis vel agnatis*. Vtroq; enim casu verū est solos masculos ad successionem admitti, non tāquam proximiores, sed propter fœminarum exclusionem statuto inductam: posteà verò quàm hereditas patris fuit agnita per filium, iam cœpit esse hereditas filij, vt Bartolus loquitur, aut potiùs vt loqui debuit, iam cœpit esse patrimonium filij. Vnde fit vt eodem filio postea moriēte non alius possit habere hereditatē patris, quàm qui habiturus est hereditatem filij cùm vtraq; sit iuncta *l. sed si plures* 10. § *filio*. *D. de vulg. & pupill. subsstit.* & sic de patris hereditate non est ampliùs tractandum, sed tantùm de hereditate filij. Atqui ponimus, non fœminas quæ à patris successione exclusæ fuerint, sed alias personas in filij hereditate succedēte. Fieri ergo nequit vt patris hereditas post mortem masculi ad fœminas, quæ semel exclusæ fuerunt, reuertatur, ad quas ipsius filij hereditas non venit. In eóque sanè Bartolus errauit. Sed & in eo, quod priusquàm ad hāc distinctionem accedat, præsupponit pro vero: cùm ita conceptum est statutum, *donec, & quoadusque masculus superuixerit, fœmina non succedat*, masculum videri ad successionem inuitatum & vocatū quoadusque superuixerit. Quod certè falsum est. Siue enim masculi positi sint in conditione per ablatiuos absolutos, siue per verba illa, *quandiu, donec, quousq; & quoadusque*, numquam debent haberi pro vocatis per statutum, sed tantùm videtur ijs reseruatum ius antiquū legis XII. tabularū, vt disputauimus & probauimus suo loco. Numquam enim conditionalia verba disponunt, ne quidem in specie *l. si ita stipulatio* 39. *D. de oper. libert.* qui tamē locus omnium apertissimus esse creditur ad probandum illa etiam quæ in conditione tātùm posita sunt, in dispositione quoque posita intelligi. Si enim stipulatio ibi interposita proponebatur, *Si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes.* Quibus verbis apparet quod & in ea lege Paulus fatetur, operas nullas promissas fuisse, sed tantummodò positas in conditione. Et tamen vt eadem lex ait, sic prætor sentit vt solæ operę promissæ videantur. Sed respondeo id fieri, non quòd operarum promissio possit dici facta per verba conditionalia, alioqui falsum esset quod lex ait, operas in ea specie promissas non fuisse, sed quia debent fingi promissæ; & promissas prætor fingit, ne patronus omnimodo excludatur, qui alioquin ex supradicta stipulatione, neque pecuniam promissā posset petere, tanquam quæ libertatis onerandæ gratia promissa esset, neque operas, quæ reuera ꝓmissæ nō essent, & ita omnino excluderetur; quē tamē apparet non esse excludendum, cùm sibi prospicere voluerit per supradictam stipulationem. Præter id verò, quod æquissimum est, sic prætorem agere, vt patronus non omnimodo excludatur, qui tantum beneficium contulit in libertum, illa etiam ratio facit vt fingēdum potiùs sit promissas fuisse operas, tametsi promissæ non fuerint, quòd naturā debentur, tum quoque cùm promissæ non sint adeò vt nec possint cōdici tanquam indebitæ, si solutæ fuerint quasi promissæ, cùm non essent, nimirum si officiales operæ sint, & (vt vulgò vocant) obsequiales, non etiam si fabriles & artificiales, *l. si non sortem* 26. § *libertus. D. de condict. indeb.* At in specie quam nunc tractamus nihil tale aut simile est. Nam positis masculis in conditione, licèt non fingas eos vocatos esse, vt nec re vera vocati sunt, nihil tamen ex eo absurdi aut incommodi sequetur, quià non ideò à successione excludentur, cùm sufficiat per eam conditionem fuisse iis conseruatum ius antiquum & commune, vt ex eo possint

succedere: siquidem etiamsi per statutum verbis expressis vocati essent, adhuc tamen possent omisso ac repudiato iure nouo, id est beneficio statuti succedere ex iure vetere & communi legis duodecim tabularum, *l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Porrò cùm succedunt ex iure communi, nemo dixerit eos succedere ad tẽpus, quia etiam admisso eo quod vult Bartolus, & nos negamus, Posse fieri per statutum & per legem, vt quis sit heres ex tempore & ad tempus, præsertim ab intestato: illud tamen Bartolum nobis vltrò concedere necesse est, non eam esse iuris communis dispositionem, vt hereditates siue testamentariæ, siue legitimæ ex tempore aut ad tempus deferantur, *d. l. hereditas.* Cùm ergo in proposita specie masculi non succedant ex statuto, sed ex iure communi, planè consequens est, vt semel heredes facti remaneant in perpetuum heredes, nec vnquam esse desinant, vt & in *l. eis qui solnendo 88. D. de hered. instit. l. ait prætor 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor.* Quo admisso, illud quoque fateri oportet, fœminarum exclusionem perpetuam esse, non temporalem, cùm fieri nequeat vt sint illæ heredes, vel ex ipsis verbis statuti, quandiu hereditas fuit & remanet masculis acquisita. Nec video quid pro Bartolo responderi possit, nisi illud fortè quod nemo hucusque dixit, Statutũ ponens masculos in conditione exclusionis fœminarum ita inuitare masculos ad hereditatem ex priuilegio, vt iis auferat beneficium iuris communis: quod tamen est omnino improbabile, cùm huiusmodi statuta non fiant nisi fauore masculorum, & vt eo magis, non vt eo minùs admittantur, arg. *l. 3. §. si emancipatus 1. D. de bono. possess. cont. tab.* Neque enim existimandum est iuris communis beneficium ei auferri, cui nouum priuilegium datur. Cæterùm si errat Bartolus, vt errat proculdubio, cùm putat exclusionem fœminarum esse temporalem si statutum excludat fœminas quoadusque masculi superuixerint, quanto grauiùs errant pragmatici, qui putant idem dicendum esse tũ quoque cùm excluditur filia per iuratam renuntiationem fauore masculorũ, & quandiu masculi supererunt? Sentiunt enim isti non solùm contra iuris rationem, sed etiam cõtra Bartolũ, qui supradicto loco non dubitat quin hereditas ab homine dari ad tempus non possit, id est, ne quidem à testatore, prçterquàm à milite; quanto minus ergo dari poterit per pactum, cùm hereditas pacto dari non possit, sed tantùm testamento? *l. hereditas S.C. de pact. cõuent. tam sup. dot.* At omnium grauissimè errant, & contra doctrinam Bartoli peccant, qui existimant ad inducendam temporalem filiæ exclusionem, siue per statutum, siue per pactum sufficere vt exclusa sit filia fauore masculorũ: quasi hoc ipso appareat satis non esse filiam exclusam, nisi quoadusque masculi supererunt. Annon enim etiam fauore masculorum excluditur filia quam statutum vel pactum excludit per ablatiuos illos absolutos *extantibus masculis*; Et tamen non dubitat Bartolus quin ea exclusio perpetua sit, nõ temporalis. Ergo vt tẽporalis dici possit, nõ sufficit quòd appareat factá eam esse fauore masculorum, sed illud prætereà omnimodò requiritur vt facta sit præcisè ac formaliter per illa verba, quæ requirit Bartolus, *donec, quandiu, quoadusque,* quorum si nullum sit in statuto, aut in pacto, licèt neque ablatiui illi absoluti sint adhibiti, dicendum est indubitatè etiam ex traditione Bartoli perpetuã esse exclusionem, non temporalem. Sola enim eorum verborum vis est, quã Bartolus intuetur, vt faciat aliquo casu temporalem exclusionem, quam non dubitat ille perpetuam esse debere ex sui natura, si nihil nisi iuris communis ratio inspiciatur. Vbi ergo verba illa non reperiuntur, neque vlla eorum vis

reperiri potest, standúmque necessariò est iuri communi, quòd ad hoc vt patris hereditas masculo acquisita nunquam postea filiæ ab intestato acquiri immediatè possit, hoc est, nisi per ipsius filij personam, si fortè is sororem suam, quam vnus exclusit, siue ex testamento, siue ab intestato heredem reliquerit. De quo videnda sunt quæ fusiùs scripsimus in Error.3. Decad.27.

ERROR SECVNDVS.

De filia dotata, statuto exclusa propter masculum, an rumpat patris testamentum, in quo fuit præterita.

DIVERSA est hæc quæstio ab illa quæ à nobis tractata fuit in Error.1. Decad.13. Ibi enim egimus de filia exclusa per renuntiationem: hîc agemus de filia exclusa per statutū, quam Bartolus, Baldus, & cæteri putant, si sit præterita, rumpere testamentum. Quantum verò intersit an exclusio sit statutaria, an conuentionalis, iam explicauimus in Error. 8. Decad. 27. vbi docuimus inter cętera, Præteritione filiæ quę per renuntiationem exclusa sit à succedendo, esse testamentum nullum: quod tamen non similiter nullum esse creditur præteritione filiæ quæ sit exclusa per statutum. Et ratio differentiæ quæ tum à nobis afferebatur illa erat, quia renuntiatio filiæ quantumlibet iurata non impedit quominus hereditas filiæ deferatur, sed tantummodò filiam obligat vt cogatur se abstinere: immò cùm tacitam conditionem habeant omnes huiusmodi renuntiationes si hereditas ab intestato deferetur, necesse est deferri hereditatem vt renuntiationis conditio impleatur: deferri autem non potest filiæ in potestate ab intestato, quin fatendum sit ob eius præteritionem testamentum nullum esse. Nam vt & Bartolus, & cæteri fatentur, instituendi vel vel exheredandi necessariò sunt omnes quotquot in descendentium, vel in ascendentium linea sunt, si in eo sint gradu vt ab intestato sint successuri: & è contrario possunt impunè præteriri omnes qui ab intestato succedere non possunt, id est quibus ab intestato nūquam deferri potest hereditas, *l.1.§ pen. D. de bon. poss. cont. tab. l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* At exclusio statutaria potentior est, quia cùm statutum vim legis habeat, impedit non solùm acquisitionem, sed etiam delationem hereditatis in ea persona quam à successione excludit. Verum igitur est, & indubitatum, si Bartolo & interpretibus credimus, quibus & nos aliquando credebamus, filiam quæ fauore masculorum per statutum exclusa est, impunè prǽteriri posse, id est, non facere testamentum nullum, quia neque sua heres est, cùm suus heres nō sit, nisi qui & in potestate est, & primum gradum obtinet in causa succedendi *d. l. si quis filio. l. scripto 7. D. vnd. liber. l. si filiusfamilias 33. D. de milit. testam.* Cur ergo dubitamus an possit rumpere testamentum? an quia plus sit facere testamentum ipso iure nullum, quàm rumpere, ideóque facilius sit vt filia per statutum exclusa rumpat testamentum, quàm vt illud faciat nullum? At dici hoc non potest, quia liberi primi gradus, qui & in potestate, & iam nati sunt, si præteriti sint, necesse est vt vel ab initio faciant testamentum nullum, vel numquam rumpant, *l. si filius 7. D. de liber. & posth.* Nec in toto iure nostro locus vel vnus est, quo probari possit rumpi testamentum per aliquem ex liberis, qui & iam natus, & in potestate fuerit tempore mortis. Nam quod Bartolus

tolus supradicto loco, & baldus ad *l. 2. num. 7. C. de lib. prat* dicunt similẽ esse casum in posthumo præterito, qui quandiu in vtero est, non potest dicere testamentum nullum, & tamen natus retrò rumpit, sanè perquàm falsum & ridiculum est. Posthumus enim quantumuis suus ideò non potest facere testamentum ipso iure nullum, quia ab initio & mortis patris tempore non est in potestate, cùm necdum homo sit, *l. vlt. D. de collat. bonor. l. in Falcidia 9. §. 1. D. ad leg. Falcid.* Nec ad rem pertinet, quòd eum posthumum suum appellamus. Non enim id fit, quòd moriente patre iam sit re vera suus, qui nec adhuc est in potestate, nec adhuc gradum vllum tenet in familia, multóque minùs in causa succedendi, quæ tamen omnia concurrere oportet ad constituẽdum ius sui heredis, vt diximus: sed ideò suus dicitur, quia si moriente patre iam natus fuisset, suus ei heres fuisset, ad differentiam alieni posthumi, qui è contrario sic appellatur, quia etiamsi moriente testatore iam natus fuisset, ei tamen inter suos futurus non fuisset, *§. posthumo. Inst. de legat.* Porrò cùm nascitur posthumus suus qui à patre præteritus fuit, rumpit quidem testamentum, sed non rumpit retrò, vt Baldus loquitur, id est, non facit vt testamẽtum iam inde ab initio vel nullum, vel ruptum fuisse videatur. Pugnaret enim secũ fictio, si retrofingeret nullum testamentum quod rumperetur, cùm non possit rumpi testamentum quod nullum est, *l. nam etsi 5. D. de iniust. rupt.* Neque rursus vlla subest necessitas retrotrahendæ illius fictionis ad tempus mortis patris, quia iuris ciuilis prudentúmque autoritate satis prouisum est, ne vllũ effectum possit habere testamentum in quo posthumus suus præteritus est: ita nimirum constituto iure, vt ex eo testamento, quandiu per posthumi agnationem rumpi potest, nemo possit heres esse, ne quidem suus, *l. ventre præterito 84. D. de acquir. hered. l. si filius 16. D. de liber. & posthum.* Et verò cùm posthumi sui agnatio illa sit quæ rumpit testamentum, *l. 1. & tot. tit. de iniust. rup.* intelligimus non magis fieri posse vt posthumus legitimè natus retrò rumpat, quàm vt retrofingatur fuisse natus eo tempore quo pater moriebatur: quæ retrofictio si admitteretur, seipsam destrueret. Faceret enim quod nec ipsa natura facere vnquam potest, vt partus legitimè, ac decimo demum mẽse natus primo aut secundo mense editus videretur, atque ita vt & legitimus esset, & non legitimus. Nec quod dici solet, posthumum qui est in vtero haberi pro nato in iis omnibus quæ ad ipsius commodum spectant, *l. qui in vtero 26. D. de stat. hominum*, ad hunc tractatum pertinet, id est, ad causam testamenti annullandi, sed tantùm ad hereditates legitimas aut testamentarias in suspenso retinendas, ne interim deferantur iis quibus deferrentur, vtique si posthumus in rerum natura non esset. Alioqui testamentum esset ipso iure nullum, in quo esset præteritus posthumus suus: nec expectandum esset vt posthumus ederetur, si modò plenum ventrem esse certum esset: aut saltem tunc cùm ille nasceretur, dicendum esset testamẽtum esse ipso iure nullum, non autem rumpi. Quod vtrũque tamen euidenter falsum esset. Nunquam enim posthumus facit testamentum nullum, ne quidem cùm natus est, sed tum demum cùm agnascitur, rumpit, non priùs. Et quod Pomponius scribit in l. *si primo 8. D. de liber. & posthum.* posthumum cùm natus est, loco eius esse qui superstes est, præter id quod ostendit satis: non igitur haberi eum pro superstite & iam nato, quandiu in vtero est, non ita accipi debet, vt tum quoque cùm posthumus editus fuit, nihil intersit an fuerit iam mortis tempore superstes, an verò postea natus sit. Illa enim semper differẽtia manet, quòd filius

iam natus prǽteritus facit testamentum omnimodò nullum: posthumus verò suus prǽteritus nunquam facit nullum, sed tantùm rumpit: nec semper rumpit, sed ita demum si nascatur, & tum quoque cùm nascitur, rumpit tantùm ex eo tempore, nec retrò rupisse intelligitur: ex differentia illa etiam nascitur, quam nos latiùs explicauimus lib. 8. Coniect. cap. vlt. Quòd si plures heredum gradus facti sint in eo testamento, in quo filius iam natus prǽteritus fuit, ille tantùm gradus nullus est, & euanescit in quo prǽteritus est filius, non etiam cæteri sequentes in quibus reperitur exheredatus. At si posthumus prǽteritus sit in primo gradu, in sequentibus verò exheredatus, ita rumpit primum gradum agnascendo, vt etiam sequentes omnes rumpat, nec vlla ex parte testamentum valere patiatur, quia rumpendo succedit, sibique locum facit, *d. l. nam et si 3. D. de inoff. rupt. iunct. l. si posthumus 14. in princ. & §. 1. D. de liber. & posth.* Ex quo apparet tanto manifestiùs quàm verum sit quod volumus, Prǽteritione posthumi sui nunquam testamentum fieri nullum ipso iure, quoniã si fieret nullum, sequeretur quòd pluribus factis heredum gradibus ille solus esset nullus, in quo posthumus prǽteritus repetiretur: quod falsum est. Apparet etiam agnatione posthumi testamentum non retrò rumpi, quia si retrorumperetur, fieret vt fingendum esset ruptum per posthumum, non modò priusquam natus esset, sed priùs etiam quàm conceptus ex die scilicet conditi testamenti. Retrofictio enim quælibet eò vsque solet recurrere, quousque necesse est vt recurrat ad effectum suum consequendum. Ergo & in proposito ad tempus facti testamenti, vt testamentum retroruptum dici possit. Esset enim illud quoque non tantùm absurdum, sed etiam longè absurdius, retrofingi ruptum ex certo tempore duntaxat, non etiam ex præcedenti. Atqui nemo dixerit retrofingi posse ruptum testamentum agnatione posthumi priusquam conceptus fuerit posthumus, quia id manifestum implicaret contradictionem. Retrofictiones autem & fictiones omnes debent esse de possibili, licèt sint de falso *l. confessionibus 13. in princ. iuncta l. sequenti, §. vlt. D. de interrog. in iur. faciend.* Neque igitur potest retrofingi rupisse ex quo die conceptus fuit, quia peri. de impossibile est eodem die cõcipi quem & nasci hominem. Dices fortasse, imò admittendam necessariò esse retrofictionem rupti testamenti saltem ex die mortis testatoris, quia cùm posthumus rumpendo succedat, vt diximus: quisquis autem succedit siue ex testamento, siue ab intestato, iam inde ex die mortis successisse retrofingatur, *l. heres quandocunque 49. D. de acquir. hered. l. omnia 131. de regul. iur.* consequens videtur vt ex die quoque mortis testamentum rupisse retrofingatur. Sed facilis responsio est. Aliam esse causam rupti testamenti, aliam successionis. Succeditur iure ciuili: rumpitur verò testamentum facto, cùm rumpitur agnatione. Vnde est quòd posthumus agnascendo sicut rumpit, ita & sibi locum facit, quia & aliquid facit & cùm nascitur, & cùm rumpit. Suus autem heres iam natus & prǽteritus nihil facit, nisi quòd ex persona sua inducit potestatem iuris. Ius enim illud est, quod facit testamentum nullum ob sui heredis iam nati prǽteritionem. Et minùs propriè loquitur quisquis dicit, suum heredem iam natum facere testamentum nullum, nisi accipiat hoc sensu, quòd faciat vt testamentum annulletur per legem. Sicuti namque solius legis est, non hominis dare vires testamento, ita & vires tollere, nullúmque facere sola lex potest, non homo: dicit filius testamentum nullum, non facit. Quod ergo pertinet ad causam successionis, facilè potest induci retrofictio postquam testamentum agnatione

ruptum

ruptum est, quia cùm successio iuris sit, certum est in iis quæ iuris sunt, fictionem, quæ ipsa etiam iuris est, facilè induci posse. At quod pertinet ad causam rumpendi testamenti, aliud est, quia rumpi testamentum, præsertim per agnationem, facti est, siue effectum & ruptionem ipsam spectes, siue causam rumpendi, quæ nihil nisi agnatio est. Nasci enim facti est, non iuris: in iis autem quæ facti sunt, fictio induci nequit, *l. denique 29. D. ex quibus causis maior. l. in bello 12. §. facti. D. de capt. & postlim.* Vnde est, quòd quamuis viuo adhuc patre neque posthumus præteritus, neque alius quisquam possit succedere, quia viuentis successio nulla est, tamen potest rumpere, & rumpit si nascatur viuo patre, adeóq; tametsi postea eodem patre adhuc viuo decedat, *l. posthumus 12. D. de iniust. rupt.* quoniam qui potest rumpere testamentum nascendo, necesse est vt vel rumpat cùm nascitur, vel nunquam Ex eóque magis intelligimus non posse argumentum trahi à successione ad ruptionem testamenti, aut cõtrà. Nam in successione retrofictio quæ potestate iuris inducitur, ideò nõ potest retrorsum egredi tempus mortis patris, quia viuẽtis hominis, vt dixi, nulla hereditas, nulla successio est, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* At in causa rumpendi testamenti, si qua fictio locum haberet, ea posset recurrere ad tempus vsque conditi testamenti, cùm nihil vetet rumpi testamẽtum viuo adhuc testatore. Ergo vel nulla inducenda est, vel talis inducenda est quæ ad testamenti tempus trahatur Atqui absurdum esset, vt probauimus, retrofingi testamentum ruptum esse agnatione posthumi antequàm conceptus posthumus fuisset, cùm fieri possit vt posthumus qui natiuitatis suæ tẽpore præteritus inuenitur, fuerit conceptus post testamentum. Cõcludamus igitur agnatione posthumi rumpi quidem testamentum, sed non ita rumpi, vt retrò ruptum esse fingatur. Accommodatius videtur exemplum quod adfert Baldus de filio capto ab hostibus, & præterito à patre cùm esset in eo statu. Nam cùm hoc casu testamentum ab initio valeat, quia non potest videri filius suus heres, aut in morientis parentis potestate fuisse, qui eo tempore in hostium potestate erat, *l. penult. D. de iniust. rupt.* necesse est vt filio ab hostibus redeunte rumpatur, si filius in eo præteritus fuit, *l. Gallus 29. §. quid si, qui filium. de liber. & posth.* (si enim esset institutus, vtique non rumperet, qui sensus est *l. sed nec filius. D. iniust. rupt.*) Cùm autem rumpit, illud quoque necessarium videtur vt retrò rumpat, quia rumpit propter postliminij fictionem, quæ facit vt filius retrò in ciuitate semper fuisse videatur. Sed non est bona consecutio, & in hoc quoque Baldus errauit. Etsi enim filius cùm ab hostibus redit, rumpit testamẽtum patris eo colore quòd semper in ciuitate fuisse intelligatur, non ideò tamen retrofingitur rupisse, quia nec vllum tempus est ad quod retrofictionem illam possis trahere, etiamsi maximè velis: siquidem ea postliminij vis & potestas est, vt iuncto instanti reditus cum instanti captiuitatis deleat memoriam totius eius temporis quo filius apud hostes fuit, vt proinde si qua retrofictio hac in re fieret, eam necesse esset fieri ad id tempus, quod nunquam fuisse intelligeretur. Rumpit ergo testamentũ filius præteritus cùm redit ab hostibus, sed non retrò rumpit, nec facit quin ab initio & valuerit, & valuisse intelligatur, quia verum est non fuisse illum in patris morientis potestate, *d. §. quid si, iunct. l. lex Cornelia 12. D. qui testam. fa. possunt.* Ponimus enim factum esse eo tempore, quò iam filius captus erat, alioqui ab initio & ipso iure nullũ esset, nec rumpi ampliùs posset, *d. l. pen. D. de iniust. rupt.* Ex superioribus igitur apparet, verum esse quod initio diximus, nũquam

tumpi testamétum per prętetitionem libeterorum, qui sint sui heredes tempore testamenti, hoc est, qui eo tempore & in potestate sint, & primum gradum teneant in causa succedendi, sed esse tunc ipso iure nullum. Et rursus, cùm testamentum rumpitur per liberos prætetitos, quod contingit, quoties ex postfacto apparent sui heredes, qui anteà & testamenti tempore non fuerunt, sic rumpi, vt tamen non retrò ruptum esse fingatur. Aliud est, si quæramus an retrò valuerit testamentum, quod rumpi oportuit per contra tabulas, si ea possessio nunquam posteà petita sit. Etsi enim quandiu peti potest contra tabulas, non defert prætor secundùm tabulas: exclusis tamen iis qui contra tabulas petere potuerunt, reuertitur possessio ad scriptos, vt scriptum est in *l. 2. D. de bon. poss. sec. tab.* non quòd testamentum fingatur retrò valuisse, vt vult Baldus, sed quia reuerà semper valuit, cùm nunquam ruptum fuerit, licèt rumpi potuerit. Ergo vt ad propositam quæstionem veniamus, de filia dotata, quæ per statutum exclusa sit à successione patris quoadusque masculi superfuerunt, vel ponimus eam esse & remanere suam heredem, quomodo diximus manere suam heredem, quæ non exclusa est nisi per renũtiationem: vel ponimus, quod omnino fatendum est, per exclusionem statutariam fieri, vt amittat illa & nomen, & ius sui heredis, eo demum casu, & tempore, quo per masculum à successione excluditur. Si ponimus eam manere suam heredem, consequens erit vt ipsius præteritione testamentum sit nullum, & iniustum, *l. si filius 7. l. inter cætera 30. D. de lib. & posth. l. 1. D. de iniust. rupt.* Sin dicimus non posse illam retinere ius suitatis, propter exclusionem statutariam, sequetur non magis posse per ipsius præteritionem rumpi testamentũ, quàm nullum & iniustum esse. Nullo igitur casu verum esse potest, quod vult Bartolus, filiam hanc impunè quidem præteriri posse, quandiu masculus aliquis superest, sed mortuis posteà masculis licèt post iam agnitam & acquisitam ex testamento patris hereditatem, rumpi ab ea testamentum, vt intestatus fiat pater, & prohibeatur habere heredem ex testamento masculum filium suum. Et verò si testamentum posset aliquo casu vel tempore rumpi per filiam, sequeretur quod nec interpretes negát, vt interim non posset masculus heres institutus ex eo acquirere sibi hereditatem *d. l. ventre 84. & l. cùm quidam 30. §. quod dicitur. eod. tit. de acquir. hered.* & ita fieret vt filia per statutum exclusa obstaret fratri instituto ne posset ille heres esse ex testamento, cui tamen non obstaret, si pater decessisset intestatus. Fatentur enim omnes filiam, quæ non est exclusa per statutum, nisi quandiu masculi superfuerunt, non posse impedire quominus defuncto patre intestato hereditas tota masculo deferatur, & acquiratur, vt sit ille heres quandiu viuit, quia tale statutum non sit suspensiuum delationis successionis intestati quantum ad masculos, sed tantùm quod ad fœminas: alioqui non esset masculus heres ad tempus, nec filia ex tempore, quod vtrumque tamen & Bartolus & Baldus, & cæteri admittunt. Porrò quis ferre illud possit, vt huiusmodi statutum faciat deteriorẽ conditionem masculi heredis instituti quàm si pater intestatus decessisset? Scio fieri aliquando vt persona quæ non obstat in casu intestati, obstet tamen in casu testati, vt in specie illa valdè singulari, de qua respondit Papinianus in *d. l. scripto 7. D. vnd. liberi.* Sed valdè dissimilis est illa species ab ea quam nunc tractamus. In illa enim decedit pater intestatus, non quia non fecisset testamentum, sed quia testamentum quod fecerat, & in quo filium exheredauerat, nepotémque ex eo prętetierat, ex postfacto destitutum proponebatur per ex-

tranei

tranei heredis instituti repudiationem, quo deliberate filius exheredatus decesserat, vt proinde eo tempore quo certum esse incipiebat decessisse patrem familiàs intestatum, non esset ampliùs in rerum natura filius, vt nepoti obstaret, cui tamen obstabat tempore conditi testamenti & mortis patris. Cæterùm si in ea specie decessisset pater intestatus, vtique filius obstitisset nepoti non minùs quàm in casu testati. At in specie quam tractamus, volunt interpretes vt filia quæ nullo modo obstaret fratri ab intestato, eidem obstet facto testamento. Hoc verò est quod ego absurdum esse dico, nec minùs carere ratione quàm exemplo. Error omnium in eo est, quòd putant posse fieri ex autoritate statuti vt masculus sit heres ad tempus, filia verò post mortem masculi & ex tempore, quod nos iam sæpiùs ac sæpiùs refutauimus. Siue igitur ex testamento, siue ab intestato filius patri semel heres extiterit, nũquam potest filia heres esse nec sua, nec aliena immediatè, id est, nisi per mediam masculi personam, & eo iure quo alius quilibet heres heredis posset dici heres testatoris, *l. vlt. C. de hered. instit. l. quis liberis 8. §. vlt. de vulg. & pupill. subst.* Nec proinde testamentum potest rumpere quod semel habuerit effectum, fuerítque confirmatum non modò per legem, sed etiam per aditionẽ. Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur, vt ait Papinianus in *l. si patroni 55. § qui fideicommissum. D. ad SC. Trebell.* Alioqui nec permittendum esset masculo vt ex eo testamento heres esset, quandiu rumpi posset, faceretque intestati exitum pater, qui tamen inter liberos testamentum ab initio fecisset, adeóque validum si interpretibus credimus: ita fieret vt deterior esset causa filij instituti, quàm si pater sine testamento decessisset, cùm tamen nemo nesciat fauorabiliorem esse causam filij, cùm ex testamẽto succedere potest, quàm ab intestato, propter coniunctum fauorem testamenti, qui etiam ipsi liberorum fauori præualet, *l. si pars 10. D. de inoff. testam.* Et sanè quid absurdius est, quàm obstare masculo fœminam eo casu quo sit exclusa non modò per statutum, sed etiam per testamentum, nec tamen eidẽ obstare eo casu quo sit exclusa duntaxat per statutum? Annon potentior est, & esse debet duplex exclusio, quàm simplex? & contrà, annõ fauorabilior est filius, cui & statutum, & patris testamẽtum fauet, quàm cui statutum solum? At rursus si admittas quod negant interpretes, acquiri posse hereditatem ex huiusmodi testamento, sequetur nunquam posse rumpi. Vnus enim tantùm casus est in quo possit rumpi testamẽtum, ex quo iam acquisita sit hereditas, nimirum si proponatur querela inofficiosi testamẽti, *l. circa, 24. & pass. D. de inoff. test.* Sed ille casus habet specialem rationem, quia metus rumpendi per querelam testamenti, non potest impedire ne adeatur interim hereditas ex testamento, cùm querela non detur contra lignum, vt bonorum possessio cõtra tabulas, *l. quod vulgò 19. D. de bon. poss. contr. tab.* sed cõtra heredem, *l. Papinianus 8. §. si conditioni. D. de inoff. testam.* qui porrò non potest heres esse, nisi adita demum hereditate, *l. si quis filium 34. in fin. C. eod.* Hoc autem ideò, quia cùm querela inofficiosi sit odiosa ex duplici capite, & quia rescindit testamẽtum, & quia rescindit eo colore quasi testator fuerit demens & furiosus, *l. 2. & 4. l. Titia. 13. D. eod.* non priùs visum est permittẽdum vt exerceatur, quàm appareat nulla alia ratione fieri posse intestatum testatorem. Quod tamen tunc demum incipit esse certum, cùm adita est hereditas ex testamento, quia non potest intestatus decedere, qui aliquem ex testamento heredem iam habet. Quandiu autem non est adita hereditas, tamdiu potest destitui testamẽ-

tum,atque ita locus fieri succeſſioni inteſtati.Nec pugnat quod dici ſolet, Ex teſtamento non poſſe adiri aut acquiri hereditatem quandiu rumpi teſtamentum poteſt:id enim tunc verè dicitur, cùm poteſt rumpi teſtamentum ipſo iure,vt contingit per agnationem poſthumi ſui,aut per filij capti reditum ab hoſtibus. Quod enim à iure ipſo rumpi poteſt, quis dixerit iam cõfirmatũ eſſe à iure,vt ex eo poſſit adiri hereditas? At per querelam inofficioſi teſtamẽti non rumpitur ipſo iure,ſed reſcinditur per ſententiam centumvirorum qui de inofficioſo cognoſcunt, & pronuntiant, *l. ſi pars* 10. *d. l. Titia. eod.* Quid autem illi pronuntiaturi ſint,planè incertum eſt, & in dubio nihil aliud poteſt lex præſumere aut ſperare niſi quòd pro teſtamẽto pronuntiabunt *d. l. ſi pars.* Mirum igitur non eſt,ſolum metum rumpendi per querelam teſtamenti nõ poſſe impedire quominus interim ex teſtamento hereditas deferatur, & conſequenter per aditionem acquiratur: ſicut nec aditio ſecuta poteſt facere quominus teſtamentum per querelam poſtea propoſitam reſcindatur. Sed extra hunc caſum fieri nunquam poteſt vt teſtamentum ſemel à lege cõfirmatum,ſubſecuta præſertim aditione poſteà vel rumpatur,vel reſcindatur.

ERROR TERTIVS.

De iure ſuitatis in perſona filiæ quæ à patris inteſtati ſucceſſione per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum.

SED præcipuus Bartoli,Baldi, & aliorũ in propoſita quæſt. error ille eſt,quòd putant filiam quæ fauore maſculorum,& extantibus maſculis ab inteſtato ſuccedere prohibetur, impunè præteriri poſſe tanquam quæ non ſit ſua heres. Nam ſi bene inſpicias,imò verò teſtamenti tempore ſua heres eſt non obſtante ſtatuto perinde ac ſi ſtatutum nullum eſſet. Nec enim ſtatutum illud facit quominus filia ſit in poteſtate, primúmque gradum teneat etiam in cauſa ſuccedendi:quippe quam ſtatutum non excludit à ſucceſſione, niſi ſub illa conditione,Si maſculi extabunt, eo ſcilicet tempore quo de ſucceſſione quæri poterit,& oportebit,hoc eſt,quo mortuus erit pater. Itaque quandiu viuit pater licèt maſculi ſuperſint,qui ſucederent ſoli,excluſa filia,ſi teſtamẽti tempore pater moreretur,nondum tamen dici poteſt impletam eſſe conditionem excluſionis filiæ quæ non poteſt impleri niſi mortuo demum patre, cùm poſſit fieri vt ante patrem decedant omnes maſculi poſiti in conditione excluſionis,ſoláque ſuperſit filia tempore mortis patris: quo caſu nemo dubitauerit quin futurum ſit vt tota ſtatuti vis euaneſcat, filiáque ſola ſuccedat iure communi,ac proinde tanquam ſua heres,& quæ ſemper talis fuerit, nec vnquam talis eſſe deſierit. Quoties enim naturalis mors alicuius expectanda eſt,nunquam interim mutanda iuris ratio eſt ob perſonam eius qui interim poteſt mori, vt conſtat ex *l. Statius Florus* 48. *§. Cornelio. D. Felici. de iur. fiſc.* Non ergo poſſunt facere maſculi qui teſtamenti tempore ſuperſtites reperiuntur,quominus filia quæ tum & in poteſtate & in primo gradu eſt,ſua heres dici debeat, quamuis nondum eo tempore ſuccedat, nec poſſit ſuccedere,quia quòd non ſuccedit,non fit propter maſculos, nec propter ſtatutum, ſed quia pater viuit,vt ex eo conſtat,quòd etiamſi maſculi nulli eſſent,adhuc

tamen

tamen succedere non posset, quamuis nec statutum vllum esset per quod ipsa excluderetur: nec si moriente patre superstit masculus aliquis, qui succedere possit, quique per statuti potestatem solus succedere debeat, faciet ea res vt filia impunè potuerit præteriri in testamento patris: quoniam cùm quæritur an præteritione filij vel filiæ tanquam sui heredis testamentum sit nullum & iniustum, non est inspiciẽdum an sit suus heres tempore mortis, sed an tempore testamenti, quia nec posset ex postfacto conualescere testamentũ, quod ab initio & eo tempore quo fiebat, non valuisset, *l. 1. D. de iniust. rupt. l. quæ ab initio penult. de reg. iur.* Alioqui dicendum esset non fore inutile testamẽtum in quo præteritus fuisset suus heres qui viuo patre decessisset. Nec enim potest dici filia magis exclusa per statutum propter masculos, quãdo aliqui supersunt masculi tempore mortis patris, quàm exclusus sit per mortem filius qui patre viuo decessit. Hoc enim saltem habet exclusio quæ per mortẽ contingit, quòd de ea non dubitatur quin sit perpetua, quomodo de illa dubitatur, quæ inducitur per statutum. Atqui exclusio filij quæ per ipsius mortem contingit viuo patre, non impedit quominus testamentum sit nullum in quo filius ille præteritus fuerat, vt disertè scriptum est in *l. si filius 7. D. de liber. & posthum.* adeò vt in formula quoque Galli Aquilij necesse sit præcedere institutionem filij ad hoc vt possit valere testamentum in quo sit institutus posthumus nepos Aquilianus, quamuis per eam formulam nec instituatur, nec possit institui posthumus nepos, nisi in eum nominatim casum quo filius primi gradus viuo testatore morietur, *l. Gallus 29. §. in omnibus. eod.* Eadem igitur & multo maiore ratione dicendum est filiæ exclusionem quæ per statutum inducitur post mortem duntaxat patris, non posse facere quominus nullum sit testamentum in quo præterita fuit hæc filia, licèt in eo masculi ipsi per quos, & propter quos filia excluditur, instituti proponantur. Si quid enim esset quod contrarium suaderet, illud maximè esset, quòd nunquam potest hæc filia cum masculis succedere. Quæ tamen ratio in filio quoque Aquiliano locum habet, quem certum est cum posthumo nepote concurrere nunquam posse, *l. cùm in testamento 37. D. de hered. instit.* Nec eo minùs tamen necessaria est filij institutio, vt nepos ipse vtiliter & ritè institutus videatur, *d. §. in omnibus. iunct. l. si quis eum 16. in fin. D. de vulg. & pupill. substit.* Ergò nec valebit testamentum in quo præterita sit filia institutis masculis, tametsi cum masculis succedere non possit. Hoc enim plus habet hæc filia, quàm filius Aquilianus quòd potest ipsa succedere saltem aliquo casu, id est, si masculi omnes decedant viuo patre: quinimò & simul cum ipsis masculis, si fuerit cum ipsis instituta. Nec enim statutum vsque adeò eam excludit, vt prohibeat eam succedere ex testamento. Filius verò Aquilianus, id est, quem ponimus mori viuo testatore, nullo casu potest succedere, nec si testator velit, quia non est in testatoris potestate facere vt qui iam mortuus est succedat vllo casu: tantum abest vt cum Aquiliano nepote instituto succedere vllo casu possit. Non est igitur verum quod tam generaliter nostri post Bartolum pro vero constituũt, impunè præteriri posse omnes eos qui ab intestato succedere non possunt. Nam si verum id esset, vtiq; posset omniũ maximè præteriri impunè filius Aquilianus, quem certũ est nullo penitus casu ab intestato succedere posse, at neq; vt diximus, ex testamento: siquidẽ si patri superstes esset, iam Aquilianus filius dici non posset. Quanto minùs ergo præteriri possũt ij qui aliquo casu

si voles simul iũcta, *donec, quãdiu, & quoadusque, masculi vel agnati supererũt*, an verò per ablatiuos illos absolutos *extantibus masculis vel agnatis*. Vtroq; enim casu verũ est solos masculos ad successionem admitti, non tãquam proximiores, sed propter fœminarum exclusionem statuto inductam: posteà verò quàm hereditas patris fuit agnita per filium, iam cœpit esse hereditas filij, vt Bartolus loquitur, aut potiùs vt loqui debuit, iam cœpit esse patrimonium filij. Vnde fit vt eodem filio posteà moriéte non alius possit habere hereditaté patris, quàm qui habiturus est hereditatem filij cùm vtraq; sit iuncta *l. sed si plures* 10. *§ filio*. D. *de vulg. & pupill. substit.* & sic de patris hereditate non est ampliùs tractandum, sed tantùm de hereditate filij. Atqui ponimus, non fœminas quæ à patris successione exclusæ fuerint, sed alias personas in filij hereditate succedere. Fieri ergo nequit vt patris hereditas post mortem masculi ad fœminas, quæ semel exclusæ fuerunt, reuertatur, ad quas ipsius filij hereditas non venit. In eóque sanè Bartolus errauit. Sed & in eo, quod priusquàm ad hãc distinctionem accedat, præsupponit pro vero: cùm ita conceptum est statutum, *donec, & quoadusque masculus superuixerit, fœmina non succedat*, masculum videri ad successionem inuitatum & vocatũ quoadusque superuixerit. Quod certè falsum est. Siue enim masculi positi sint in conditione per ablatiuos absolutos, siue per verba illa, *quandiu, donec, quousq; & quoadusque*, numquam debent haberi pro vocatis per statutum, sed tantùm videtur ijs reseruatum ius antiquũ legis XII. tabularũ, vt disputauimus & probauimus suo loco. Numquam enim conditionalia verba disponunt, ne quidem in specie *l. si ita stipulatio* 39. D. *de oper. libert.* qui tamé locus omnium apertissimus esse creditur ad probandum illa etiam quæ in conditione tãtùm posita sunt, in dispositione quoque posita intelligi. Si enim stipulatio ibi interposita proponebatur, *Si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes.* Quibus verbis apparet quod & in ea lege Paulus fatetur, operas nullas promissas fuisse, sed tantummodò positas in conditione. Et tamen vt eadem lex ait, sic prætor sentit vt solæ operę promissæ videantur. Sed respondeo id fieri, non quòd operarum promissio possit dici facta per verba conditionalia, alioqui falsum esset quod lex ait, operas in ea specie promissas non fuisse, sed quia debent fingi promissæ; & promissas prætor fingit, ne patronus omnimodo excludatur, qui alioquin ex supradicta stipulatione, neque pecuniam promissã posset petere, tanquam quæ libertatis onerandæ gratia promissa esset, neque operas, quæ reuera ꝓmissæ nõ essent, & ita omnino excluderetur; quẽ tamẽ apparet non esse excludendum, cùm sibi prospicere voluerit per supradictam stipulationem. Præter id verò, quod æquissimum est, sic prætorem agere, vt patronus non omnimodo excludatur, qui tantum beneficium contulit in libertum, illa etiam ratio facit vt fingẽdum potiùs sit promissas fuisse operas, tametsi promissæ non fuerint, quòd naturâ debentur, tum quoque cùm promissæ non sint adeò vt nec possint cõdici tanquam indebitæ, si solutæ fuerint quasi promissæ, cùm non essent, nimirum si officiales operæ sint, & (vt vulgo vocant) obsequiales, non etiam si fabriles & artificiales, *l. si non sortem* 26. *§. libertus*. D. *de condict. indeb.* At in specie quam nunc tractamus nihil tale aut simile est. Nam positis masculis in conditione, licèt non fingas eos vocatos esse, vt nec re vera vocati sunt, nihil tamen ex eo absurdi aut incommodi sequetur, quia non ideò à successione excludentur, cùm sufficiat per eam conditionem fuisse iis conseruatum ius antiquum & commune, vt ex eo possint

succe-

succedere: siquidem etiamsi per statutum verbis expressis vocati essent, adhuc tamen possent omisso ac repudiato iure nouo, id est beneficio statuti succedere ex iure vetere & communi legis duodecim tabularum, *l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Porrò cùm succedunt ex iure communi, nemo dixerit eos succedere ad tēpus, quia etiam admisso eo quod vult Bartolus, & nos negamus, Posse fieri per statutum & per legem, vt quis sit heres ex tempore & ad tempus, præsertim ab intestato: illud tamen Bartolum nobis vltrò concedere necesse est, non eam esse iuris communis dispositionem, vt hereditates siue testamentariæ, siue legitimæ ex tempore aut ad tempus deferantur, *d. l. hereditas.* Cùm ergo in proposita specie masculi non succedant ex statuto, sed ex iure communi, planè consequens est, vt semel heredes facti remaneant in perpetuum heredes, nec vnquam esse desinant, vt & in *l. ex qui soluendo 88. D. de hered. instit. l. ait prætor 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor.* Quo admisso, illud quoque fateri oportet, fœminarum exclusionem perpetuam esse, non temporalem, cùm fieri nequeat vt sint illæ heredes, vel ex ipsis verbis statuti, quandiu hereditas fuit & remanet masculis acquisita. Nec video quid pro Bartolo responderi possit, nisi illud fortè quod nemo hucusque dixit, Statutū ponens masculos in conditione exclusionis fœminarum ita inuitare masculos ad hereditatem ex priuilegio, vt iis auferat beneficium iuris communis: quod tamen est omnino improbabile, cùm huiusmodi statuta non fiant nisi fauore masculorum, & vt eo magis, non vt eo minùs admittantur, arg. *l. 3 § si emancipatus 1. D. de bono. possess. cont. tab.* Neque enim existimandum est iuris communis beneficium ei auferri, cui nouum priuilegium datur. Cæterùm si errat Bartolus, vt errat proculdubio, cùm putat exclusionem fœminarum esse temporalem si statutum excludat fœminas quoadusque masculi superuixerint, quanto grauiùs errant pragmatici, qui putant idem dicendum esse tū quoque cùm excluditur filia per iuratam renuntiationem fauore masculorū, & quandiu masculi superfuerunt? Sentiunt enim isti non solùm contra iuris rationem, sed etiam cōtra Bartolū, qui supradicto loco non dubitat quin hereditas ab homine dari ad tempus non possit, id est, ne quidem à testatore, prȩterquàm à milite; quanto minus ergo dari poterit per pactum, cùm hereditas pacto dari non possit, sed tantùm testamento? *l. hereditas S. C. de pact. cōuent. tam sup. dot.* At omnium grauissimè errant, & contra doctrinam Bartoli peccant, qui existimant ad inducendam temporalem filiæ exclusionem, siue per statutum, siue per pactum sufficere vt exclusa sit filia fauore masculorū: quasi hoc ipso appareat satis non esse filiam exclusam, nisi quoadusque masculi superfuerint. Annon enim etiam fauore masculorum excluditur filia quam statutum vel pactum excludit per ablatiuos illos absolutos *extantibus masculis*; Et tamen non dubitat Bartolus quin ea exclusio perpetua sit, nō temporalis. Ergo vt tēporalis dici possit, nō sufficit quòd appareat factá eam esse fauore masculorum, sed illud prætereà omnimodò requiritur vt facta sit præcisè ac formaliter per illa verba, quæ requirit Bartolus, *donec, quandiu, quoadusque,* quorum si nullum sit in statuto, aut in pacto, licèt neque ablatiui illi absoluti sint adhibiti, dicendum est indubitatè etiam ex traditione Bartoli perpetuā esse exclusionem, non temporalem. Sola enim eorum verborum vis est, quā Bartolus intuetur, vt faciat aliquo casu temporalem exclusionem, quam non dubitat ille perpetuam esse debere ex sui natura, si nihil nisi iuris communis ratio inspiciatur. Vbi ergo verba illa non reperiuntur, neque vlla eorum vis

P 5

reperiri potest,standúmque necessariò est iuri communi, quòd ad hoc vt patris hereditas masculo acquisita nunquam postea filiæ ab intestato acquiri immediatè possit, hoc est, nisi per ipsius filij personam, si fortè is sororem suam, quam viuus exclusit, siue ex testamento, siue ab intestato heredem reliquerit. De quo videnda sunt quæ fusiùs scripsimus in Error.3.Decad.27.

ERROR SECVNDVS.

De filia dotata, statuto exclusa propter masculum, an rumpat patris testamentum, in quo fuit præterita.

DIVERSA est hæc quæstio ab illa quæ à nobis tractata fuit in Error.1.Decad 13. Ibi enim egimus de filia exclusa per renuntiationem: hîc agemus de filia exclusa per statutũ, quam Bartolus, Baldus, & cæteri putant, si sit præterita, rumpere testamentum. Quantum verò intersit an exclusio sit statutaria, an conuentionalis, iam explicauimus in Error. 8. Decad. 27. vbi docuimus inter cętera, Præteritione filiæ quę per renuntiationem exclusa sit à succedendo, esse testamentum nullum: quod tamen non similiter nullum esse creditur præteritione filiæ quæ sit exclusa per statutum. Et ratio differentiæ quæ tum à nobis afferebatur, illa erat, quia renuntiatio filiæ quantumlibet iurata non impedit quominus hereditas filiæ deferatur, sed tantummodò filiam obligat vt cogatur se abstinere: immò cùm tacitam conditionem habeant omnes huiusmodi renuntiationes si hereditas ab intestato deferetur, necesse est deferri hereditatem vt renuntiationis conditio impleatur: deferri autem non potest filiæ in potestate ab intestato, quin fatendum sit ob eius præteritionem testamentum nullum esse. Nam vt & Bartolus, & cæteri fatentur, instituendi vel vel exheredandi necessariò sunt omnes quotquot in descendentium, vel in ascendentium linea sunt, si in eo sint gradu vt ab intestato sint successuri: & è contrario possunt impunè præteriri omnes qui ab intestato succedere non possunt, id est quibus ab intestato nũquam deferri potest hereditas, *l.1.§.pen. D.de bon.poss.cont.tab.l.si quis filio 6.D.de iniust rupt.& irrit.fact.testam.* At exclusio statutaria potentior est, quia cùm statutum vim legis habeat, impedit non solùm acquisitionem, sed etiam delationem hereditatis in ea persona quam à successione excludit. Verum igitur est, & indubitatum, si Bartolo & interpretibus credimus, quibus & nos aliquando credebamus, filiam quæ fauore masculorum per statutum exclusa est, impunè pręteriri posse, id est, non facere testamentum nullum, quia neque sua heres est, cùm suus heres nõ sit, nisi qui & in potestate est, & primum gradum obtinet in causa succedendi *d.l.si quis filio.l.scripto 7. D. vnd. liber. l.si filiusfamilias 33. D. de milit.testam.* Cur ergo dubitamus an possit rumpere testamentum? an quia plus sit facere testamentum ipso iure nullum, quàm rumpere, ideóque facilius sit vt filia per statutum exclusa rumpat testamentum, quàm vt illud faciat nullum? At dici hoc non potest, quia liberi primi gradus, qui & in potestate, & iam nati sunt, si præteriti sint, necesse est vt vel ab initio faciant testamentum nullum, vel numquam rumpant, *l.si filius 7. D.de liber.& posth.* Nec in toto iure nostro locus vel vnus est, quo probari possit rumpi testamentum per aliquem ex liberis, qui & iam natus, & in potestate fuerit tempore mortis. Nam quod Bar-

tolus

tolus supradicto loco,& baldus ad *l.2.num.7.C.de lib.pret.* dicunt simile esse casum in posthumo præterito,qui quandiu in vtero est, non potest dicere testamentum nullum,& tamen natus retrò rumpit,sanè perquàm falsum & ridiculum est.Posthumus enim quantumuis suus ideò non potest facere testamentum ipso iure nullum,quia ab initio & mortis patris tempore non est in potestate,cùm necdum homo sit,*l.vlt. D. de collat. bonor. l.in Falcidia 9.§.1. D.ad leg.Falcid.*Nec ad rem pertinet, quòd eum posthumum suum appellamus.Non enim id fit,quòd moriente patre iam sit re vera suus, qui nec adhuc est in potestate,nec adhuc gradum vllum tenet in familia,multóque minùs in causa succedendi.quæ tamen omnia concurrere oportet ad constituẽdum ius sui heredis,vt diximus:sed ideò suus dicitur, quia si moriente patre iam natus fuisset,suus ei heres fuisset,ad differentiam alieni posthumi, qui è contrario sic appellatur,quia etiamsi moriente testatore iam natus fuisset, ei tamen inter suos futurus non fuisset,*§.posthumo.Inst.de legat.* Porrò cùm nascitur posthumus suus qui à patre præteritus fuit, rumpit quidem testamentum,sed non rumpit retrò,vt Baldus loquitur,id est, non facit vt testamẽtum iam inde ab initio vel nullum,vel ruptum fuisse videatur.Pugnaret enim secũ fictio,si retrofingeret nullum testamentum quod rumperetur, cùm non possit rumpi testamentum quod nullum est,*l.nam etsi 5.D.de iniust rupt.* Neque rursus vlla subest necessitas retrotrahendæ illius fictionis ad tempus mortis patris,quia iuris ciuilis prudentúmque autoritate satis prouisum est, ne vllũ effectum possit habere testamentum in quo posthumus suus præteritus est: ita nimirum constituto iure,vt ex eo testamento, quandiu per posthumi agnationem rumpi potest,nemo possit heres esse,ne quidem suus, *l. ventre præterito 84. D.de acquir.hered.l.si filius 16.D.de liber.& posthum.*Et verò cùm posthumi sui agnatio illa sit quæ rumpit testamentum,*l.1.& tot.tit.de iniust.rup.* intelligimus non magis fieri posse vt posthumus legitimè natus retrò rumpat,quàm vt retrofingatur fuisse natus eo tempore quo pater moriebatur: quæ retrofictio si admitteretur,seipsam destrueret. Faceret enim quod nec ipsa natura facere vnquam potest,vt partus legitimè,ac decimo demum mẽse natus primo aut secundo mense editus videretur, atque ita vt & legitimus esset,& non legitimus.Nec quod dici solet,posthumum qui est in vtero haberi pro nato in iis omnibus quæ ad ipsius commodum spectant, *l. qui in vtero 26.D.de stat. hominum,*ad hunc tractatum pertinet, id est, ad causam testamenti annullandi,sed tantùm ad hereditates legitimas aut testamentarias in suspenso retinendas, ne interim deferantur iis quibus deferrentur, vtique si posthumus in rerum natura non esset. Alioqui testamentum esset ipso iure nullum,in quo esset præteritus posthumus suus: nec expectandum esset vt posthumus ederetur,si modò plenum ventrem esse certum esset: aut saltem tunc cùm ille nasceretur,dicendum esset testamẽtum esse ipso iure nullum, non autem rumpi.Quod vtrúque tamen euidenter falsum esset.Nunquam enim posthumus facit testamentum nullum, ne quidem cùm natus est, sed tum demum cùm agnascitur,rumpit, non priùs. Et quod Pomponius scribit in *l. si primo 8.D.de liber.& posthum.*posthumum cùm natus est, loco eius esse qui superstes est,pręter id quod ostendit satis:non igitur haberi eum pro superstite & iam nato,quandiu in vtero est,non ita accipi debet,vt tum quoque cùm posthumus editus fuit,nihil intersit an fuerit iam mortis tempore superstes,an verò postea natus sit.Illa enim semper differẽtia manet,quòd filius

iam natus præteritus facit testamentum omnimodò nullum: posthumus verò suus præteritus nunquam facit nullum, sed tantùm rumpit: nec semper rumpit, sed ita demum si nascatur, & tum quoque cùm nascitur, rumpit tantùm ex eo tempore, nec retrò rupisse intelligitur: ex differentia illa etiam nascitur, quam nos latiùs explicauimus lib. 8. Coniect. cap. vlt. Quòd si plures heredum gradus facti sint in eo testamento, in quo filius iam natus præteritus fuit, ille tantùm gradus nullus est, & euanescit in quo præteritus est filius, non etiam cæteri sequentes in quibus reperitur exheredatus. At si posthumus præteritus sit in primo gradu, in sequentibus verò exheredatus, ita rumpit primum gradum agnascendo, vt etiam sequentes omnes rumpat, nec vlla ex parte testamentum valere patiatur, quia rumpendo succedit, sibique locum facit, *d. l. nam et si §. D. de iniust. rupt. iunct. l. si posthumus 14. in princ. & §. 1. D. de liber. & posth.* Ex quo apparet tanto manifestiùs quàm verum sit quod volumus, Præteritione posthumi sui nunquam testamentum fieri nullum ipso iure, quoniã si fieret nullum, sequeretur quòd pluribus factis heredum gradibus ille solus esset nullus, in quo posthumus præteritus reperiretur: quod falsum est. Apparet etiam agnatione posthumi testamentum non retrò rumpi, quia si retrorumperetur, fieret vt fingendum esset ruptum per posthumum, non modò priusquam natus esset, sed priùs etiam quàm conceptus ex die scilicet conditi testamenti. Retrofictio enim quælibet eò vsque solet recurrere, quousque necesse est vt recurrat ad effectum suum consequendum. Ergo & in proposito ad tempus facti testamenti vt testamentum retroruptum dici possit. Esset enim illud quoque non tantùm absurdum, sed etiam longè absurdiùs, retrofingi ruptum ex certo tempore duntaxat, non etiam ex præcedenti. Atqui nemo dixerit retrofingi posse ruptum testamentum agnatione posthumi priusquam conceptus fuerit posthumus, quia id manifestum implicaret contradictionem. Retrofictiones autem & fictiones omnes debent esse de possibili, licèt sint de falso *l. confessionibus 13. in princ. iuncta l. sequenti, §. vlt. D. de interrog. in iur. faciend.* Neque igitur potest retrofingi rupisse ex quo die conceptus fuit, quia peri. de impossibile est eodem die cõcipi quem & nasci hominem. Dices fortasse, imò admittendam necessariò esse retrofictionem rupti testamenti saltem ex die mortis testatoris, quia cùm posthumus rum pendo succedat, vt diximus: quisquis autem succedit siue ex testamento, siue ab intestato, iam inde ex die mortis successisse retrofingatur, *l. heres quandocunque 49. D. de acquir. hered. l. omnia 131. de regul. iur.* consequens videtur vt ex die quoque mortis testamentum rupisse retrofingatur. Sed facilis responsio est. Aliam esse causam rupti testamenti, aliam successionis. Succeditur iure ciuili: rumpitur verò testamentum facto cùm rumpitur agnatione. Vnde est quòd posthumus agnascendo sicut rumpit, ita & sibi locum facit, quia & aliquid facit & cùm nascitur, & cùm rumpit. Suus autem heres iam natus & præteritus nihil facit, nisi quòd ex persona sua inducit potestatem iuris. Ius enim illud est, quod facit testamentum nullum ob sui heredis iam nati præteritionem. Et minùs propriè loquitur quisquis dicit, suum heredem iam natum facere testamentum nullum, nisi accipiat hoc sensu, quòd faciat vt testamentum annulletur per legem. Sicuti namque solius legis est, non hominis dare vires testamento, ita & vires tollere, nullúmque facere sola lex potest, non homo: dicit filius testamentum nullum, non facit. Quod ergo pertinet ad causam successionis, facilè potest induci retrofictio postquam testamentum agnatione

ruptum

ruptum est, quia cùm successio iuris sit, certum est in iis quæ iuris sunt, fictionem, quæ ipsa etiam iuris est, facilè induci posse. At quod pertinet ad causam rumpendi testamenti, aliud est, quia rumpi testamentum, præsertim per agnationem, facti est, siue effectum & ruptionem ipsam spectes, siue causam rumpendi, quæ nihil nisi agnatio est. Nasci enim facti est, non iuris: in iis autem quæ facti sunt fictio induci nequit, *l. denique 19. D. ex quibus causis maior. l. in bello 12. §. facti. D. de capt. & postlim.* Vnde est, quòd quamuis viuo adhuc patre neque posthumus præteritus, neque alius quisquam possit succedere, quia viuentis successio nulla est, tamen potest rumpere, & rumpit si nascatur viuo patre, adeóq; tametsi postea eodem patre adhuc viuo decedat, *l. posthumus 12. D. de iniust. rupt.* quoniam qui potest rumpere testamentum nascendo, necesse est vt vel rumpat cùm nascitur, vel nunquam. Ex eóque magis intelligimus non posse argumentum trahi à successione ad ruptionem testamenti, aut cõtrà. Nam in successione retrofictio quæ potestate iuris inducitur, ideò nõ potest retrorsum egredi tempus mortis patris, quia viuẽtis hominis, vt dixi, nulla hereditas, nulla successio est, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* At in causa rumpendi testamenti, si qua fictio locum haberet, ea posset recurrere ad tempus vsque conditi testamenti, cùm nihil vetet rumpi testamẽtum viuo adhuc testatore. Ergo vel nulla inducenda est, vel talis inducenda est quæ ad testamenti tempus trahatur. Atqui absurdum esset, vt probauimus, retrofingi testamentum ruptum esse agnatione posthumi antequàm conceptus posthumus fuisset, cùm fieri possit vt posthumus qui natiuitatis suæ tẽpore præteritus inuenitur, fuerit conceptus post testamentum. Cõcludamus igitur agnatione posthumi rumpi quidem testamentum, sed non ita rumpi, vt retrò ruptum esse fingatur. Accommodatius videtur exemplum quod adfert Baldus de filio capto ab hostibus, & præterito à patre cùm esset in eo statu. Nam cùm hoc casu testamentum ab initio valeat, quia non potest videri filius suus heres, aut in morientis parentis potestate fuisse, qui eo tempore in hostium potestate erat, *l. penult. D. de iniust. rupt.* necesse est vt filio ab hostibus redeunte rumpatur, si filius in eo præteritus fuit, *l. Gallus 29. §. quid si, qui filium: de liber. & posth.* (si enim esset institutus, vtique non rumperet, qui sensus est *l. sed nec filius. D. iniust. rupt.*) Cùm autem rumpit, illud quoque necessarium videtur vt retrò rumpat, quia rumpit propter postliminij fictionem, quæ facit vt filius retrò in ciuitate semper fuisse videatur. Sed non est bona consecutio, & in hoc quoque Baldus errauit. Etsi enim filius cùm ab hostibus redit, rumpit testamẽtum patris eo colore quòd semper in ciuitate fuisse intelligatur, non ideò tamen retrofingitur rupisse, quia nec vllum tempus est ad quod retrofictionem illam possis trahere, etiamsi maximè velis: siquidem ea postliminij vis & potestas est, vt iuncto instanti reditus cum instanti captiuitatis deleat memoriam totius eius temporis quo filius apud hostes fuit, vt proinde si qua retrofictio hac in re fieret, eam necesse esset fieri ad id tempus, quod nunquam fuisse intelligeretur. Rumpit ergo testamentũ filius præteritus cùm redit ab hostibus, sed non retrò rumpit, nec facit quin ab initio & valuerit, & valuisse intelligatur, quia verum est non fuisse illum in patris morientis potestate, *d. §. quid si. iunct. l. lex Cornelia 12. D. qui testam. fa. possunt.* Ponimus enim factum esse eo tempore, quò iam filius captus erat, alioqui ab initio & ipso iure nullũ esset, nec rumpi amplius posset, *d. l. pen. D. de iniust. rupt.* Ex superioribus igitur apparet, verum esse quod initio diximus, nũquam

rumpi testamētum per prȩteritionem liberororum, qui sint sui heredes tempore testamenti, hoc est, qui eo tempore & in potestate sint, & primum gradum teneant in causa succedendi, sed esse tunc ipso iure nullum. Et rursus, cùm testamentum rumpitur per liberos prȩteritos, quod contingit, quoties ex postfacto apparent sui heredes, qui anteà & testamenti tempore non fuerunt, sic rumpi, vt tamen non retrò ruptum esse fingatur. Aliud est, si quæramus an retrò valuerit testamentum, quod rumpi oportuit per contra tabulas, si ea possessio nunquam posteà petita sit. Ei enim quandiu peti potest contra tabulas, non defert prætor secundùm tabulas: exclusis tamen iis qui contra tabulas petere potuerunt, reuertitur possessio ad scriptos, vt scriptum est in *l.2. D.de bon.poss.sec.tab.* non quòd testamentum fingatur retrò valuisse, vt vult Baldus, sed quia reuerà semper valuit, cùm nunquam ruptum fuerit, licèt rumpi potuerit. Ergo vt ad propositam quæstionem veniamus, de filia dotata, quæ per statutum exclusa sit à successione patris quoadusque masculi supererunt, vel ponimus eam esse & remanere suam heredem, quomodo diximus manere suam heredem, quæ non exclusa est nisi per renūtiationem: vel ponimus, quod omnino fatendum est, per exclusionem statutariam fieri, vt amittat illa & nomen, & ius sui heredis, eo demum casu, & tempore, quo per masculum à successione excluditur. Si ponimus eam manere suam heredem, consequens erit vt ipsius præteritione testamentum sit nullum, & iniustum, *l.si filius 7.l.inter cætera 30. D.de lib.& posth.l.1.D.de iniust.rupt.* Sin dicimus non posse illam retinere ius suitatis, propter exclusionem statutariam, sequetur non magis posse per ipsius præteritionem rumpi testamentū, quàm nullum & iniustum esse. Nullo igitur casu verum esse potest, quod vult Bartolus, filiam hanc impunè quidem præteriri posse, quandiu masculus aliquis superest, sed mortuis posteà masculis licèt post iam agnitam & acquisitam ex testamento patris hereditatem, rumpi ab ea testamentum, vt intestatus fiat pater, & prohibeatur habere heredem ex testamento masculum filium suum. Et verò si testamentum posset aliquo casu vel tempore rumpi per filiam, sequeretur quod nec interpretes negāt, vt interim non posset masculus heres institutus ex eo acquirere sibi hereditatem *d.l.ventre 84. & l.cùm quidam 30.§.quod dicitur. eod.tit.de acquir.hered.* & ita fieret vt filia per statutum exclusa obstaret fratri instituto ne posset ille heres esse ex testamento, cui tamen non obstaret, si pater decessisset intestatus. Fatentur enim omnes filiam, quæ non est exclusa per statutum, nisi quandiu masculi supererunt, non posse impedire quominus defuncto patre intestato hereditas tota masculo deferatur, & acquiratur, vt sit ille heres quandiu viuit, quia tale statutum non sit suspensiuum delationis successionis intestati quantum ad masculos, sed tantùm quod ad fœminas: alioqui non esset masculus heres ad tempus, nec filia ex tempore, quod vtrumque tamen & Bartolus & Baldus, & cæteri admittunt. Porrò quis ferre illud possit, vt huiusmodi statutum faciat deteriorē conditionem masculi heredis instituti quàm si pater intestatus decessisset? Scio fieri aliquando vt persona quæ non obstat in casu intestati, obstet tamen in casu testati, vt in specie illa valdè singulari, de qua respondit Papinianus in *d.l.scripto 7.D.vind.liberi.* Sed valdè dissimilis est illa species ab ea quam nunc tractamus. In illa enim decedit pater intestatus, non quia non fecisset testamentum, sed quia testamentum quod fecerat, & in quo filium exheredauerat, nepotémque ex eo prȩterierat, ex postfacto destitutum proponebatur per ex-

tranei

tranei heredis instituti repudiationem, quo deliberatę filius exheredatus decesserat, vt proinde eo tempore quo certum esse incipiebat decessisse patrem familiâs intestatum, non esset ampliùs in rerum natura filius, vt nepoti obstaret, cui tamen obstabat tempore conditi testamenti & mortis patris. Cæterùm si in ea specie decessisset pater intestatus, vtique filius obstitisset nepoti non minùs quàm in casu testati. At in specie quam tractamus, volunt interpretes vt filia quæ nullo modo obstaret fratri ab intestato, eidem obstet facto testamento. Hoc verò est quod ego absurdum esse dico, nec minùs carere ratione quàm exemplo. Error omnium in eo est, quòd putant posse fieri ex autoritate statuti vt masculus sit heres ad tempus, filia verò post mortem masculi & ex tempore, quod nos iam sæpiùs ac sæpiùs refutauimus. Siue igitur ex testamento, siue ab intestato filius patri semel heres extiterit, nũquam potest filia heres esse nec sua, nec aliena immediatè, id est, nisi per mediam masculi personam, & eo iure quo alius quilibet heres heredis posset dici heres testatoris, *l. vlt. C. de hered. instit. l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pupill. subst.* Nec proinde testamentum potest rumpere quod semel habuerit effectum, fueritque confirmatum non modò per legem, sed etiam per aditionẽ. Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur, vt ait Papinianus in *l. si patrom 55. § qui fideicommissum. D. ad SC. Trebell.* Alioqui nec permittendum esset masculo vt ex eo testamento heres esset, quandiu rumpi posset, faceretque intestati exitum pater, qui tamen inter liberos testamentum ab initio fecisset, adeóque validum si interpretibus credimus: ita fieret vt deterior esset causa filij instituti, quàm si pater sine testamento decessisset, cùm tamen nemo nesciat fauorabiliorem esse causam filij, cùm ex testamẽto succedere potest, quàm ab intestato, propter coniunctum fauorem testamenti, qui etiam ipsi liberorum fauori præualet, *l. si pars 10. D. de inoff. testam.* Et sanè quid absurdius est, quàm obstare masculo fœminam eo casu quo sit exclusa non modò per statutum, sed etiam per testamentum, nec tamen eidẽ obstare eo casu quo sit exclusa duntaxat per statutum? Annon potentior est, & esse debet duplex exclusio, quàm simplex? & contrà, ánnõ fauorabilior est filius, cui & statutum, & patris testamẽtum fauet, quàm cui statutum solum? At rursus si admittas quod negant interpretes, acquiri posse hereditatem ex huiusmodi testamento, sequetur nunquam posse rumpi. Vnus enim tantùm casus est in quo possit rumpi testamẽtum, ex quo iam acquisita sit hereditas, nimirum si proponatur querela inofficiosi testamẽti, *l. circa, 24. & pass. D. de inoff. test.* Sed ille casus habet specialem rationem, quia metus rumpendi per querelam testamenti, non potest impedire ne adeatur interim hereditas ex testamento, cùm querela non detur contra lignum, vt bonorum possessio cõtra tabulas, *l. quod vulgò 19. D. de bon. poss. contr. tab.* sed cõtra heredem, *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. D. de inoff. testam.* qui porrò non potest heres esse, nisi adita demum hereditate, *l. si quis filium 34. in fin. C. eod.* Hoc autem ideò, quia cùm querela inofficiosi sit odiosa ex duplici capite, & quia rescindit testamẽtum, & quia rescindit eo colore quasi testator fuerit demens & furiosus, *l. 2. & 4. l. Titia. 13. D. eod.* non priùs visum est permittẽdum vt exerceatur, quàm appareat nulla alia ratione fieri posse intestatum testatorem. Quod tamen tunc demum incipit esse certum, cùm adita est hereditas ex testamento, quia non potest intestatus decedere, qui aliquem ex testamento heredem iam habet. Quandiu autem non est adita hereditas, tamdiu potest destitui testamẽ-

tamen succedere non posset, quamuis nec statutum vllum esset per quod ipsa excluderetur: nec si moriente patre supersit masculus aliquis, qui succedere possit, quique per statuti potestatem solus succedere debeat, faciet ea res vt filia impunè potuerit præteriri in testamento patris: quoniam cùm quæritur an præteritione filij vel filiæ tanquam sui heredis testamentum sit nullum & iniustum, non est inspiciẽdum an sit suus heres tempore mortis, sed an tempore testamenti, quia nec posset ex postfacto conualescere testamẽtũ, quod ab initio & eo tempore quo fiebat, non valuisset, *l. 1. D. de iniust. rupt. l. quæ ab initio penult. de reg. iur.* Alioqui dicendum esset non fore inutile testamẽtum in quo præteritus fuisset suus heres qui viuo patre decessisset. Nec enim potest dici filia magis exclusa per statutum propter masculos, quãdo aliqui supersunt masculi tempore mortis patris, quàm exclusus sit per mortem filius qui patre viuo decessit. Hoc enim saltem habet exclusio quæ per mortẽ contingit, quòd de ea non dubitatur quin sit perpetua, quomodo de illa dubitatur, quæ inducitur per statutum. Atqui exclusio filij quæ per ipsius mortem contingit viuo patre, non impedit quominus testamentum sit nullum in quo filius ille præteritus fuerat, vt disertè scriptum est in *l. si filius 7. D. de liber. & posthum.* adeò vt in formula quoque Galli Aquilij necesse sit præcedere institutionem filij ad hoc vt possit valere testamentum in quo sit institutus posthumus nepos Aquilianus, quamuis per eam formulam nec instituatur, nec possit institui posthumus nepos, nisi in eum nominatim casum quo filius primi gradus viuo testatore morietur, *l. Gallus 29. §. in omnibus. eod.* Eadem igitur & multo maiore ratione dicendum est filiæ exclusionem quæ per statutum inducitur post mortem duntaxat patris, non posse facere quominus nullum sit testamentum in quo præterita fuit hæc filia, licèt in eo masculi ipsi per quos, & propter quos filia excluditur, instituti proponantur. Si quid enim esset quod contrarium suaderet, illud maximè esset, quòd nunquam potest hęc filia cum masculis succedere. Quæ tamen ratio in filio quoque Aquiliano locum habet, quem certum est cum posthumo nepote concurrere nunquam posse, *l. cùm in testamento 37. D. de hered. instit.* Nec eo minùs tamen necessaria est filij institutio, vt nepos ipse vtiliter & ritè institutus videatur, *d. §. in omnibus. iunct. l. si quis eum 16. in fin. D. de vulg. & pupill. substit.* Ergò nec valebit testamentum in quo præterita sit filia institutis masculis, tametsi cum masculis succedere non possit. Hoc enim plus habet hæc filia, quàm filius Aquilianus quòd potest ipsa succedere saltem aliquo casu, id est, si masculi omnes decedant viuo patre: quinimò & simul cum ipsis masculis, si fuerit cum ipsis instituta. Nec enim statutum vsque adeò eam excludit, vt prohibeat eam succedere ex testamento. Filius verò Aquilianus, id est, quem ponimus mori viuo testatore, nullo casu potest succedere, nec si testator velit, quia non est in testatoris potestate facere vt qui iam mortuus est succedat vllo casu: tantum abest vt cum Aquiliano nepote instituto succedere vllo casu possit. Non est igitur verum quod tam generaliter nostri post Bartolum pro vero constituũt, impunè præteriri posse omnes eos qui ab intestato succedere non possunt. Nam si verum id esset, vtiq; posset omniũ maximè præteriri impunè filius Aquilianus, quem certũ est nullo penitus casu ab intestato succedere posse, at neq; vt diximus, ex testamento: siquidẽ si patri superstes esset, iam Aquilianus filius dici non posset. Quanto minùs ergo præteriri possũt ij qui aliquo casu

succedere ab intestato possunt? Atqui in hoc numero filia est, de quâ disputamus: potest enim ab intestato succedere, nô solùm si masculi qui tempore testamenti sunt superstites, antè patrem moriantur, vt iam diximus, & apud omnes in confessio est, sed etiam si fortè iidem masculi patri superstites, ei tamê succedere vel nolint ex aliqua caussa, vel non possint, si interpretibus nostris credere magis velis, quàm iis quæ contra hanc sententiam in præcedentibus à nobis disputata sunt. Cur ergo poterit impunè præteriri? Sed & cùm filia hæc non excludatur per statutum nisi à successione intestati, non etiam à successione testati, quid obsecro est quod impediat ne sit sua heres in casu conditi testamenti? Ea siquidem exclusio statutaria duplicem condictionem habet, priorem illam, de qua sæpius iá diximus, si masculis aliquis superetit: posteriorem istam, si pater intestatus morietur. Nec enim id agit statutum, vt patri interdicat testamenti factione, aut vt eum liget ne filiam, siuè cum masculis possit instituere, siuè etiam sine masculis, si fortè iustá habeat masculorum exheredandorum. Patre igitur mortuo testato deficit vna ex conditionibus exclusionis statutariæ, ac proinde cessante statuto remanent omnia in iuris communis dispositione, secundùm quam nemo negauerit esse hanc filiam suam heredem, cùm & in potestate sit, & primum gradum teneat in caussa succedendi. Et quemadmodum Papinianus in *dicta lege, scripto*, putat non esse absurdum vt filius in caussa intestati non obstet nepoti, cui tamen obstaret in caussa testati; ita nec in proposito nouum, aut mirum videri debet, masculos obstare filiæ in caussa intestati, nec ei tamen obstare in caussa testati: sic nimirum facientibus verbis statuti, per quod filia excluditur in casu intestati tantùm, nô etiam in casu testati. Alioqui si ad adiuuádum liberis ius suitatis sufficeret excludi eos à successione intestati, sequeretur quòd impunè semper & quilibet suus heres in testamento patris præteriri posset. Quid enim aptius est ad excludendum ab intestati successione legitimû successorem, quàm vt testamentum fiat? Intestatus nâque is propriè decedit qui testamentum nô fecit *l.1. in princip. D. de suis & legit.* Neq; verò si quæramus cur suus heres omnimodo instituendus sit vel exheredandus, ratio illa afferri debet quòd esset ille ab intestato successurus, sed quia etiam viuo adhuc patre, atque ita eo iam tempore, quo tamen nondum succedi ab intestato potest, bonorum paternorum quodammodo dominus esse intelligitur, vt loquitur Paulus in *l. in suis*, x1. *D. de liber. & post.* non expectato, nec inspecto eo an testatus an intestatus pater moriturus sit. Vnde etiam est quod facto quoque testamento, si filius in eo institutus sit, perinde statim & ipso iure sit heres ex testamento, & quidem tanquam suus, & necessarius, atque heres esset ab intestato, si testamentum nullum factum esset, *l.1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* Imò, si quæramus cur ab intestato suus heres omnimodo succedat, non illud responderi poterit, quòd à lege primus vocatus sit ad hereditatem (nam vt alibi monuimus, numquam lex vocauit suos, nec eorum mentionem vllam fecit, nisi ponendo eos in côditione, cùm vocauit proximum agnatû sub illa côditione, si suus heres nemo esset. Neq; verò potuit lex eos vocare ad hereditatem, quæ quantum ad ipsos attinet, nulla esse intelligitur, *d. l. in suis*) sed à contrario respondendû erit, quia nec pater ipse testando potuisset sine causa auferre suo heredi dominium, quod ille in bonis viui patris habuisset, *l. vlt. D. de bon. damnat.* nisi eo iure quo potuisset etiam eum occidere, vt scriptum est in *d. l. in suis.* Itaque tantum

abest

abest vt ius sui heredis, cùm testamentum factum est, sit æstimandum ex successione intestati: vt contrà æstimandum sit ius sui heredis in successione intestati ex eo iure quod habet suus heres aduersus patrem ipsũ testantem. Est enim optima consecutio, vt qui patris testamentum impugnare, aut nullum dicere potest, aut etiam per inofficiosi querelam rũpere, multo magis possit succedere ab intestato: At non similiter è conuerso, vt qui ab intestato succedere potest, omnino instituendus sit, vel exheredandus, aut, vt possit habere querelam, si fuerit sine causa exheredatus: ne aliter dicendum sit, eadem fore iura legitimi cuiuslibet successoris, facto testamento, quæ sunt sui heredis. Causa enim testati præcedit causam intestati, sicut dignitate, ita & tempore; ideoque valet argumentum à causa testati ad causam intestati, tanquam à maiori ad minus adfirmatiuè, vt quisquis potest impugnare testamentum, multo magis possit ab intestato succedere, non retrò à causa intestati ad causam testati, vt quisquis ab intestato potest succedere, possit etiam testamentũ impugnare, vt cernere est in liberis naturalibus & illegitimis, itémque in adoptiuis, qui licèt ab intestato possint succedere iuxta eum modum, quẽ Iustiniani constitutiones præscripserunt, attamen contra testamentum venire numquam possunt *l. vlt. C. de natur. liber. l. penult. C. de adopt.* Dices fortasse, valere argumentum à minore ad maius negatiuè, vt qui non potest quod est minus, multo minus possit quod est plus; hinc ergò consequens esse vt qui non potest ab intestato succedere, possit multo minùs dicere nullũ testamẽtum, aut alio iure ipsum impugnare. Respondeo, fore bonam ratiocinationẽ, si in vtraque propositione idem termini retinerẽtur, puta si quis sic diceret, Non potest filia per statutum exclusa succedere ab intestato: Ergo multo minùs poterit ex autoritate statuti testamentum impugnare: Aut etiam hoc modo, Filia non potest succedere ab intestato iure cõmuni: Ergo multo minùs poterit succedere cõtra expressam patris voluntatem. Sed in casu nostro longè aliter fit argumentatio contra filiam, & pessimè in hunc modum: Filia non potest ab intestato succedere ex statuto: Ergo neque poterit succedere cõtra testamentum ex iure communi: sunt enim separata iura statuti & iuris cõmunis sicut & successionũ testati atque intestati: Cumque par, & æquale ius habeat suus heres, siue testatus siue intestatus pater decesserit; Nõ potest esse bona consecutio, vt statutum quod suo heredi ademit ius suitatis quod habiturus erat ab intestato videatur etiam ei ademisse ius quod habet in casu testati: imò sic in contrarium pro filia argumẽtari debemus; Satutum abstulit ei ius suitatis ab intestato: Ergo saluum eidem remanet ius suitatis ex iure communi, quoties testamentum factũ fuit. Cur enim statutum quod de successione intestati districtè loquitur, volumus extendere ad causam successionis testati? An non prorsus odiosæ sunt huiusmodi exclusiones, & quia liberos grauant, & quia commune ius lædunt? Quis ergo ferat vt adiuuentur & extendantur per interpretationem? *l. cùm quidam 19. D. de liber. & post.* Præterea vt hoc melius intelligatur, finge filiumfamilias militem testamentum fecisse de castrensi peculio, in eóque testamento præteriisse filium quem iam tum habebat in eiusdem patris potestate: Valebit quidem testamentum non obstante filij præteritione, quia non potest videri præteritus suus heres, cùm suum heredem habere nõ potuerit testator eo tempore quo erat ipse in potestate; sed tamen si postea mortuo militis patre, miles ipse fiat paterfamiliâs, & filium suum in potestate habere incipiat, testamentum proculdubio

rumpitur, idque non tam quasi agnatione sui heredis, cùm nullo circa filium nouo facto, sed ordine quodā naturali pater nactus sit potestatē, quàm quia filius ille præteritus fuit; qui si vel institutus fuisset, vel exheredatus, nō rūperet quomodo rumperet nepos Velleanus, id est, qui viuo auo in patris sui locum succedit, si lex Vellea non esset, vt subtiliter disputat Tryphoninus in *l. filius 28. §. 1. D. de liber. & posthum. iunct. §. pen. l. Gallus 29. eod. & l. si filiusfa. 33. D. de test. milit.* Et tamen in illa specie verum est, filium hunc præteritū nō potuisse succedere patri suo ab intestato tēpore testamēti; cùm, si eo tēpore pater decessisset intestatus, neque hereditatem, neq; heredem vllū habuisset, bonaque ipsius castrensia, non ad filium, quem non habebat in potestate: sed ad patrem, in cuius ipse potestate erat, pertinuissent, *l. 2. D. de castrens. pecul.* Cùm ergo quæritur de iuribus testamenti in quo præteritus est filius aut filia, non illud inspici debet, vtrum persona præterita potuerit ab intestato succedere, si testator tempore testamenti intestatus decessisset; at illud vnum potius, an eo testamenti tempore fuerit, aut postea cœperit esse in potestate. Quòd si filius qui testamenti tempore in patris militis potestate non fuit, rūpit patris testamentū quandocūq; in patris potestatem venit, quanto magis in hoc casu testamentū erit nullū ob præteritionem filiæ quę iam ipso testamenti tempore sit in potestate? Illud enim vtriq; casui commune est, quòd neq; filius ille, neq; filia hęc succedere ab intestato potest, si testamenti tempus pręcisè inspicias. Potest tamen vterq; aliquo casu succedere, si tempus illud inspiciatur quo succedi potest, id est tempus mortis. Nam sicut moriente militis patre ante militem, filius militis incipit capax esse succedendi patri suo intestato; Ita & filia, de qua agimus, nil obstante exclusione statutaria potest succedere patri suo si masculi pręmoriantur. Sed hoc plus habet filia exclusa per statutū, quàm filius filiifamilias militis, quòd in testatoris potestate est iam ipso tempore conditi testamēti, ille autem non est in potestate patris sui, sed aui. Maior igitur ratio est quæ impugnat testamentū in quo hæc filia præterita fuit, quàm quæ testamētum rumpit in quo filius ille præteritus. Ius enim potestatis illud est, quod patri necessitatem adfert instituendorum liberorum aut exheredādorum, quia & ex eo potestatis iure proficiscitur ius sui heredis, si modò is qui in potestate est primum gradum teneat in causa succedēdi, *d. l. scripto 7. vnde lib.* Est ergo in proposito casu filia sua heres, quia non solum in potestate est, sed etiam in primo gradu. Nec eam frater masculus anteuertit in gradu, sed tantùm in ordine succedendi: in ordine, inquam, per statutum inducto, non qui sit ex iure ciuili. Non enim distinguit ius ciuile ordinem à gradu, cùm succedendi ordinem constituat ex solo graduum ordine. Porrò ius sui heredis ex iure ciuili est & ex lege 12. tabul. non ex statuto. Non potest igitur ordo statutarius secūdùm quem nō vocantur fœminæ nisi post masculos, tollere ius suitatis, æstimandum ex ordine & gradibus iuris ciuilis. Præsertim verò cùm neque ordo ille iuris ciuilis per statutum interuersus sit absolutè & in totum, sed limitatè quantum ad successionem intestati, manente consequēter incorrecto iure ciuili, & communi in cæteris omnibus, id est quantum ad successionem testati, de qua nihil statuto cautum est. Sed lubet agere subtilius. Dico filiam hanc esse suam heredem patri, non tantùm inspecto tempore testamenti, sed etiam inspecto tempore mortis, id est eo instanti, non quo pater iam sit mortuus, sed quo moriatur. Nam cùm nihil sit quod ei obiici queat, quominus sit sua heres, nisi quòd per statutum à suc-

cessione

cessione intestati excluditur, planè cõsequens esset manere illam suam heredem quamdiù exclusa non est à successione intestati, cui porrò certũ est locũ nullum esse posse facto testamento, vt iam diximus. Sed hoc etiam concesso, quod numquam euinci posset, vt statutum loquens de solo casu intestati trahatur ad casum etiam testati, concedendo nõ eo minùs fore hanc filiã suam heredem inspecto tempore mortis, quia non magis de testamentaria, quàm de legitima successione tractari potest viuo eo de cuius successione agitur, vt proinde exclusio illa statutaria, siue legitima sit, siue testamẽtaria, nõ priùs possit incipere quàm mortuus sit pater. Atqui instans quo moritur pater, præcedit instans quo iam sit mortuus, quia computatur vitæ non morti, *l. vlt.* D. *de condic. instit. l. qui duos* 18. D. *de manum. testam.* Verum igitur est dicere eo instanti, quo pater moritur, nondum esse filiã exclusam à successione siue testati siue intestati, & cõsequenter adhuc suã heredẽ esse, cùm sola exclusio statutaria illa sit, quę ius sui heredis potest ei adimere. Atqui testamẽti confirmatio fit per legem non eo instanti, quo testator mortuus est, sed eo ipso quo moritur, quia exinde certũ esse incipit supremã esse illam vim adhuc hominis voluntatem, & quę mutari ampliùs numquam potest: quę si non confirmaretur eo instanti, quo testator adhuc aliquis est, sera esset confirmatio quę fieret posteaquam is iam mortuus esset, id est nullus. Rursus non potest confirmari per legem testamentum illud, in quo suus heres præteritus fuit, quia nullũm, & iniustum est, & nullius momenti. Cùm itaq; eo instanti quo pater moritur filia sit adhuc sua heres, & nihilominùs præterita reperiatur, fatendum necessariò est eius testamenti confirmationem nullam fieri tunc posse; & consequenter exclusionem statutariam, quæ non nisi post mortem superuenit, nullum effectum habere, ad inducendam testamenti validitatẽ, quod & ab initio, & mortis tempore nullum fuerit, neutróque tempore confirmari potuerit: exemplo eius quod de bonorũ possessione decretali scribit Vlp. in *l. 1. §. decretalis.* D. *de success. edict.* non posse illam repudiari, quia inquit, priusquàm fuerit decreta, nondum delata est. Rursum posteaquam decreta est, sera repudiatio est, quonia id quod acquisitum est, repudiari non potest. Nec valdè dissimile quid scriptum est *l. si ego 9. §. si res.* D. *de iur. dot.* Sic igitur & in proposito dicendum est exclusionem filiæ statutariam non posse tollere vitium præteritionis filiæ, quia antequàm pater sit mortuus, nulla exclusio est quæ facere possit ne testator malè & contra iuris regulas testatus videatur, patre autem iam mortuo, cùm exclusio vires habere incipit, sera testamenti confirmatio est, quod neque testamenti, neq; mortis tempore valuit, & quod post mortem confirmari numquam potest. Nec pro interpretibus quicquam facit *l. 1. §. penult.* D. *de bonor. poss. contr. tabul.* quo vno loco mouentur omnes, vt dicant posse impunè præteriri eum, qui non possit succedere ab intestato. Ibi enim agitur de filio deportato, eúmq; Vlpianus ait verius esse non nocere nepoti; deportatos enim mortuorum loco habendos. Sed quid simile aut commune habet deportatus, qui neque in patris potestate, neq; ciuis est, cum filia per statutũ duntaxat exclusa? nec nisi à successione intestati, & quã nos diximus & probauimus, nil obstante exclusione statutaria, suam heredem esse, non solùm si testamẽti, sed etiam si mortis tempus inspiciatur? Est enim filia hæc & ciuis, & in potestate patris vtroq; tempore, primúmq; gradũ tenet etiam in causa succedendi, saltem ex testamento. Denique potest aliquo casu succedere etiam ab intestato, nempe si masculi omnes præmoriantur:

itémque si interpretibus credimus, eo casu quo masculus superstes, heres patri esse vel nolit vel non possit; quorum omniũ nihil est quod de deportato dici possit. Is enim nullo penitus casu potest succedere, nisi si in integrum restitutus sit viuo patre: qui casus magis incertus & fortuitus est, quàm vt sperari possit, *l. Gallus 29. §. & quid si tantum.* D. *de liber. & poss.* extra casum *l. intercidit 59.* D. *de condic. & demonstr.* de quo alibi scripsimus. Vnus tantùm scrupulus superesse potest aduersus ea quæ toto hoc capite disputauimus. Nã cùm nihil prosit dicere, testamentum in quo hæc filia præterita est, nullius esse momenti, nisi ad hoc vt fiat pater intestatus; ab intestato non possit ipsa succedere, quid potest, obsecro, interesse an faciat testamentum nullũ, necne? Sed facilis responsio est, etiamsi nihil interesset filiæ, non esse tamen otiosam quæstionem, cùm possit masculorum interesse, siue ponas eos fuisse exheredatos instituto herede extraneo, siue cum extraneo institutos, quorum proinde intersit succedere ab intestato potius, quàm ex testamento ne extraneus ille faciat iis partem; aut si soli quidem masculi sint instituti, sed ex inæqualibus portionibus, quæ ab intestato æquales forent. Certum enim est etiam institutos liberos posse petere bonorum possessionem contra tabulas ex persona fratris præteriti, vel sororis e ictum committentis, *l. si qui 15. & seq.* D. *de leg. præst.* Cuius possessionis vtilitas non parua etiam in eo est, quòd exonerat successorem ne cogatur præstare legata, nisi quæ exceptis personis relicta sunt, *l. 1. & tot. ill. eod. tit.* sed addo, quod magis est, ipsius etiam filię pręteritę valdè interesse, vt testamentum hoc nullius momenti esse fateamur, nec solùm illis casibus in quibus possit ipsa succedere ab intestato, siue quòd prędefuncti sint masculi viuo adhuc patre, siue quòd heredes esse vel nolint, vel non possint: sed etiam eo casu quo certum sit non posse illam succedere ab intestato propter statutariam exclusionem: Nimirum si velit succedere per bonorum possessionem contra tabulas, quod iuris prętorij auxilium competit omnibus liberis pręteritis, etiam qui non fuerunt in patris potestate, neq; testamenti neque mortis tempore; multo magis eis qui vtroque tempore fuerunt: Neque enim dici potest beneficium hoc iuris prętorij tolli per statutũ, de quo tractamus. Supponimus enim quòd statutum non excludit filiam nisi ab intestato, saltem nõ etiam ex testamento. At cùm filia petit bonorum possessionem contra tabulas, succedit ex testamento. *§. sunt autem. instit. de bon. possess.* & quidem ita vt prior & potior sit ipsius causa quàm heredũ institutorum, quibus numquam dat prętor bonorum possessionem secũdùm tabulas, nec quę sit sine re, quamdiu peti cõtra tabulas potest, *l. 2.* D. *de bon. pos. sec. tab.* Quemadmodum ergo cùm testamentum factum est in fauorem siue masculorum, siue extraneorum, nulla vis est statuti loquentis tantùm de successione intestati, quia causa testati facit cessare causam intestati: ita & multo magis fatendum est non posse per statutariam exclusionem impediri filiam, ne petat bonorum possessionem contra tabulas, quę pręcedit causam ipsam testamenti. Scio liberos, qui non admittuntur ad bonorum possessionẽ cõtra tabulas, non facere partem cęteris qui admittũtur *l. si post mortem. 10. §. liberi.* D. *de contr. tab.* sed non similiter possis dicere illos, qui nõ faciunt partem ab intestato, non posse admitti ad contra tabulas. Quidni enim admittantur vt succedant ab intestato ex testamento, presertim cùm & testamenti, & mortis tempore fuerunt sui heredes? Nam nec filius emancipatus pręteritus potest ab intestato succedere per Vnde liberi, obstante scilicet ei testamento, nec eo

minus

minùs tamen poteſt ſuccedere per contra tabulas, quę ob eam cauſſam ipſi neceſſaria eſt, *l.2.* D *.vnd.liberi*. Æquè igitur vt neceſſaria, ita & vtilis erit filię bonorum poſſeſſio contrà tabulas, quia cùm filia quę per ſtatutum excluderetur à ſucceſſione inteſtati, pręterita eſt in teſtamento patris, non obſtat ei ſtatutum, quod ipſum per teſtamentum excluditur; ſed teſtamẽtum ſolùm. Atqui cõtra teſtamentum haberet paratum auxilium in bonorum poſſeſſione, contra tabulas, ſi nullum eſſet ſtatutum, ergo habebit etiam non obſtãte ſtatuto. Prępoſterum enim eſſet & abſurdum, vt remedia quę cõtra teſtamẽtum competunt, excluderentur propter ſtatutum, cui nullus omnino locus ſit facto teſtamẽto. Et hic caſus valdè notandus, & fortè ſingularis atque vnicus eſt, in quo bonorũ poſſeſſio contra tabulas neceſſaria ſit ſuis heredibus pręteritis. Nam extra hunc caſum vtilis quidẽ eſſe poteſt, ſed neceſſaria eſſe non poteſt, cùm ſui heredes pręteriti ſicut faciunt teſtamentum ipſo iure nullum, ita & ſuo iure ab inteſtato ſuccedere poſſint ſine beneficio prętoris, ſi modò ius ſuũ exequi velint *d.l.is qui*. Sed cùm in iis quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt nõn poſſimus ſequi regulam iuris *l.in his* 15. D *.de ll.* mirum non eſt ſingulare aliquid eſſe in hoc caſu, propter ſtatutum, quod cùm nõ faciat, vt filia hæc ſua heres non ſit, facit tamen vt non magis ab inteſtato ſuccedere poſſit, quàm ſi ſua heres nec teſtamenti nec mortis patris tẽpore fuiſſet. Nec replicari poteſt non eſſe veroſimile vt ſtatutum voluerit admitti poſſe filiam contra teſtamentum, quam voluit excluſam à ſucceſſione inteſtati. Nã cùm ſtatutum tam odioſum, & vt loquuntur, exorbitans à iure communi non loquatur niſi de ſucceſſione inteſtati, nulla ratio eſt cur protrahatur ad caſum facti teſtamenti, præſertim cùm quæ fuit ſtatuentibus neceſſitas prouidendi in caſum inteſtati, vt bona in familia remanerent, aut vt melior eſſet cauſa maſculorum quàm fœminarum, eadem nulla fuerit eo caſu, quo pater teſtaretur; in cuius arbitrio & poteſtate fuit & ſolemnia legum ſeruare, & iis ſeruatis filiam ſuam, ſi vellet, à ſua ſucceſſione excludere per exheredationem, aut ea inſtituta in aliqua vel minima hereditatis parte, vt ſi relicto contenta eſſe noluiſſet, nihil tamen niſi legitimæ ſupplementum petere poſſet. Quod nec ſtatuta ſolent denegare filiabus, quas ab inteſtati ſucceſſione excludunt, cùm exigant hoc ſaltem, vt filia ſit dotata: dotem autem vix aliter congruam habeant, quàm ſi reſpondeat ei quantitati, quæ pro legitima deberetur: quãquam nec omnino id neceſſe eſt. Atque ita omnimodo ſentiendũ puto cõtra Baldum ad *l.maximum vitium.4.num.16.& ſeqq. C. de lib.pręt.* vbi licèt multis rationibus diuerſam probare nitatur ſentẽtiam, nihil tamen adfert, quod non ſatis ex ſuperioribus refellatur. Nec vnquam mihi perſuadebit Baldus, ſtatutum, quod non diſponit niſi ab inteſtato, habere locum etiam ex teſtamento. Quod nec potuit probare *Ab.conſ.13.& conſ.76.* quem refert & probat Andr. Barbat. in Apoſtil. ad Baldum loco ſupradicto, cum verbis ſtatuti, præſertim quòd ſe habeat derogatiuè ad ius commune, nihil addere vel detrahere debeamus: vt tractat, pluribúſque probat idem Baldus ad *d.l.4.num 15.C.de lib.pręteritis.*

rumpi testamẽtum per prӕteritionem liberororum, qui sint sui heredes tempore testamenti, hoc est, qui eo tempore & in potestate sint, & primum gradum teneant in causa succedendi, sed esse tunc ipso iure nullum. Et rursus, cùm testamentum rumpitur per liberos prӕteritos, quod contingit, quoties ex postfacto apparent sui heredes, qui anteà & testamenti tempore non fuerunt, sic rumpi, vt tamen non retrò ruptum esse fingatur. Aliud est, si quæramus an retrò valuerit testamentum, quod rumpi oportuit per contra tabulas, si ea possessio nunquam posteà petita sit. Etsi enim quandiu peti potest contra tabulas, non defert prætor secundùm tabulas: exclusis tamen iis qui contra tabulas petere potuerunt, reuertitur possessio ad scriptos, vt scriptum est in *l.2. D.de bon.poss.sec.tab.* non quòd testamentum fingatur retrò valuisse, vt vult Baldus, sed quia reuerà semper valuit, cùm nunquam ruptum fuerit, licèt rumpi potuerit. Ergo vt ad propositam quæstionem veniamus, de filia dotata, quæ per statutum exclusa sit à successione patris quoadusque masculi supererunt, vel ponimus eam esse & remanere suam heredem, quomodo diximus manere suam heredem, quæ non exclusa est nisi per renũtiationem: vel ponimus, quod omnino fatendum est, per exclusionem statutariam fieri, vt amittat illa & nomen, & ius sui heredis, eo demum casu, & tempore, quo per masculum à successione excluditur. Si ponimus eam manere suam heredem, consequens erit vt ipsius prӕteritione testamentum sit nullum, & iniustum, *l.si filius 7.l.inter cætera 30. D.de lib.& posth.l.1. D.de iniust.rupt.* Sin dicimus non posse illam retinere ius suitatis, propter exclusionem statutariam, sequetur non magis posse per ipsius prӕteritionem rumpi testamentũ, quàm nullum & iniustum esse. Nullo igitur casu verum esse potest, quod vult Bartolus, filiam hanc impunè quidem prӕteriri posse, quandiu masculus aliquis superest, sed mortuis posteà masculis licèt post iam agnitam & acquisitam ex testamento patris hereditatem, rumpi ab ea testamentum, vt intestatus fiat pater, & prohibeatur habere heredem ex testamento masculum filium suum. Et verò si testamentum posset aliquo casu vel tempore rumpi per filiam, sequeretur quod nec interpretes negãt, vt interim non posset masculus heres institutus ex eo acquirere sibi hereditatem *d.l.ventre 84. & l.cùm quidam 30.§.quod dicitur. eod.tit.de acquir.hered.* & ita fieret vt filia per statutum exclusa obstaret fratri instituto ne posset ille heres esse ex testamento, cui tamen non obstaret, si pater decessisset intestatus. Fatentur enim omnes filiam, quæ non est exclusa per statutum, nisi quandiu masculi supererunt, non posse impedire quominus defuncto patre intestato hereditas tota masculo deferatur, & acquiratur, vt sit ille heres quandiu viuit, quia tale statutum non sit suspensiuum delationis successionis intestati quantum ad masculos, sed tantùm quod ad fœminas: alioqui non esset masculus heres ad tempus, nec filia ex tempore, quod vtrumque tamen & Bartolus & Baldus, & cæteri admittunt. Porrò quis ferre illud possit, vt huiusmodi statutum faciat deteriorẽ conditionem masculi heredis instituti quàm si pater intestatus decessisset? Scio fieri aliquando vt persona quæ non obstat in casu intestati, obstet tamen in casu testati, vt in specie illa valdè singulari, de qua respondit Papinianus in *d.l.scripto 7. D.vnd.liberi.* Sed valdè dissimilis est illa species ab ea quam nunc tractamus. In illa enim decedit pater intestatus, non quia non fecisset testamentum, sed quia testamentum quod fecerat, & in quo filium exheredauerat, nepotémque ex eo prӕterierat, ex postfacto destitutum proponebatur per ex-

tranei

tranei heredis instituti repudiationem, quo deliberatę filius exheredatus decesserat, vt proinde eo tempore quo certum esse incipiebat decessisse patrem familiâs intestatum, non esset ampliùs in rerum natura filius, vt nepoti obstaret, cui tamen obstabat tempore conditi testamenti & mortis patris. Cæterùm si in ea specie decessisset pater intestatus, vtique filius obstitisset nepoti non minùs quàm in casu testati. At in specie quam tractamus, volunt interpretes vt filia quæ nullo modo obstaret fratri ab intestato, eidem obstet facto testamento. Hoc verò est quod ego absurdum esse dico, nec minùs carere ratione quàm exemplo. Error omnium in eo est, quòd putant posse fieri ex autoritate statuti vt masculus sit heres ad tempus, filia verò post mortem masculi & ex tempore, quod nos iam sæpius ac sæpiùs refutauimus. Siue igitur ex testamento, siue ab intestato filius patri semel heres extiterit, nũquam potest filia heres esse nec sua, nec aliena immediatè, id est, nisi per mediam masculi personam, & eo iure quo alius quilibet heres heredis posset dici heres testatoris, *l. vlt. C. de hered. instit. l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pupill. subst.* Nec proinde testamentum potest rumpere quod semel habuerit effectum, fueritque confirmatum non modò per legem, sed etiam per aditionẽ. Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur, vt ait Papinianus in *l. si patroni 55. § qui fideicommissum. D. ad SC. Trebell.* Alioqui nec permittendum esset masculo vt ex eo testamento heres esset, quandiu rumpi posset, faceretque intestati exitum pater, qui tamen inter liberos testamentum ab initio fecisset, adeóque validum si interpretibus credimus: ita fieret vt deterior esset causa filij instituti, quàm si pater sine testamento decessisset, cùm tamen nemo nesciat fauorabiliorem esse causam filij, cùm ex testamẽto succedere potest, quàm ab intestato, propter coniunctum fauorem testamenti, qui etiam ipsi liberorum fauori præualet, *l. si pars 10. D. de inoff. testam.* Et sanè quid absurdius est, quàm obstare masculo fœminam eo casu quo sit exclusa non modò per statutum, sed etiam per testamentum, nec tamen eidẽ obstare eo casu quo sit exclusa duntaxat per statutum? Annon potentior est, & esse debet duplex exclusio, quàm simplex? & contrà, annõ fauorabilior est filius, cui & statutum, & patris testamẽtum fauet, quàm cui statutum solum? At rursus si admittas quod negant interpretes, acquiri posse hereditatem ex huiusmodi testamento, sequetur nunquam posse rumpi. Vnus enim tantùm casus est in quo possit rumpi testamẽtum, ex quo iam acquisita sit hereditas, nimirum si proponatur querela inofficiosi testamẽti, *l. circa, 24. & pass. D. de inoff. test.* Sed ille casus habet specialem rationem, quia metus rumpendi per querelam testamenti, non potest impedire ne adeatur interim hereditas ex testamento, cùm querela non detur contra lignum, vt bonorum possessio cõtra tabulas, *l. quod vulgò 19. D. de bon. poss. contr. tab.* sed cõtra heredem, *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. D. de inoff. testam.* qui porrò non potest heres esse, nisi adita demum hereditate, *l. si quis filium 34. in fin. C. eod.* Hoc autem ideò, quia cùm querela inofficiosi sit odiosa ex duplici capite, & quia rescindit testamẽtum, & quia rescindit eo colore quasi testator fuerit demens & furiosus, *l. 2. & 4. l. Titia. 13. D. eod.* non priùs visum est permittẽdum vt exerceatur, quàm appareat nulla alia ratione fieri posse intestatum testatorem. Quod tamen tunc demum incipit esse certum, cùm adita est hereditas ex testamento, quia non potest intestatus decedere, qui aliquem ex testamento heredem iam habet. Quandiu autem non est adita hereditas, tamdiu potest destitui testamẽ-

tamen succedere non posset, quamuis nec statutum vllum esset per quod ipsa excluderetur: nec si moriente patre supersit masculus aliquis, qui succedere possit, quique per statuti potestatem solus succedere debeat, faciet ea res vt filia impunè potuerit præteriri in testamento patris: quoniam cùm quæritur an præteritione filij vel filiæ tanquam sui heredis testamentum sit nullum & iniustum, non est inspiciẽdum an sit suus heres tempore mortis, sed an tempore testamenti, quia nec posset ex postfacto conualescere testamentũ, quod ab initio & eo tempore quo fiebat, non valuisset, *l. 1. D. de iniust. rupt. l. quæ ab initio penult. de reg. iur.* Alioqui dicendum esset non fore inutile testamẽtum in quo præteritus fuisset suus heres qui viuo patre decessisset. Nec enim potest dici filia magis exclusa per statutum propter masculos, quãdo aliqui supersunt masculi tempore mortis patris, quàm exclusus sit per mortem filius qui patre viuo decessit. Hoc enim saltem habet exclusio quæ per mortẽ contingit, quòd de ea non dubitatur quin sit perpetua, quomodò de illa dubitatur, quæ inducitur per statutum. Atqui exclusio filij quæ per ipsius mortem contingit viuo patre, non impedit quominus testamentum sit nullum in quo filius ille præteritus fuerat, vt disertè scriptum est in *l. si filius 7. D. de liber. & posthum.* adeò vt in formula quoque Galli Aquilij necesse sit præcedere institutionem filij ad hoc vt possit valere testamentum in quo sit institutus posthumus nepos Aquilianus, quamuis per eam formulam nec instituatur, nec possit institui posthumus nepos, nisi in eum nominatim casum quo filius primi gradus viuo testatore morietur, *l. Gallus 29. §. in omnibus. eod.* Eadem igitur & multo maiore ratione dicendum est filiæ exclusionem quæ per statutum inducitur post mortem duntaxat patris, non posse facere quominus nullum sit testamentum in quo præterita fuit hæc filia, licèt in eo masculi ipsi per quos, & propter quos filia excluditur, instituti proponantur. Si quid enim esset quod contrarium suaderet, illud maximè esset, quòd nunquam potest hęc filia cum masculis succedere. Quæ tamen ratio in filio quoque Aquiliano locum habet, quem certum est cum posthumo nepote concurrere nunquam posse, *l. cùm in testamento 37. D. de hered. instit.* Nec eo minùs tamen necessaria est filij institutio, vt nepos ipse vtiliter & ritè institutus videatur, *d. §. in omnibus. iunct. l. si quis eum 16. in fin. D. de vulg. & pupill. substit.* Ergò nec valebit testamentum in quo præterita sit filia institutis masculis, tametsi cum masculis succedere non possit. Hoc enim plus habet hæc filia, quàm filius Aquilianus quòd potest ipsa succedere saltem aliquo casu, id est, si masculi omnes decedant viuo patre: quinimò & simul cum ipsis masculis, si fuerit cum ipsis instituta. Nec enim statutum vsque adeò eam excludit, vt prohibeat eam succedere ex testamento. Filius verò Aquilianus, id est, quem ponimus mori viuo testatore, nullo casu potest succedere, nec si testator velit, quia non est in testatoris potestate facere vt qui iam mortuus est succedat vllo casu: tantum abest vt cum Aquiliano nepote instituto succedere vllo casu possit. Non est igitur verum quod tam generaliter nostri post Bartolum pro vero constituũt, impunè præteriri posse omnes eos qui ab intestato succedere non possunt. Nam si verum id esset, vtiq; posset omniũ maximè præteriri impunè filius Aquilianus, quem certũ est nullo penitus casu ab intestato succedere posse, at neq; vt diximus, ex testamento: siquidẽ si patri superstes esset, iam Aquilianus filius dici non posset. Quanto minùs ergo præteriri possũt ij qui aliquo casu

succedere ab intestato possunt? Atqui in hoc numero filia est, de qua disputamus: potest enim ab intestato succedere, nō solùm si masculi qui tempore testamenti sunt superstites, antè patrem moriantur, vt iam diximus, & apud omnes in confesso est, sed etiam si fortè iidem masculi patri superstites, ei tamē succedere vel nolint ex aliqua caussa, vel non possint, si interpretibus nostris credere magis velis, quàm iis quæ contra hanc sententiam in præcedentibus à nobis disputata sunt. Cur ergo poterit impunè præteriri? Sed & cùm filia hæc non excludatur per statutum nisi à successione intestati, non etiam à successione testati, quid obsecro est quod impediat ne sit sua heres in casu conditi testamenti? Ea siquidem exclusio statutaria duplicem condictionem habet, priorem illam, de qua sæpius iá diximus, si masculus aliquis superierit: posteriorem istam, si pater intestatus morietur. Nec enim id agit statutum, vt patri interdicat testamenti factione, aut vt eum liget ne filiam, siuè cum masculis possit instituere, siuè etiam sine masculis, si fortè iustá habeat masculorum exheredandorum. Patre igitur mortuo testato deficit vna ex conditionibus exclusionis statutariæ, ac proinde cessante statuto remanent omnia in iuris communis dispositione, secundùm quam nemo negauerit esse hanc filiam suam heredem, cùm & in potestate sit, & primum gradum teneat in causa succedendi. Et quemadmodum Papinianus in *dicta lege, scripto*, putat non esse absurdum vt filius in causa intestati non obstet nepoti, cui tamen obstaret in causa testati; ita nec in proposito nouum, aut mirum videri debet, masculos obstare filiæ in causa intestati, nec ei tamen obstare in causa testati: sic nimirum facientibus verbis statuti, per quo filia excluditur in casu intestati tantùm, nō etiam in casu testati. Alioqui si ad adiuuádum liberis ius suitatis sufficeret excludi eos à successione intestati, sequeretur quòd impunè semper & quilibet suus heres in testamento patris præteriri posset. Quid enim aptius est ad excludendum ab intestati successione legitimū successorem, quàm vt testamentum fiat? Intestatus nāque is propriè decedit qui testamentum nō fecit *l.1. in princip. D. de suis & legit.* Neq; verò si quæramus cur suus heres omnimodo instituendus sit vel exheredandus, ratio illa afferri debet quòd esset ille ab intestato successurus, sed quia etiam viuo adhuc patre, atque ita eo iam tempore, quo tamen nondum succedi ab intestato potest, bonorum paternorum quodammodo dominus esse intelligitur, vt loquitur Paulus in *l. in suis, x 1. D. de liber. & post.* non expectato, nec inspecto eo an testatus an intestatus pater moriturus sit. Vnde etiam est quod facto quoque testamento, si filius in eo institutus sit, perinde statim & ipso iure sit heres ex testamento, & quidem tanquam suus, & necessarius, atque heres esset ab intestato, si testamentum nullum factum esset, *l.1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. caus. testam.* Imò, si quæramus cur ab intestato suus heres omnimodo succedat, non illud responderi poterit, quòd à lege primus vocatus sit ad hereditatem (nam vt alibi monuimus, numquam lex vocauit suos, neç eorum mentionem vllam fecit, nisi ponendo eos in cōditione, cùm vocauit proximum agnatū sub illa cōditione, si suus heres nemo esset. Neq; verò potuit lex eos vocare ad hereditatem, quæ quantum ad ipsos attinet, nulla esse intelligitur, *d. l. in suis*) sed à contrario respondendū erit, quia nec pater ipse testando potuisset sine causa auferre suo heredi dominium, quod ille in bonis viui patris habuisset, *l. vlt. D. de bon. damnat.* nisi eo iure quo potuisset etiam eum occidere, vt scriptum est in *d. l. in suis.* Itaque tantum

abest

abest vt ius sui heredis, cùm testamentum factum est, sit æstimandum ex successione intestati: vt contrà æstimandum sit ius sui heredis in successione intestati ex eo iure quod habet suus heres aduersus patrem ipsũ testantem. Est enim optima consecutio, vt qui patris testamentum impugnare, aut nullum dicere potest, aut etiam per inofficiosi querelam rũpere, multo magis possit succedere ab intestato: At non similiter è conuerso, vt qui ab intestato succedere potest, omnino instituendus sit, vel exheredandus, aut, vt possit habere querelam, si fuerit sine causa exheredatus: ne aliter dicendum sit, eadem fore iura legitimi cuiuslibet successoris, facto testamento, quæ sunt sui heredis. Causa enim testati præcedit causam intestati, sicut dignitate, ita & tempore: ideoque valet argumentum à causa testati ad causam intestati, tanquam à maiori ad minus adfirmatiuè, vt quisquis potest impugnare testamentum, multo magis possit ab intestato succedere, non retrò à causa intestati ad causam testati, vt quisquis ab intestato potest succedere, possit etiam testamentũ impugnare, vt cernere est in liberis naturalibus & illegitimis, itémque in adoptiuis, qui licèt ab intestato possint succedere iuxta eum modum, quẽ Iustiniani constitutiones præscripserunt, attamen contra testamentum venire numquam possunt *l. vlt. C. de natur. liber. l. penult. C. de adopt.* Dices fortassè, valere argumentum à minore ad maius negatiuè, vt qui non potest quod est minus, multo minus possit quod est plus; hinc ergò consequens esse vt qui non potest ab intestato succedere, possit multo minùs dicere nullũ testamẽtum, aut alio iure ipsum impugnare. Respondeo, fore bonam ratiocinationẽ, si in vtraque propositione iidem termini retinerẽtur, puta si quis sic diceret, Non potest filia per statutum exclusa succedere ab intestato: Ergo multo minùs poterit ex autoritate statuti testamentum impugnare: Aut etiam hoc modo, Filia non potest succedere ab intestato iure cõmuni: Ergo multo minùs poterit succedere cõtra expressam patris voluntatem. Sed in casu nostro longè aliter fit argumentatio contra filiam, & pessimè in hunc modum: Filia non potest ab intestato succedere ex statuto: Ergo neque poterit succedere cõtra testamentum ex iure communi: sunt enim separata iura statuti & iuris cõmunis sicut & successionũ testati atque intestati: Cumque par, & æquale ius habeat suus heres, siue testatus siue intestatus pater decesserit; Nõ potest esse bona consecutio, vt statutum quod suo heredi ademit ius suitatis quod habiturus erat ab intestato videatur etiam ei ademisse ius quod habet in casu testati: Imò sic in contrarium pro filia argumẽtari debemus; Satutum abstulit ei ius suitatis ab intestato: Ergo saluum eidem remanet ius suitatis ex iure communi, quoties testamentum factũ fuit. Cur enim statutum quod de successione intestati districtè loquitur, volumus extendere ad causam successionis testati? An non protsus odiosæ sunt huiusmodi exclusiones, & quia liberos grauant, & quia commune ius lædunt? Quis ergo ferat vt adiuuentur & extendantur per interpretationem? *l. cùm quidam 19. D. de liber. & post.* Præterea vt hoc melius inteligatur, finge filiumfamilias militem testamentum fecisse de castrensi peculio, in eóque testamento præteriisse filium quem iam tum habebat in eiusdem patris potestate. Valebit quidem testamentum non obstante filij præteritione, quia non potest videri præteritus suus heres, cùm suum heredem habere nõ potuerit testator eo tempore quo erat ipse in potestate; sed tamen si postea mortuo militis patre, miles ipse fiat paterfamiliâs, & filium suum in potestate habere incipiat, testamentum proculdubio

rumpitur, idque non tam quasi agnatione sui heredis, cùm nullo circa filium nouo facto, sed ordine quodã naturali pater nactus sit potestatẽ, quàm quia filius ille præteritus fuit; qui si vel institutus fuisset, vel exheredatus, nõ rũperet quomodo rumperet nepos Velleanus, id est, qui viuo auo in patris sui locum succedit, si lex Vellea non esset, vt subtiliter disputat Tryphoninus in *l. filius 28. §. 1. D. de liber. & posthum. iunct. §. pen. l. Gallus 29. eod. & l. si filiusfa. 33. D. de test. milit.* Et tamen in illa specie verum est, filium hunc prçteritũ nõ potuisse succedere patri suo ab intestato tẽpore testamẽti; cùm, si eo tẽpore pater decessisset intestatus, neque hereditatem, neq; heredem vllũ habuisset, bonaque ipsius castrensia, non ad filium, quem non habebat in potestate: sed ad patrem, in cuius ipse potestate erat, pertinuissent, *l. 2. D. de castrens. pecul.* Cùm ergo quæritur de iuribus testamenti in quo præteritus est filius aut filia, non illud inspici debet, vtrum persona præterita potuerit ab intestato succedere, si testator tempore testamenti intestatus decessisset; at illud vnum potius, an eo testamenti tempore fuerit, aut posteà cœperit esse in potestate. Quòd si filius qui testamenti tempore in patris militis potestate non fuit, rũpit patris testamentũ quandocũq; in patris potestatem venit, quanto magis in hoc casu testamentũ erit nullũ ob prçteritionem filiæ quç iam ipso testamenti tempore sit in potestate? Illud enim vtriq; casui commune est, quòd neq; filius ille, neq; filia hçc succedere ab intestato potest, si testamenti tempus prçcisè inspicias. Potest tamen vterq; aliquo casu succedere, si tempus illud inspiciatur quo succedi potest, id est tempus mortis. Nam sicut moriente militis patre ante militem, filius militis incipit capax esse succedendi patri suo intestato; Ita & filia, de qua agimus, nil obstante exclusione statutaria potest succedere patri suo si masculi prçmoriantur. Sed hoc plus habet filia exclusa per statutũ, quàm filius filiũfamilias militis, quòd in testatoris potestate est iam ipso tempore conditi testamẽti, ille autem non est in potestate patris sui, sed aui. Maior igitur ratio est quæ impugnat testamentũ in quo hæc filia præterita fuit, quàm quæ testamẽtum rumpit in quo filius ille præteritus. Ius enim potestatis illud est, quod patri necessitatem adfert instituendorum liberorum aut exheredãdorum, quia & ex eo potestatis iure proficiscitur ius sui heredis, si modò is qui in potestate est primum gradum teneat in causa succedẽdi, *d. l. scripto 7. vnde lib.* Est ergo in proposito casu filia sua heres, quia non solum in potestate est, sed etiam in primo gradu. Nec eam frater masculus anteuertit in gradu, sed tantùm in ordine succedendi: in ordine, inquam, per statutum inducto, non qui sit ex iure ciuili. Non enim distinguit ius ciuile ordinem à gradu, cùm succedendi ordinem constituat ex solo graduum ordine. Porrò ius sui heredis ex iure ciuili est & ex lege 12. tabul. non ex statuto. Non potest igitur ordo statutarius secudùm quem nõ vocantur fœminæ nisi post masculos, tollere ius suitatis, æstimandum ex ordine & gradibus iuris ciuilis. Præsertim verò cùm neque ordo ille iuris ciuilis per statutum interuersus sit absolutè & in totum, sed limitatè quantum ad successionem intestati, manente consequẽter incorrecto iure ciuili, & communi in cæteris omnibus, id est quantum ad successionem testati, de qua nihil statuto cautum est. Sed lubet agere subtiliùs. Dico filiam hanc esse suam heredem patri, non tantùm inspecto tempore testamenti, sed etiam inspecto tempore mortis, id est eo instanti, non quo pater iam sit mortuus, sed quo moriatur. Nam cùm nihil sit quod ei obiici queat, quominus sit sua heres, nisi quòd per statutum à suc-

cessione

cessione intestati excluditur, planè cõsequens esset manere illam suam heredem quamdiù exclusa non est à successione intestati, cui porrò certũ est locũ nullum esse posse facto testamento, vt iam diximus. Sed hoc etiam concesso, quod numquam euinci posset, vt statutum loquens de solo casu intestati trahatur ad casum etiam testati, concedendo nõ eo minùs fore hanc filiã suam heredem inspecto tempore mortis, quia non magis de testamentaria, quàm de legitima successione tractari potest viuo eo de cuius successione agitur, vt proinde exclusio illa statutaria, siue legitima sit, siue testamẽtaria, nõ priùs possit incipere quàm mortuus sit pater. Atqui instans quo moritur pater, præcedit instans quo iam sit mortuus, quia computatur vitæ non morti, *l. vlt.* D. *de condic. instit. l. qui duos* 18. D. *de manum. testam.* Verum igitur est dicere eo instanti, quo pater moritur, nondum esse filiã exclusam à successione siue testati siue intestati, & cõsequenter adhuc suã heredẽ esse, cùm sola exclusio statutaria illa sit, quę ius sui heredis potest ei adimere. Atqui testamẽti confirmatio fit per legem non eo instanti, quo testator mortuus est, sed eo ipso quo moritur, quia exinde certũ esse incipit supremã esse illam vim adhuc hominis voluntatem, & quę mutari ampliùs numquam potest: quę si non confirmaretur eo instanti, quo testator adhuc aliquis est, sera esset confirmatio quę fieret posteaquam is iam mortuus esset, id est nullus. Rursus non potest confirmari per legem testamentum illud, in quo suus heres præteritus fuit, quia nullum, & iniustum est, & nullius momenti. Cùm itaq; eo instanti quo pater moritur filia sit adhuc sua heres, & nihilominùs præterita reperiatur, fatendum necessariò est eius testamenti confirmationem nullam fieri tunc posse; & consequenter exclusionem statutariam, quæ non nisi post mortem superuenit, nullum effectum habere, ad inducendam testamenti validitatẽ, quod & ab initio, & mortis tempore nullum fuerit, neutróque tempore confirmari potuerit: exemplo eius quod de bonorũ possessione decretali scribit Vlp. in *l. 1. §. decretalis.* D. *de success. edict.* non posse illam repudiari, quia inquit, priusquàm fuerit decreta, nondum delata est. Rursum posteaquam decreta est, sera repudiatio est, quonia id quod acquisitum est, repudiari non potest. Nec valdè dissimile quid scriptum est *l. si ego 9. §. si res.* D. *de iur. dot.* Sic igitur & in proposito dicendum est exclusionem filiæ statutariam non posse tollere vitium præteritionis filiæ, quia antequàm pater sit mortuus, nulla exclusio est quæ facere possit ne testator malè & contra iuris regulas testatus videatur, patre autem iam mortuo, cùm exclusio vires habere incipit, sera testamenti confirmatio est, quod neque testamenti, neq; mortis tempore valuit, & quod post mortem confirmari numquam potest. Nec pro interpretibus quicquam facit *l. 1. §. penult.* D. *de bonor. poss. contr. tabul.* quo vno loco mouentur omnes, vt dicant posse impunè præteriri eum, qui non possit succedere ab intestato. Ibi enim agitur de filio deportato, eúmq; Vlpianus ait verius esse non nocecere nepoti; deportatos enim mortuorum loco habendos. Sed quid simile aut commune habet deportatus, qui neque in patris potestate, neq; ciuis est, cum filia per statutũ duntaxat exclusa? nec nisi à successione intestati, & quã nos diximus & probauimus, nil obstante exclusione statutaria, suam heredem esse, non solùm si testamẽti, sed etiam si mortis tempus inspiciatur? Est enim filia hæc & ciuis, & in potestate patris vtroq; tempore, primúmq; gradũ tenet etiam in causa succedendi, saltem ex testamento. Denique potest aliquo casu succedere etiam ab intestato, nempe si masculi omnes præmoriantur:

minùs tamen potest succedere per contra tabulas, quę ob eam caussam ipsi necessaria est, *l.2.* D. *vnd.libert.* Æquè igitur vt necessaria, ita & vtilis erit filię bonorum possessio contra tabulas, quia cùm filia quę per statutum excluderetur à successione intestati, pręterita est in testamento patris, non obstat ei statutum, quod ipsum per testamentum excluditur; sed testamétum solùm. Atqui cōtra testamentum haberet paratum auxilium in bonorum possessione, contra tabulas, si nullum esset statutum, ergo habebit etiam non obstáte statuto. Pręposterum enim esset & absurdum, vt remedia quę cōtra testamētum competunt, excluderentur propter statutum, cui nullus omnino locus sit facto testamēto. Et hic casus valdè notandus, & fortè singularis atque vnicus est, in quo bonorū possessio contra tabulas necessaria sit suis heredibus pręteritis. Nam extra hunc casum vtilis quidē esse potest, sed necessaria esse non potest, cùm sui heredes pręteriti sicut faciunt testamentum ipso iure nullum, ita & suo iure ab intestato succedere possint sine beneficio prętoris, si modò ius suū exequi velint *d.l.is qui.* Sed cùm in iis quæ contra rationem iuris constituta sunt nòn possimus sequi regulam iuris *l.in his* 15. D. *de ll.* mirum non est singulare aliquid esse in hoc casu, propter statutum, quod cùm nō faciat, vt filia hæc sua heres non sit, facit tamen vt non magis ab intestato succedere possit, quàm si sua heres nec testamenti nec mortis patris tēpore fuisset. Nec replicari potest non esse verosimile vt statutum voluerit admitti posse filiam contra testamentum, quam voluit exclusam à successione intestati. Nā cùm statutum tam odiosum, & vt loquuntur, exorbitans à iure communi non loquatur nisi de successione intestati, nulla ratio est cur protrahatur ad casum facti testamenti, præsertim cùm quæ fuit statuentibus necessitas prouidendi in casum intestati, vt bona in familia remanerent, aut vt melior esset causa masculorum quàm fœminarum, eadem nulla fuerit eo casu, quo pater testaretur, in cuius arbitrio & potestate fuit & solemnia legum seruare, & iis seruatis filiam suam, si vellet, à sua successione excludere per exheredationem, aut ea instituta in aliqua vel minima hereditatis parte, vt si relicto contenta esse noluisset, nihil tamen nisi legitimæ supplementum petere posset. Quod nec statuta solent denegare filiabus, quas ab intestati successione excludunt, cùm exigant hoc saltem, vt filia sit dotata: dotem autem vix aliter congruam habeant, quàm si respondeat ei quantitati, quæ pro legitima deberetur: quàquam nec omnino id necesse est. Atque ita omnimodo sentiendū puto cōtra Baldum ad *l.maximum vitium.4.num.16.& seqq. C. de lib.præt.* vbi licèt multis rationibus diuersam probare nitatur sententiam, nihil tamen adfert, quod non satis ex superioribus refellatur. Nec vnquam mihi persuadebit Baldus, statutum, quod non disponit nisi ab intestato, habere locum etiam ex testamento. Quod nec potuit probare *Ab.consi.13.& consi.76.* quem refert & probat Andr Barbat. in Apostil. ad Baldum loco supradicto, cum verbis statuti, præsertim quòd se habeat derogatiuè ad ius commune, nihil addere vel detrahere debeamus: vt tractat, pluribúsque probat idem Baldus ad *d.l.4.num 15.C.de lib.præteritis.*

ERROR QVARTVS.

De alia Bartoli distinctione, An filia per statutum prohibeatur succedere, an verò venire contra testamentum quandiu masculi supererunt.

Svbdistinctio hęc est Bartoli ad *d.l.vlt.§.quando in pendenti in ad S.C.Tertill.* Nam posteaquàm distinxit, An statutum excludat filiam à successione intestati fauore masculorũ per ablatiuos absolutos in hunc modum, *extantibus masculis filia fœmina non succedat*, An verò per verba illa suspensiua *quandiu*, & *quoadusque masculi supererunt*, vt priore casu acquisita semel masculo hereditate, patris filia sit & maneat in perpetuum exclusa ne admitti ad successionem intestati numquam possit, ne quidē post masculorum omnium extinctionem, posteriore verò casu non sit exclusa nisi quãdiu masculi viuunt, post eos verò extinctos possit succedere suo iure quasi finita exclusione, quæ non fuerat nisi temporalis. Infert ille ex ea distinctione, Si pater testamento præterierit filiam quæ non nisi ad tempus exclusa sit per statutũ, quandiu scilicet masculi supererunt, interim quidem, id est, quandiu masculus viuit, non posse filiam dicere nullum testamentum, aut ipsum rũpere, quia nec posset succedere: sed tamen esse testamentum in pẽdenti cùm in ea caussa sit vt rumpi aliquando possit per hanc filiam præteritam, eo nimirum casu quo contingat eum succedere post masculos omnes defunctos. Ex quo rursus infert, Filium igitur, quem ponit eo testamento institutum nõ posse interim heredẽ esse, quia ex eo testamẽto quod in pendẽti est, & aliquo casu rumpi potest, hereditas interim deferri nequit. Ac quoniam videt huic sententiæ statim fore qui obiiciat, nimis durum esse vt filius masculus heres institutus impediatur ne possit heres esse quamdiu viuit, esseque multo expeditius vt dicamus, esse quidem illum heredem, & quidem ex testamẽto, quãdiu viuit, sed tamen rumpi testamentum post ipsius mortem, aut vt loquitur, masculo decedẽte *arg. l.miles ita 41.D.de test.mil.* Respõdet subdistinguẽdũ esse, An statutum aliquid disponat circa testamentũ, an verò tãtùm circa personã ipsam filiæ. Nam si tantùm circa *personam filiæ disponat*, puta quòd non succedat extantibus masculis (voluit scribere *quandiu masculi supererunt*, ne alioqui secum ipse pugnet) tũc quia possibile est quòd aliquo casu filia reperiat se præteritã, & possit succedere, ideo testamentum interim est in pendẽti, sicut dictum est de posthumo & de filio capto ab hostibus, *l.penult. D. de liber.& posthum.* Sed si statutum disponeret circa testamentum, vt si diceret quòd filia nupta non possit rumpere testamentũ quousque superuixerit masculus, tunc testamentum interim valeret, sed masculo decedente rũperetur, *arg.d.l.miles ita. D. de testam.milit.* Quæ tota Bartoli traditio, licèt vulgo laudata & approbata, mirum est quàm multis & quàm grauibus scateat erroribus, preter eos qui iam à nobis demonstrati sunt in superioribus. Presupponit enim hereditatem per statutum dari posse & ex tempore & ad tempus, quod nos falsum esse ostendimus. Præsupponit etiam testamentum, in quo præterita sit filia quæ per statutũ à successione intestati exclusa est, nihilominus valere ipso iure, quod æquè falsum est, & à nobis proximo capite refutatum, vt & distinctio illa, An statutum filiam exclusérit per ablatiuos absolutos, an

per

per verba illa suspensiua & limitatum tempus significantia. Omni enim casu sicut verum est filiam hanc esse suam heredem quandiu pater viuit, perinde ac si statutũ nullũ esset, cùm toto eo tempore exclusio statutaria nullius sit effectus: ita & verũ est vbi semel exclusa est filia, quod cõtingit impleta istius statutariæ exclusionis conditione per masculorũ existẽtiam, manere illã perpetuò exclusam. Quo admisso illud etiam consequens fit, vt ab intestato succedere nunquam possit; testamentum verò rumpere, & contra patris sui voluntatem succedere multò minùs. Sed etsi verum esset vtrumque quod vult Bartolus, Et valere ipso iure testamentum in quo præterita est filia quæ per statutum ab intestati tãtùm successione excluditur; Et posse rumpi per filiam contingente casu quo possit illa succedere post masculos extinctos: non ideò tamen verum esset quod ille vult, manere interim testamentum in suspenso, neque posse eo masculis licèt institutis acquiri hereditatem. Nam quod vulgò dici solet, Ex eo testamento quod rumpi quandoque potest, neminem posse ne quidem suum heredem existere, *l. ventre 84. iuncta l. cùm quidam 30. §. quod dicitur. D. de acquir. hered.* tum demum verè dicitur, cùm fieri potest vt testamentum rũpatur ipso iure, quod contingit vel agnatione posthumi, vel reuerso ab hostibus filio qui testamenti & mortis tempore fuerat captiuus, vt in *d. l. ventre, l. penult. D. de liber. & posthum. iuncta l. filius à patre 28. §. 1. eod.* Cæterùm si testamentum possit quidem aliquo casu rumpi, sed non ipso iure: at per officium iudicis quomodo contingit si subiaceat querelæ inofficiosi testamenti, non potest metus ille impedire vim & effectũ testamẽti, ne ex eo possit acquiri hereditas etiã extraneis, multò magis suis heredibus, vt superioribus capit. disputauimus. Atqui etiamsi filia hæc, de qua agimus, testamentũ patris rumpere posset, vt vult Bart. non tamen rumperet ipso iure, sed ita demum si vellet succedere; vt ex eo apparet, quòd si filia succedere ex aliqua causa vel nollet, vel non posset, vtique non rumperet. Illi enim demum rumpunt ipso iure, qui & rumpendo succedunt, & succedendo rumpunt, adeóque qui & succedunt, & rumpũt non solùm inuiti, sed etiam ignorantes; addamus, Et quorum factum aliquod in rumpendo intercedit. Hæc enim omnia concurrunt tam in suo posthumo præterito, quàm in filio captiuo ab hostibus reuerso. Interuenit factum posthumi in eo quod nascitur, filij verò ab hostibus redeuntis in hoc ipso, quòd redit. Iuris verò effectus in vtroque ille est, vt tam hic quàm ille rumpat testamentum ipso iure, & rumpendo succedat etiam ipso iure & ignorans, & inuitus. Ideò enim vterque rumpit quod primo illo instanti, quo extare incipit, & suus, & necessarius heres reperitur, non rupturus proculdubio si suus & necessarius non esset: omnia verò contrà se habent in persona illius qui rumpit testamentum per querelam inofficiosi testamenti. Hic enim non rumpit quasi suus & necessarius, sed tãquam filius, aut tanquam parens, aut tanquam frater, iis videlicet casibus, quibus omnes isti ad querelam admittuntur. Alioqui non alij essent admittendi ad querelam, quàm qui essent sui heredes & necessarij: cùm tamen cõpetat illa & liberis emancipatis, & parentibus, adeóque fratribus instituta turpi persona; quorum omnium nemo est qui suus heres dici possit. Indéque est quod nec prudentibus nostris dicitur rumpi testamentum per querelam inofficiosi, sed infirmari tantùm & rescindi, nempe per sententiam, non ipso iure: nec rursus per eum qui conqueritur de inofficioso, sed per centumuiros qui de querela soli cognoscunt & pronũtiant. Is enim qui præteritus fuit, vel

exheredatus, nihil aliud facit, nec facere potest, nisi vt conqueratur. Ideóque nec si obtinuerit, hoc ipso tamē heres est quasi adita iam hereditate per propositam querelam, sed tantùm hoc ius nanciscitur, vt possit facto iam patre familias intestato eam hereditatem sibi acquirere si velit. Quod si nolit, aut non possit, proficiet ipsius victoria cæteris qui heredes esse & volent, & poterunt, *l. posthumus 6.§ si quis ex his. D. de inoff. testam.* Videamus ergo cui potiùs comparanda sit filia per statutum à successione intestati exclusa, An posthumo, aut filio redeunti postliminio ab hostibus, vt volunt interpretes, an potiùs agenti de inofficioso. Nam si illis comparandus sit, verum erit quod vult Bartolus, testamentum interim esse in pendenti, neque ex eo acquiri hereditatem posse. Sin isti potiùs qui agit de inofficioso, nihil obstabit quominus testamentum interim valeat absolutè, & ex eo heredita[illegible]uiratur. Puto autem longè aptiorem esse posteriorem quàm priorem [illegible]arationem, si cum Bartolo ipso supponas, etiam facto testamento excl[illegible] hanc filiam à successione, vt neque testamentum impugnare possit quandiu supersunt masculi. Iam enim eò deuenimus, vt contra Bartolum non meliùs quàm ex ipsis Bartoli traditionibus disputare possimus. Ratio qua moueor illa est, quòd secundùm eam Bartoli sententiam non potest filia hæc sua heres esse eo tempore quo vult Bart. per eam rumpi testamentum, id est, post masculos extinctos, quibus viuis delata & acquisita fuerit patris hereditas, quia licèt in potestate vtroque tempore & testamenti & mortis, adeóque primum gradum tenuerit etiam in causa succedendi, secundùm ea quæ contra Bartolum proximo capite disputauimus. Verum tamen est eo tempore quo vult ipsa succedere masculos iam fuisse heredes, & ita priorem eorum quàm filiæ causam fuisse in succedendo, licèt fuerint omnes in eodem gradu, id est in primo. Certum enim est sui heredis neque ius, neque nomen posse ei conuenire, quem alius in succedendo anteuerterit, idque vnum maximè spectandum esse, quoties de suo herede disputatur, *l. scripto 7. D. vnd. liber.* Nō igitur potest dici sua heres & necessaria post mortem masculorū qui iam heredes extiterūt. Quid enim necesse est heredem ei esse, qui iam alium heredē habeat? Fateor posse militem, si testetur, facere sibi heredem Titium quandiu viuet, post mortem verò Titij Sempronium, *d. l. miles ita.* Sed nego esse in potestate militis habētis duos filios, vtrumque in potestate vt vnum ex ipsis faciat sibi solum heredem suum, & necessarium ad tempus, alium verò æquè suum & necessarium ex tempore, quia implicat contradictionem, vt quis suus & necessarius heres sit alio iam priùs suo & necessario herede existente, cùm suus esse non possit is in quo nulla continuatio est dominij iam per alium interrupti, *l. in suis 11. D. de liber. & posth.* Suum enim heredem & necessarium neque testator facit, neque aliud quicquam præter legem: lex autem nunquam facit ad tempus, sed vt in perpetuum talis sit qui semel fuit. *l. ei qui soluendo* 88. D. *de hered. inst.* adeo vt nec patiatur dici, Esse sine herede illum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem, *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus. D. de fideic. libert.* Potest miles facere heredem, sed non suum heredem. Quāuis ergo heredi quem ad certum tempus scripsit, auferre hereditatem possit, suo tamen heredi, quē non fecit, auferre illam non potest, nisi per exheredationem vel expressam, vel tacitam, qualis illa est quæ inducitur per præteritionem, *l. sicut certi 9. C. de testam. milit.* Atqui si miles duos habēs filios in potestate, alterum heredem scripsisset, *quandiu viuet*, alterum verò ex tempore mortis fratris sui, neutrum

exhe-

exheredasse dici posset, neque expressè nulla, vt apparet, adscripta exheredatione, neque tacitè neutro scilicet pręterito, sed vtroque instituto. Necesse igitur esset vtrunque succedere tanquam suum & necessarium heredem, simul & coniunctim sublato vitio temporis, quod extraneis heredibus ab eo scriptis non tolleretur. Alioqui, si quis militum testantium fauor in eo esset, quòd suos heredes ex testamento nullos haberent, nisi quos, & quomodo vellent, nil erat necesse ita ius constituere vt militis prætentio pro exheredatione haberetur; cùm poterat sufficere vt filius etiam suus heres à milite prçteritus pro prçterito relinqueretur. At visum est habẽdum eum pro exheredato, & quidem pro nominatim exheredato, ne testamentum esset nullum suo herede neque instituto neque exheredato, quomodo nullum est si prætentus sit filius in potestate, quem pater miles ignorabat *d. l. sicut*, nisi si eo animo ferat miles, vt quisquis sibi filius esset, eum exheredẽ esse vellet, *l. qui iure* 7. D. *eod.* vt intelligamus militis præteritionẽ hoc casu haberi pro exheredatione lõgè alio sensu, quàm cùm dicimus prçteritum à matre filium haberi pro exheredato: Non enim testamentum matris esset nullum, etiamsi filius prçteritus pro heredato haberetur, quia non habet fœmina suos heredes *l. nulla fœmina* 13. D. *de suis & legit.* Sed testamentum militis nullum esset habẽtis suum heredem, si suus ille heres prçteritus nõ haberetur pro exheredato *d. l. sicut*. Sed & cùm in suis non sit successio iure ciuili, siue ius vetus, siue nouum & Iustinianeum consideres, adeóque nec iure prçtorio extra casum *l. 5. §. vlt.* D. *vnd. liber.* vt ostendimus Decade prçcedenti ad *l. vlt. C. eod.* quomodo potest fieri vt in proposito casu filius quidem sit suus heres, & solus quandiu viuit, eo verò mortuo filia fiat sua heres quç in eum vsque diem fuerat exclusa? Annon esset hoc inducere successionem in suis heredibus contra iuris omnis & ciuilis & prætorij, & veteris, & noui rationem? At prçtereà quàm nouam, & ab ea forma, quam in agnatorum hereditatibus Iustinianus, in bonorum verò possessionibus prætor introduxit, alienam? Siquidem neque prçtor in edicto successorio, neque Iustinianus in illa constitutione quã ipse refert in §. *placebat. Instit. de legit. agnat success.* vllam induxerunt successionem in agnatis cognatisque nisi de vno capite edicti in aliud caput, vt cùm liberi exclusi à capite Vnde liberi petũt bonorum possessionem Vnde legitimi, deinde post legitimos & suo ordine ex capite Vnde cognati, *l. 2.* D. *vnd legit. l. 1. §. sed videndum* D. *de success. edict. l. 4. § 1.* D. *quis ordo in bonor. poss. seruet.* aut de vno gradu in alium gradum ex eodem capite edicti, vt inter illos qui veniunt ex capite Vnde cognati, *d. §. sed videndum, & l. vlt. eod tit. De success. edict.* Sed vt de persona in personam, quæ sit eiusdem gradus fiat successio, planè inauditum est, quia nec vnquam euenit siue ciuili, siue prætorio iure, vt nõ simul succedãt, & heredes sint ab intestato, aut bonorum possessores, qui eodem sunt gradu. Necesse igitur est, vt filia quæ in primo gradu est æquè ac filius, vel sit sua heres & necessaria eo tempore quo ipsius frater suus heres est, vel numquam: Si sua heres est eodem tempore quo filius; Facit ergo ipsius prçteritio testamentum nullum, quemadmodum & prçtentio filij faceret, ideóq; nec postea tractandum est de testamento rupto, vel rumpendo, quia quod ipso iure nullum est, rumpi non potest. Quòd si non fuit filia sua heres quandiu filius vixit, quç Bartoli & interpretum opinio est, numquam igitur ex post facto sua fieri potest. Nam quemadmodum non putat Bartolus posse filiam esse suam heredem quandiu filius viuit, adeóque nec moriente patre, quia licèt tunc

fuerit in potestate patris, primúmque gradum tenuerit, hoc tamen ei defuit, quod in causa succedendi eam frater præcessit; Ita & nos dicimus, mortuo filio, etiamsi capax illa esset successionis, cessante iam exclusione statutaria, quam nos, vt Bartolo indulgeamus, ponimus esse temporalem, non ideo tamen posse illam fieri suam heredem, quia vt sit sua heres, non sufficit quòd possit succedere nisi sit etiam in potestate primúmque gradum teneat, quantum ad causam succedendi quorum neutrum concurrit in hac filia eo tempore quo frater mortuus inuenitur. Quomodo enim potest esse in potestate patris iam defuncti? *l. vlt.* D. *de collat. bonor.* Atqui fuit, inquies, eo tempore quo pater moriebatur. Ego verò non nego, qui tam fortiter contra Bartolum hoc defédo. Sed cùm Bartolus non patiatur quicquam ei prodesse quòd fuerit in patris morientis potestate, propter impedimentum extrinsecus superueniens exclusionis statutariæ, dico extincta per mortem patris illa patria potestate, quæ ius suitatis in persona huius filiæ inducere non potuerit, alia & noua opus esse potestate, & consequenter, Deus bone, quot & quãta absurda, nouo patre, vt rursum possit fieri sua heres quæ desierat esse eo tempore quo esse debuerat! Nec tamen quicquam profeceris etiamsi nouum huic filiæ & ressuscitatum patrem dederis, vt facias eam suam heredem, nisi facias etiam vt primum gradum teneat in causa succedendi, quod tamen facere non possis, quia semper verum erit dicere, filium toto vitæ suæ tempore eam præcessisse: nec tantùm in delatione quod sufficeret ad faciendum ne filia esset sua heres *d. l. scripto. l. si quis filio* 6. *in princip.* D. *de iniust. rupt.* sed quod multo plus est in ipsa etiam acquisitione hereditatis, cùm nó dubitet Bart. quin patre intestato defuncto solus filius hereditatem, quãdiu ipse viueret, habiturus esset etiam ignorans. Quo igitur iure nisi sui heredis? Quòd si filia non est sua heres patri qui filium habuit suum heredem solum quandiu vixit; quo ergo iure poterit rumpere testamentum post mortem filij? Nam quod Bartolus respódet, quia possibile est, vt aliquo casu succedat, satisfacere non potest. Facto enim per patrem testamento, prius est vt testamentum vel inutile dicatur, vel rũpatur, quàm possit tractari de admittenda filia ab intestato. Præposterũ igitur est vt dicamus eam rumpere testamentum, quia tunc successura sit ab intestato: Cùm è contrario etiamsi post mortem filij qui solus patri intestato heres extitisset, integrum esset ius filiæ vt ipsa quoque ab intestato succedere posset, quod numquam admittendum est, dicendum esset ideo posse filiam succedere ab intestato, quòd testamentum vel nullum fecisset, vel rupisset. Is enim demum rumpit qui non solùm inuenit se præteritum, sed etiam ita vt aliũ nullũ inueniat qui iam sit heres. In proposito autem cùm appareat filiã non esse suam heredem tẽpore mortis patris, nec quandiu filius viuit, adeóq; nec post filij mortem, vt probauimus, quidni fatebimur, filium, quãdiu vixit, suum heredem fuisse patri, & quidem ex testamento cùm fuerit institutus? *l.* 1. §. *qui sunt in potestate.* D. *si quis omiss. causs. testam.* An fortè deterior conditio erit filij ob id quod præter statuti fauorem & autoritatem habeat etiam patris sui voluntatem? Atqui ab intestato non ei obstaret soror quominùs esset ipse suus heres patri. Ergo neque obstabit facto testamento, si nó alia ratio est rumpendi per filiam testamenti, quàm quòd aliquo casu possit succedere ab intestato, quia nec posset succedere nisi post filiũ eo casu, quo filius superuixisset. Sed permittamus etiam huic filiæ, quantum voles, vt rumpat testamẽtum patris. Numquam tamen probabis rumpere ipso iure, & sola superexistentia.

stētia. Quid enim si nollet illa patri succedere vt in specie *l. filio praeterito 17. D. de iniust. rupt.* Quid si non posset, fortè exclusa per pactum de nō succedēdo initum cum fratre superstite post mortem patris? Eo namque tempore huiusmodi pactiones de non succedendo etiam iure ciuili, valere certum est *l. si quando 35. §. illud. C. de inoff. testam.* Quis diceret his casibus testamentum rumpi per filiam ipso iure? An fortè statutum quod excludit filiam à successione intestati quandiu masculus viuit, hoc ipso iubet vt post mortē masculi filia sit ipso iure heres patri sua & necessaria, ac proinde etiā inuita, vt egeat beneficio abstentionis ex edicto praetoris si fortè paternam hereditatem velit omittere? An non potiùs id agit hoc statutum, vt quandiu masculi supersunt, nulla prorsus filiae huius ratio habeatur, non magis quàm si in rerum natura non esset? Et vt quemadmodum post edictum praetoris, quo beneficium abstentionis inductum fuit, sui heredes qui iure ciuili sunt etiam necessarij, desinunt esse necessarij, manētes tamē sui: sic per huiusmodi statutum filia quę alioquin & sua & necessaria heres foret, nō solùm necessaria heres nō sit, sed nec sua, at ne quidem voluntaria, id est nec si velit quandiu filius viuit. Post mortem igitur filij etiamsi admittatur, quod semper negabo, posse illam esse heredem si velit, aliqua tamen voluntatis declaratione opus est vt possit illa fieri heres patri, tum quoque cùm nihil ei obstat quominùs heres sit si velit, hoc est, cùm pater decessit intestatus. Quāto magis cùm ei obstat testamētū quod priùs rumpi oporteat, q̄ possit ipsa ab intestato succedere etiāsi maximè velit? Atsi aliqua voluntatis declaratione opus est vt rumpat testamentū, non ergo rumpit ipso iure: nā ipso iure fieri dicitur; quod fit sola iuris potestate, & nullo hominis facto in eam rem requisito; vt cùm dicimus actionem aliquam tolli ipso iure, aut per exceptionem. Porrò statim atque admittis filiā hanc praeteritam non rumpere testamentum ipso iure, habeo quod volo, Nō posse igitur metum illum rumpendi per filiam testamenti impedire ne interim filius institutus possit heres esse ex testamento; Quia iam probaui tum demum non posse acquiri hereditatem ex testamento, quod in eo est vt rūpi possit, cùm potest rumpi ipso iure, non etiam si rumpendum sit aut rescindēdum per hominis factum & voluntatem. At rursum si filius ex eo testamēto quandiu vixit heres suus esse potuit, & fuit, quomodo fieri potest vt postea rumpatur testamentum quod semel confirmatum fuit non tantùm per legē, sed etiam per subsecutam ex eo hereditatis acquisitionem? Esset tolerabilius vt diceremus testamentum hoc rescindi per querelam inofficiosi testamenti, cùm dixerimus hoc vnum superesse auxilium filio immerenter exheredato, etiam post aditam ex testamento hereditatem. At neque hoc dici potest. Non enim testatus est contra pietatis officium pater qui filiam praeteriit, quā sciebat non posse sibi ab intestato succedere quandiu masculi superessent: neque verò alij possunt de inofficioso conqueri quàm qui ius habent succedendi ab intestato, *l. posthumus 6. §. 1. D. de inoff. testam.* & quidem inspecto tempore mortis, cùm legitima nihil aliud sit quàm portio portionis ab intestato contingentis, id est, quae moriēte testatore contingeret, si is intestatus decessisset, vnde est quod nec in aliis bonis legitima debetur, quàm quę testator reliquit tempore mortis suae, *l. cum quaeritur 6. l. parentibus 8. l. quae nuper 31. C. de inoff. testam.* Atqui inspecto tempore mortis patris nullum ius habuit haec filia succedendi ab intestato propter statutariam exclusionem: Ergo neque legitimae petendae: proinde nec proponendae querelae inofficiosi testamenti.

ERROR QVINTVS.

Aliis absurdis quæ ex supradicta Bartoli distinctione sequuntur.

AC sanè si vera esset opinio Bartoli, vt testamentum in quo filia hæc præterita esset, valeret quidem ipso iure, sed per filiam tamen præteritam rumpi aliquando posset, ideoque filius interim ex eo succedere prohiberetur, non illud tantùm absurdum sequeretur quod iam diximus, vt deterioris conditionis esset filius heres à patre ex toto asse institutus, quàm si pater intestatus decessisset: sed illud etiam longè absurdius, vt filius quandiu vixisset, neque ex testamento, neque ab intestato heres fuisse intelligeretur, ne quidem pro ea parte quam habere debuisset, tametsi ab initio coheredem ab intestato sororem habuisset, atque ita vt nihil ad suos heredes, siue descendentes, siue extraneos transmisisse videretur, cùm tamen in vtrumque euentum, id est, siue subsistente, siue rupto testamento fuisset ille omnimodo successurus, si statutum nullum fuisset, ex testamento quidem in totum, ab intestato autem saltem ex semisse. Probo hanc consecutionem; quia sicuti volunt interpretes, ex huiusmodi testamento quandiu per filiam rumpi potest, succedere filium non posse: ita & multò magis fatendum est quandiu aliquo casu succedi ex testamento potest, non deferri ab intestato hereditatem, *l. quandiu 39. D. de acquir. hered. l. quandiu 89. de reg. iur.* Atqui ex hoc testamento potest filius retrovideri heres fuisse, scilicet si testamentum per filiam nunquam rumpatur, siue quòd nolit, vt diximus, siue quòd non possit succedere post fratris mortem, cùm non ipso iure rumpatur, sed ea demum volēte. Deinde quid si filia moriatur eodem tempore quo frater, fortassis in eadem naui, vt nō possit probari eam superuixisse: quando rumpet testamentum filia quæ nunquam succedet: Ergo secundùm Bartoli sententiam dicendum erit, filium hunc neque ex testamēto, neque ab intestato heredem fuisse intelligi: atque ita necessarium ei esse decretum prætoris, id est, decretalem bonorum possessionem vt ei iniquitati occurratur quæ emergeret, si interea moriens ad heredem suum transmitteret nihil, quemadmodum Papinianus scribit in *l. ventre 84. de acquir. hered. iuncta l. 4 §. vlt. & l. 5. D. de bonor. poss. contr. tab.* & tamen quis vnquam vel ex ipsis interpretibus hoc dixit vt in casu proposito necessarium sit filio decretū, & vt propter statutum in ipsius fauorem factum nihil habeat is qui secluso statuto saltem ab intestato partem suam virilem ipso iure habiturus fuisset, & ad quoscunque heredes quantumuis extraneos transmissurus, *l. apud hostes 9. C. de legit. hered.* Nec possis dicere filium in hac specie quo instanti moritur esse suum heredem patri ab intestato, quòd exinde certum esse incipiat non posse illum amplius heredem esse ex testamento, vt in casu illo eleganti quem Africanus tractat in *l. si filius 16. D. de liber. & posthum.* de cuius sententia & conciliatione cum *d. l. ventre* scripsimus lib. 1. Coniect. cap. 10. Nam respondebo multis modis: primùm in specie Africani hoc esse dissimile, quòd suberat metus rumpendi ipso iure testamenti per agnationē posthumi præteriti, quæ res impedit ne interim possit filius suus heres esse ex eo testamento, nisi vno illo casu quē nec Africanus prætermittit, quo substitutus aliquis sit, qui sustineat testamentum in id vsque tempus, quo sciri possit an posthu-

mus nasciturus sit, necne. At in casu nostro certum est, nullo modo, nulloque casu posse rumpi testamentum ipso iure per filium, vt supra probauimus. Deinde in illa specie Africani filius ideò intelligitur patri heres esse ab intestato eo primum instanti quo moritur, quia tunc semel factus heres & manet in perpetuum heres etiam post mortem suam, nimirum in persona heredis sui per quem repræsentatur, & ad quem transmittit hereditatem paternam, quasi iam ipso iure acquisitam. At in specie quam tractamus, etiam si filius in mortis suæ instanti inciperet esse heres patris ab intestato in solidum, tamen non duraret acquisitio illa hereditatis nisi vnico illo instanti. At neque illo ipso instanti, in quo nempe desineret filius heres esse ab intestato, tametsi antea fuisset. Quoties enim statutum ita conceptum est *extantibus masculis filia fœmina non succedat*, aut vt Bartolus ponit, *quoadusque masculi supererunt*, certum est, si quando necesse sit euenire quod vult Bartolus, vt filius desinat heres esse ad hoc vt filia heres fieri possit, non aliter posse illum desinere esse heredem, quàm si desinat eo instanti quo moritur, quia, vt suo loco ostendimus, non posset is qui iam esset mortuus desinere heres esse, vt nec incipere, *l. si ita scriptum* 13. *§. vlt. de liber. & posth. l. Gallus* 29. *§. in omnibus, eod.* At nihil absurdius dici potest aut impossibilius, quàm vt eodem instanti incipiat quis, & desinat ius aliquod habere, *l. Titio cùm morietur* 51. *D. de vsufr.* Non potest igitur filius incipere heres esse ab intestato eo instanti quo moritur, cùm eo ipso instanti desineret esse, si anteà fuisset. Dices, non desiturum filiũ heredem esse pro ea parte quæ ipsum ab intestato contingit, sed tantùm pro parte sororis. Nec enim statutum cùm admittit filiam post mortem filij, admittit eam ad hereditatem ex asse & pro parte filij, sed pro ea tantùm parte quam ex tempore mortis patris habitura erat ab intestato filia, si per statutũ exclusa nõ fuisset. Quidni ergo dicere liceat, incipere filium esse heredem ab intestato eo instanti quo moritur, saltem pro virili sua portione, ita vt transmittat eam ad heredes quoscunque etiam extraneos? Verùm respondeo, ne quidem hoc dici posse, quia fieri nequit vt filius sit heres ab intestato pro parte quin sit in totũ & ex solido asse, si nullum habeat, nec habere vnquam possit coheredem, siquidem ius hereditatis indiuiduum est, nec potest defuncti persona pro parte repræsentari. Atqui pro parte quæ filiam contingeret nemo heres esse potest eo instanti quo filius moritur, non ipse filius, quia, vt dixi, desineret potiùs eo ipso instanti heres esse si anteà fuisset; non filia, quoniã per statutum exclusa est quandiu filius viuit: verum autem est eo instanti filium adhuc viuere. Quomodo enim iam mortuus moreretur? Illud ergo consequens necessariò est, vt filius non possit fieri heres eo instanti quo moritur, ne quidem pro sua parte, quia soror quæ viuo eo admitti nunquam potest, nec partem ei facere potest, cùm is demum partem faciat, qui concurrere aliquando posset, *l. planè* 34. *§. si coniunctim. de legat. l. si post mortem* 10. *§. liberi. D. de bonor. poss. cont. tabul.* Quisquis autem heres potest esse ex semisse, eum necesse est, si coheredem nullum habeat, nec habere vnquam possit, vel ex toto asse heredem esse, vel ne quidem ex semisse. Accedit quod in specie *d. l. si filius* 16. *de liber. & posthum.* licèt filius non incipiat heres esse ab intestato, nisi quo instanti moritur, poterat tamen fieri vt longo ante mortem suam interuallo heres esset, aut ex testamento, aut ab intestato. Ex testamento quidem mulier prægnans abortum fecisset, nec posthumus natus fuisset: Ab intestato autem si è contrario posthumus præteritus eo viuo natus fuisset, quia

nascendo rupisset, rumpendo autem successioni intestati locum aperuisset, adeóque ipse ab intestato exinde ipso iure successisset. In specie verò nostra tá misera est conditio filij secundùm Bartolum, vt nullo penitus casu possit heres esse, neque ex testamento quandiu viuit filia, neque ab intestato, quandiu ipse viuit, nisi incipiat esse eo instanti quo moritur, id est, quo desinit: ita fieret, vt post filij obitú filia superstes sola patri heres esset ab intestato, hoc est non pro sua tantùm & dimidia hereditatis portione, sed in solidum, & ex toto asse acsi fratrem nullum vnquam habuisset. Ad quid enim aut quomodo obstaret frater, post cuius duntaxat mortem testamentú patris destitueretur, vt subtilissimè nec valdè dissimiliter ratiocinatur Papin. in *l. vlt. vers. altera ve. ò species. D. de condic. instit.* Nam si testamentum rumpi non potest nisi per filiam, eamque succedentem patri: ea verò ad patris successionem non priùs admitti potest quàm frater decesserit, annon benè sequitur non posse testamentum rumpi nisi post morté filij? Præsertim cùm possit filia mori quádiu filius viuit, hoc est, eo ipso instanti quo filius ipse moritur ita vt nó possit probari filiam superuixisse, *l. quod de pariter 16. cum duab seqq. D. de reb. dub. iúct. l. Status 48 § Cornelio D. de iur. fis.* Quod si eueniret, vtique filius hic ex testamento heres fuisse diceretur. Quæ res facit vt nó possit dici eum ab intestato heredem extitisse, vt nec in specie *d. l. ventre.* quia tunc fit filius heres ab intestato in mortis suæ instanti, cùm eo moriente certú esse incipit neminem ex testamento heredem fore: vt Africanus disputat in *d. l. si filius.* Nam si replices in specie illa Africani æquè potuisse obiici quòd testatoris vxor prægnás poterat mori eo ipso instanti quo filius moriebatur, quo casu eueniente nihil obstitisset filio instituto quominùs patri suo heres ex testaméto fuisse videretur. Dicam potuisse quidem mori matrem, sed non statim consequens fore vt non potuisset adhuc rumpi testamentum per posthumum, siquidem poterat moriens mater partum viuum edere, aut etiá ex morientis eius vtero exsecto posthumus extrahi *l. 1. D. de mort. infer.* quod sufficiebat vt posthumi agnatione testamétum rumperetur *l. quod dicitur 12. D. de liber. & post.* Quòd si vrgeas potuisse etiam posthumum mori eo instanti quo & filius iam natus moriebatur, adhuc respondebo, præposterum esse & abominabile vt de morte posthumi tractetur priusquam sit editus, Non potuisse autem illum eo instanti quo filius moriebatur & nasci simul, & mori. Est itaque nostra species similior vtrique ex his quæ apud Papinianum tractantur in *d. l. ventre. & d. l. vlt.* quàm ei quæ apud Africanum in *d. l. si filius.* Et consequenter in proposito casu dicendum est, admissa Bartol. sententia, filium neque ex testaméto, neque ab intestato posse heredem esse quandiu viuit, nec proinde obstare illú filiæ quominus post eius mortem sit ipsa heres patri ab intestato in solidum, id est, vt iam interpretati sumus, non pro ea tátùm portione quá ab intestato habitura erat viuo filio, si per statutum exclusa minimè fuisset, verùm etiam pro parte fratris prædefuncti, etiá qui fortè superuixerit patri per annos plus quàm quinquaginta. An enim posset mortuus parté facere, qui viuus non fecisset? Quo tamen admisso illud etiam absurdi sequetur, vt exclusio ista statutaria quæ ex statuentium mente solis masculis prodesse, solis verò fœminis ab intestato nocere & potuit & debuit, è contrario prosit filiæ ad acquirédam totam patris hereditatem, adeóque ab intestato, noceat autem filio ne propriam quoq; portionem vllam habere possit, aut ad successores suos tráfmittere, etiá cùm fuit à patre suo institutus. Quid verò est, obsecro, quod ab-

surdius

surdius dici possit? quid improbabilius? quid ineptius? Auget verò ineptias istas non parum meo iudicio, quod Bartolus ea statuti verba *extantibus masculis*, aut si mauis, *quandiu masculi supererunt, filia non succedat*, sic accipit, ac si haberet expressam adiectionem hanc, *masculis verò defunctis filia succedat etiamsi masculi iam successerint*, quod non modò commentitium, sed etiam ridiculum est. Primum quia cùm statutũ prohibet filiam succedere ab intestato, masculis extantibus, aut quãdiu masculi supererunt, abrogat proculdubio ius ciuile & vetus & nouum, ex quo fœminæ simul cum masculis si in eodem aut pari gradu sint, ad successionem maximè parentum admittuntur. Abrogat autem sub illa vnica conditione, *si masculi supererunt*. Proinde si conditio illa exclusionis istius statutariæ semel impleta sit per masculorum superexistentiam, frustra postmodum filia per statutum exclusa implorat auxilium iuris communis ad succedendum etiam post extinctos masculos, non solùm si heredes ipsi aliquando extiterint, qui casus longè minorem, aut potiùs nullam dubitationem habet cùm hereditas ad tempus acquiri non possit, sed etiamsi ex aliqua causa vel noluerint, vel nõ potuerint succedere, vt in superioribus probauimus; quia conditio semel impleta deficere ampliùs numquam potest, vt neque ius abrogatum reuiuiscere. Proinde noua lege opus esset vt filia posset admitti post mortem filij, etiam qui heres numquam fuisset, nouóque statuto, sicut opus fuit & auxilio prætoris, & Iustiniani constitutione, vt suo abstinente, vel proximo agnato repudiante, sequens admitti posset, *§. placebat. Instit. de legit. agn. successl. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* quia scilicet lex duodecim tabularũ, quæ solos agnatos vocauerat, de proximo tantùm agnato fuerat locuta, nec rursus proximũ agnatum vocauerat, nisi sub ea conditione, *Si suus heres nemo extaret*. Filia ergo quæ per statutum semel exclusa fuit à successione intestati, abrogato hac parte iure communi, etiamsi non esset exclusa nisi ad tempus, vt vult Bartolus, attamen non eo magis post illud tempus succedere posset, quia vt quis succedere possit, non sufficit quòd non sit exclusus, (quomodo certè non potest dici post tempus exclusus is qui non fuit exclusus nisi ad tempus) sed illud prætereà & omnino requiritur, vt per legem aliquam sit vocatus ad successionem, cùm ius omne succedendi siue ex testamento siue ab intestato sit ex legibus *l. 3. qui test. fa. poss. l. vlt. D. de suis & legit. l. lege obuenire 130. De verb. signif.* In casu autem nostro filia per statutum exclusa non potest dicere se vocatam, etiam post masculos qui patri superstites fuerint, vel vno instanti; neque ex iure cõmuni quod abrogatũ, vt diximus, fuit per statutum, & quidem in totum, quia pro parte non potuit abrogari; neq; ex iure statutario, siquidem statutum quod excludit fœminas, quomodo videri potest easdem vocare? An fortè per argumentũ à contrario sensu? At hoc non sufficit, quoniam verba legis cuiuslibet, maximè verò in successionum iure inducendo debent esse aperta, expressa, dispositiua, affirmatiua, & imperatiua. Quorum omnium nihil est quod possis obseruare in illis statuti verbis, *Quandiu masculi supererunt fœmina non succedat*: sed debuerat statutum addere vt filiam post masculos vocaret, *si masculi extare desierint, fœmina succedat*: Non dico, *vt filiam vocaret deficientibus masculis*, id est eo casu quo patrẽ sine masculis decedere contingeret. Nec enim eo casu indigeret filia auxilio statuti ad patri succedendum, quippe sufficeret ei ius commune, quod in hac specie non posset videri abrogatum per statutũ, quãdoquidem exclusionis statutariæ conditio per defectum masculorum defe-

cisset, sed dico, *vt filiam post masculos vocaret*, id est, post extinctionē masculorum qui patri superstites fuissent, quia verum est extitisse masculos, si vel vno instanti superstites fuerint, atque ita conditionem exclusionis statutariæ impletam esse, ex eóque tempore nouę legis, nouíque ad succedendum auxilij implorandi necessitatem huic filiæ accessisse, cùm ad iuris communis beneficium à quo semel exclusa fuit, redire sine lege non possit. Quòd si dicas non fuisse abrogatum ius commune, nec ademptum filiæ simpliciter, sed limitatè, & ad tempus, *quandiu masculi superessent*. Iam respondi nec adimi aut minui posse ius filiæ, nec augeri vicissim ius filij ad tempus, nec abrogari ius commune pro parte: & ideò quamuis poneres expressam in statuto fuisse adiectionem illam, quam Bartolus supplet in hunc modum, *si verò masculi extare desierint, filia succedat*, adhuc dicēdum esset iis verbis non aliū casum significari, quàm quo masculi decessissent ante patrem, non etiam illum quē Bartolus tractat, id est, quo masculi non solùm superuixissent, nudóque nomine sui heredes extitissent, sed etiam effectu ipso successissent. Esset enim ea statuti interpretatio facienda, quæ à iuris communis ratione minùs dissideret, non quæ totum ius ciuile De legitimis successionibus peruerteret, omnésque regulas violaret. Quomodo violat illa quæ facit vt videātur statuētes cogitasse de hereditate ad tempus danda, non etiam nostra, quæ filiæ pristinum ius conseruat succedēdi immediatè patri intestato, si masculus mortis tempore nullus sit qui cum ea possit concurrere: quod contingere potest ex duplici causa, siue quòd pater masculos nullos habuerit, siue quòd eos, quos aliquando habuit, viuus amiserit. Nā si verum est quod Vlpianus scribit in *l. cum pater* 11. *D. de pact. dotal.* cùm pater dotem pollicitus, paciscitur ne *à se viuo, néue constante matrimonio petatur*: ita pactum hoc interpretandū esse, quasi adiectum sit *se viuo*, vt posterior quoque pars conuentionis ad vitā patris relata videatur, ne diuersa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonij separet, quódque indignissimum est, inducat vt non habuisse dotem existimetur. Quidni etiam nobis multo maiore ratione liceat dicere, statutū quod filiam admittit ad patris successionem deficientibus masculis, ita interpretandum esse si masculi defecerint viuo patre, & ante acquisitam sibi paternam hereditatem, ne alioqui diuersa sententia inducat, vt hereditas ad tempus data filio esse videatur, filiæ verò delata ex tempore, & quidem ex eo tempore quo non erat ampliùs hereditas, quippe cōuersa iam in patrimoniū filij qui heres fuit; vt deniq; duo in solidum eidem patri heredes esse possint, aut potiùs vt filia in quibusdam casibus melioris conditionis sit, & filius deterioris, quàm si filia per statutum exclusa non esset secundùm ea quæ proximè disputauimus. Quare & iis statuti verbis retētis quæ ponit Bartolus *quādiu masculi supererunt, filia non succedat*, sic interpretatio facienda omnino est, acsi scriptum esset, *quandiu masculi supererunt viuo patre*, vt appareat eā statuentiū mentem fuisse vt filia excluderetur non absolutè & in omnē euētū, sed sub conditione *si masculi extarent tempore mortis patris*, & quandiu extarent viuo adhuc patre. Et huic sententiæ nostræ conuenit adprimè quod Bartolus ipse tradit ad *d. l. vlt. §. quando in pendenti* D. *ad SC. Tertyll.* dictiones illas *quoad, quandiu, donec, quoadusque*: quibus ille mouetur vt ex statuto admittat filiam ad successionem post mortem filij qui heres extitit, quasi nō exclusa filia præcisè, sed potiùs suspensiuè, si apponantur actui habenti ex sua natura limitationem circa tempus, facere magis diem, seu quandam suspensionem,

sionem, quàm conditionem suspensiuam scilicet propter tempus subintellectum, inquit ille, & probat ex *l.3.§.si quis ita tutor. D.de suspect.tutor.l.penul. D.de excus.tutor.* quibus locis agitur de tutela testamentaria sic data, *Titius quoad in Italia erit*, vel, *quoad trans mare nō ierit, tutor esto*, aut etiā ita, *Titius quoad reipublicæ causa non aberit, tutor esto.* Nec dubitatur quia desinat Titius tutor esse post completum ab impubere annum decimumquartum, licèt nō eo minùs verum sit Titium esse in Italia, & reipublicæ causa nō abesse: nimirum quia tutela pubertate finitur sui natura, nec vltra eam ætatem porrigi potest. *Vnde ego dico*, inquit Bart. *quòd verba illa*, Quoad reipublicæ causa nō aberit, *intelliguntur*, scilicet infra decimumquartum annum, vt & in *l.vlt.§. donec.C.de iur.deliber.* Iustinianus scribit, donec inuentarium conscribitur, nō posse heredem à creditoribus, vel legatariis, vel fideicommissariis inquietari. Et tamen nemo dixerit si heres negligens sit in conscribendo inuentario per annum aut biennium, interim nō debere vrgeri eum, quia sic debet intelligi constitutio in illis verbis, *donec inuentarium conscribitur*, ac si adiectum esset, dummodò conscribatur intra tempus constitutum. Similiter ergo & in proposito dicendum est, statutum ita conceptum, *quandiu masculi supererunt, filia non succedat*, ita intelligi debere acsi adiectum esset *quādiu masculi supererūt*, durante scilicet toto eo tempore, quo succedi potest. Semper enim præsupponendi sunt termini habiles: & quemadmodum ridiculus esset qui diceret, aut intelligeret Titium tutorem datum quoad erit in Italia, aut quandiu reipublicæ causa aberit, videri datum tutorem, talémque manere etiam post annum vicesimum, eo prætextu quòd verba per quæ tutor datus est nihil aliud exigant, nisi vt sit in Italia, vel vt non absit causa reipublicæ: ita & æquè stultus is fuerit, qui cum interpretibus sentiat, supradictis statuti verbis exclusam esse filiam quandiu masculi supererunt, etiam post acquisitam masculis hereditatem, vt inferat à contrario sensu & per interpretationem, cessare igitur exclusionem, &, quod necessariò addendum est, vocatam esse & admittendam filiam omni tempore, omníque casu quo deficiant masculi etiā post acquisitam hereditatem. Non enim magis absurdum aut impossibile est vt tutorem habeat is, qui iam factus est pubes, quàm vt possit filia succedere in ea hereditate quæ iam filio fuerit acquisita. Neque verò, cùm hereditas filio acquisita est, potest amplius dici exclusa filia per statutum, sed per acquisitionem, vt ex eo apparet, quod etiamsi alij quàm masculo acquisita esset hereditas, puta extraneo heredi, non minùs exclusa esset filia, etiamsi statutum nullum esset, quia nec vlla superesset hereditas, quæ acquiri posset, conuersa iam ea quæ fuit in patrimonium heredis. Itaque si ei fauere statutum vellet, non sufficeret vt tolleretur impedimentū masculorū per illa verba, *quandiu masculi supererunt.* sed oporteret præterea & ante omnia tolli impedimentū acquisitionis hereditatis. Quam in rem nemo dixerit apta esse aut sufficientia verba illa *quandiu masculi supererunt*, cùm is qui semel heres fuit non desinat esse heres moriēdo, sed transmittat ad heredes suos quoslibet hereditātē acquisitam. Opus igitur esset statuto quod diceret apertis & disertis verbis affirmatiuis, *Post extinctos masculos etiamsi heredes extiterint, filia succedat.* Quale tamen statutum in toto terrarum orbe vix vllum extare arbitror: adeò fuerunt statuentes omnes interpretibus nostris omnibus prudentiores, qui viderunt non posse ex iuris ratione, at neque ex publica hominum vtilitate dari hereditatem ex tempore & ad tempus. Ita enim fieret vt hereditates etiā

quamuis potuerit miles vtrique substituere in vtrumque casum ex priuilegio militari, id est, siue non essent heredes, siue essent, non intelligi tamen in eum casum substituisse quo heredes iam fuissent, nisi expressè id voluerit. Non defectu potestatis, sed voluntatis, quia tam alienum est à ratione iuris vt postquàm vnus heres fuit alius possit heres esse in eadem hereditate, vt non facilè præsumendum sit de eo fuisse cogitatum. Nihilne ergo proderit, quod statutum conceptum sit per eiusmodi dictionem *quandiu*, aut aliam similem quæ sit suspensiua? Imò proderit, quod ad hoc, vt possit filia succedere quandiu masculi nō successerint cum effectu, licèt fuerint superstites tempore mortis, non quasi vocata ipsa per statutum, sed tanquam non exclusa. Nam & semoto statuto si masculi qui patri superstites fuissent ab hereditate paterna abstinerét, adhuc posset filia succedere etiam pro fratrum portionibus, nō quidem iure ciuili ex quo sui heredes sunt masculi etiam qui se abstinuerunt, sed iure prætorio per bonorum possessionem, *l. ex contractu 45. De re iudic. l. de filiis 6. C. de legit. hered.* Poterit ergo succedere ex eodem iure communi prætorio filia quandiu masculi non successerint cum effectu, quæ tamen alioqui & ab initio, & in perpetuum exclusa esset, si statutum ita conceptum proponeretur *extantibus masculis filia non succedat*, quia eo casu ad excludendam filiam, auferendúmque ei ius commune sufficeret masculos tempore mortis extitisse, & eo instanti quo cœpit succedi posse: quonia ea verba *extantibus* præcisa sunt, & præcisè relata ad instans mortis; non suspensiua, nec tractū temporis habentia, vt scripsimus in *Error. 9. & 10. Decad. 27.* Perpetuò autem verum est semel exclusam filiam remanere in perpetuum exclusam, saltem cùm exclusa est per acquisitioné hereditatis secutam in persona masculorū. Sed pergamus ad refutanda cætera quæ in Bartoli distinctione sequuntur.

ERROR SEXTVS.

De statuto disponente quòd filia nupta non possit rumpere testamentum quoadusque masculus superuixerit.

POSTERIOR hæc pars est distinctionis Bartoli *in d.l.vlt.§. quando in pendenti.num.5.D. ad SC. Trebel.* An statutum excludens filiam, quoadusque masculus superuixerit, non tam disponat circa personam ipsius filiæ, quàm circa testamentũ: vt si diceret, inquit, quòd illa testamentum rumpere non posset quoadusque masculus superuiueret. Tunc enim testamẽtum interim valeret quandiu viueret masculus, deinde masculo decedente rumperetur, *l.miles ita 41.D.de testam.milit.* Admittit ergo Bartolus quòd hoc casu masculus quandiu viuit, heres sit ex eo testamẽto, in quo filia fuit præterita. Nec eo minùs tamen possit filia tanquam pręterita testamentum rumpere, & rupto testamento succedere ab intestato post mortem masculi, acsi masculus ex eo testamento heres numquam fuisset. In qua traditione tota nihil est, quod à iuris ratione & regulis non abhorreat. Et illud imprimis, quod ponit valere posse hoc testamentum in quo filia fuit pręterita. Nam si verũ est, vt est, quod in superioribus ostendimus filiam hanc esse suam heredem nil obstante statuto quo exclusa est à successione intestati, siue testamẽti, siue mortis tempus spectemus, illud etiam omnino consequens est, huiusmodi testamentum valere non posse, quod & à nobis probatum fuit. Rursus etiamsi Bartolo largiti hoc vellemus vt testamẽtum ab initio valeret exemplo illius in quo præteritus fuit posthumus aut filius captiuus, non ideo tamen posset verum esse quod vult Bartolus, vt adiri ex eo testamento hereditas posset. Nam si bona est comparatio, sequitur è contrario vt non possit adiri hereditas ex eo testamento quod aliquando rumpi potest *l.ventre 84.D.de acquir.hered.* In proposito autem casu, licèt statuto cautum sit ne possit filia testamentum rumpere quandiu masculus aliquis viuit, tamen etiam viuo masculo verum est posse aliquo casu rũpi testamentũ.i.saltẽ post mortẽ masculi. Ergo nõ magis potest viuus masculus ex eo testamento heres esse, quàm si viuo masculo testamentum rumpi posset. Parum enim interest quãdo testamẽtũ rumpatur, si modò aliquo tempore casúve rumpi possit. Vnde est quod prætor numquã dat bonorum possessionem secũdùm tab. quandiu contra tab. peti potest. *l. 2.D.de bonor.poss.secund.tab.* Aut si dicas, quod nos contra Bart. supra disputauimus, non rumpi hoc casu testam. ipso iure, quomodo rũperetur per agnationem posthumi, aut per captiui reditum ab hostibus, & ideò non prohiberi heredem masculũ quominùs interim ex eo testamento heres sit, quomodo esset ex testamẽto, quod per inofficiosi querelã rumpi posset. Adhuc replicabo, Idem igitur dicendũ esse in prima etiã parte distinctionis Bart. i. eo casu quo statutũ nihil disposuerit circa testamentũ, sed tãtùm circa personã ipsius filiæ, puta in hũc modũ vt filia non possit succedere quãdiu masculi supererũt. Nec enim magis eo casu potest fieri vt testamentũ rumpatur ipso iure, quàm cùm statuti verba sic concepta sunt, vt disponant etiã circa testamentum: siquidem non idcirco aut hoc aut illo casu potest rumpi testamentum, quod statutum vel his vel illis verbis cõceptum sit, sed quia, vt ipse

Bartolus

Bartolus ait,possibile est quòd aliquo casu filia reperiat se prætetitá, & nihilominùs possit ab intestato succedere. Quæ ratio perinde locum habet, quibuscumque tandem verbis statutum conceptum esse proponatur. Atqui non admittit Bartolus, posse masculum heredem esse ex eo testamēto quod per filiam præteritam rumpi aliquando potest,quoties statutum nihil dispo nit circa testamentum,sed tantùm circa ipsius filiæ personam.Ergo nec illud admittere debuit eo casu quo statutum disposuerit circa testamentum,cauēdo ne filia præterita possit testamentū rumpere, quoadusq; masculi superuixerint: sed & vtroq; casu, i. siue statutū circa personā ipsius filiæ, siue circa testamentū disposuerit,& siue dicas rumpi hoc testamentū ipso iure per filiā præteritā,siue nō ipso iure,illud semper obstat Bartolo,quod pro vero supponit,Et hereditatē,quæ iam acquisita sit masculo,adhuc filiæ acquiri posse,&, Testamētū quod aliquando valuerit fueritque confirmatū vtiliter, non solùm per legē, sed etiam, quod magis est,per subsecutam hereditatis aditionē nihilominùs rumpi adhuc posse. Quod vtrumque falsum esse apparet ex iis quæ tā in hac Dec.ā in præcedentib' disputauimus, nec repetere hîc opus est.Nec video quid pro Bartolo faciat textus ille, quo vno in tota hac quæstione mouetur in *d.l.miles ita 41. D. de testam. milit.* Etsi enim ex eo loco probatur optimè,posse militem decedere testatum ad tempus,& ex tempore intestatum,non æquè tamē inferre possis hoc idem per statutum fieri posse, quia, vt sæpius monuimus in præcedentibus, plus potest hac parte miles quàm statutum,licèt statuto tantam vim & autoritatem tribuas, quanta est legis,quandoquidem & plus potest quàm lex ipsa,cùm potestatem suam habeat,nonà legibus,sed ab Imperatorib' qui sunt supra leges.At multo minùs ex eodē loco inferre posiis,quod tamen Bartolo probandum fuit,Posse militem ita decedere testatum ad tempus, & intestatum ex tempore, vt testamentum quod ab initio ritè fecerit,postea rumpatur contra ipsius voluntatē. Tantum enim abest vt hoc verum sit, vt è contrario non alia ratione admittamus militem decedere pro parte temporis testatum,& pro parte temporis intestatum,quàm ne alioqui fiat contra ipsius voluntatē quam nos ponimus talem fuisse: in illo nimirum exemplo quod ibi Tryphoninus adfert,nō cùm testator ita scripsit, *Quoad viuit Titius heres esto, post mortem eius Septicius heres esto*(hoc enim casu vterque heres est ex testamento, Titius quidem ad tempus,Septicius verò ex tempore) sed cùm instituit Titium vsque ad annos decem,aut etiam, si voles, nihil enim refert *quoad viuit*, nemine substituto. Hoc enim casu obtinet quod Tryphoninus ait, post mortem Titij, aut post decem annos causam intestati locum habere. At in eo casu, de quo Bartolus & nos tractamus, si testamentum militis qui filio masculo herede instituto filiā præteriisset obtētu statuti, per quod filia exclusa esset à successione intestati, quandiu masculi extarent, posset rūpi per filiam post mortem masculi, eueniret in contrarium vt voluntas militis euerteretur, & vt priuilegium militare in ipsius militis perniciem & iniuriam conuerteretur. Neque enim miles qui solum filiū ex asse heredem instituit,filiam autem præteriit, neque aut hoc,aut illud ad tēpus,sed simpliciter & absolutè,eo animo fuit vt vllo vnquam tēpore heredem ab intestato vllum haberet,prǽsertim filiam quam & præteriit,& à successione sua intestati exclusam sciuit. Quid ergo? Voluit in omne tempus decedere testatus? Maximè verò,si contingeret vt filium quē heredē habere voluit,haberet etiam superstitē, & cum effectu successorem.

Nemo igitur probabiliter dixerit, quod tamen pro tuenda Bartoli sententia necessariò dicendum est, Posse ex militis priuilegio fieri vt rumpatur ipsius testamentum per filiam præteritam, fiatque locus successioni intestati post mortem filij qui viuus extiterit cũ effectu heres patri. Militis enim priuilegium sicuti nullum est hac in re nisi cùm testatur, ita nec in eo est vt rumpatur illis casibus quibus alioqui iure communi rumpi non posset, sed in eo potiùs vt subsistat & valeat quod iure cõmuni non valeret; nisi fortè putamus militẽ hunc cùm testatus fuit iure militari, hoc genus testãdi elegisse ad iudicia sua impugnãda, quod tamẽ nemo credẽdus est facere velle, inquit Vlp. tractãs de milite in *l.3. D. de test. mil.* Ergo quod miles facere non potest, vt filiã heredẽ habeat ab intestato postquã filium heredem habuit ex testamẽto, quod voluerit in perpetuum valere, multo minùs facere poterit statuti autoritas, quæ minor est quàm militis potestas. Nam & simili argumento docuimus in superioribus, non posse statutum facere vt ab intestato quis habeat heredem ex tempore & ad tempus, quia nec miles hoc facere posset. Et verò tum quoque cùm statutum ita conceptum est vt disponat circa testamentũ, cauendo ne filia possit testamentum rumpere quandiu masculi supererunt: quæro quo iure poterit filia tanquam præterita rumpere testamentum post mortem filij qui heres fuerit, an iure communi, an potiùs statutario? Iure cõmuni certè non potest, quia nullus in toto iure nostro locus reperietur quo probare possis, rũpi ex postfacto testamentũ quod semel effectum habuerit. Reperies posse rescindi per querelam inofficiosi testamenti, sed rumpi numquam, at neque rescindi extra casum querelæ inofficiosi: multo minùs verò rumpi per præteritionem filiæ, quæ & testamenti & mortis tempore fuit in potestate. Talem enim filiam necesse est, vel ab initio nullum facere testamentum, vel numquam rumpere, cùm circa eam nullum factum nouum interueniat, propter quod permittendum ei sit vt rumpat. *arg. l. filius 28. § .1. D. de liber. & post.* Quid enim noui accidit, vt possit rumpere, nisi quòd mortuus nunc sit filius, qui quandiu vixit heres fuit? Atquin neque factum vllum, neque nouum est, vt quis moriatur, sed tantùm priuatio, eáque circa personam filij non filiæ. Nihil ergo causæ est cur filia rumpat post mortem filij, nõ magis quàm si filius ipse viueret. Dices, non esse bonam consecutionem, quia & in specie *d. §. 1. l. filius*, idem euenit vt nullum factum nouum intercedat circa personam filij qui tamen rumpit testamentũ in quo fuit præteritus. Verùm in specie nostra illud dissimile est, quod ponit Bartolus, testamentũ interim valuisse, ex eóque filium quandiu vixit heredem fuisse non obstãte filiæ præteritione: quæ res facit vt tanto durius, & absurdius sit postea illud rumpi. At in specie Tryphonini numquam ita valuit testamentum, vt ex eo potuerit acquiri hereditas, quia in ea causa semper fuit vt potuerit aliquo casu rumpi. Deinde apud Tryphoninum id noui accidit, quod, vt lex ait, incipit pater post testamentum habere in potestate filium quem antea non habuerat. At in casu nostro ponimus fuisse filiam in potestate & testamenti & mortis tẽpore. Nihil igitur noui accidit circa eam propter quod possit rumpere tanquam præterita, cùm ab initio fuerit præterita, & eo tempore quo iam erat in potestate. Vrgebis, Imò noui hoc accidere, quòd filia post mortem filij fit capax successionis, cuius fuit incapax quamdiu filius vixit. At præter id quod non fit hoc ex iure communi, sed ex potestate statuti, si Bartolum pro bono statuti interprete admittimus, probandum illud esset, quod tamen nec Bar-

tolus, nec pro eo alius quisquam probat, Posse filiam hanc capacem fieri successionis postquam alius iam successit, quod nos negamus, si iuris communis ratio inspiciatur. Fatendum igitur est, non posse fieri ex iure communi vt post mortem filij rumpat filia testamentum, quod viuo filio valuit. An verò ad ius statutarium confugiemus vt Bartoli commentum tueamur? Ne hoc quidem quicquam proderit. Nam nec probare vnquam possis, Per statutum fieri hoc posse vt filia præterita rumpat testamẽtum ipso iure, quod neque nullum dicere, neque rumpere potuit viuo filio, neque impedire quominus ex eo filius quandiu vixit, heres fuerit. Sed etsi statutum hoc facere posset, adhuc tamen negarem id factum esse per ea statuti verba quæ Bartolus proponit, *quousque masculi supererunt fœmina testamentum non rumpat.* Cur enim ex his verbis inferamus cogitasse statuentes de testamento per filiam rumpendo in eo casu quo non posset rumpere si statutum nullum esset? An probabile est eam statuti mentẽ fuisse, vt rumpẽdi testamẽti casus qui tam multi iam sunt, multiplicaret, nouúmque & iuri communi incognitum induceret, ac non potiùs vt minueret, tantóque firmius testamenti ius faceret in fauorem masculorum, & ad exclusionem fœminarum? Loquor de statuti mente, quoniam inspectis verbis multò minorem dubitationem res habet, cùm verba negatiuè concepta sint, & id expresè ferant, vt filia non rumpat; vt proinde non possit ex his colligi, ne quidem per diuinationem ius esse filiæ præteritæ vt ex eo statuto rumpat testamentum post mortem filij, nisi à contrario sensu sic argumentére, quomodo videtur argumentatus Bartolus, *Statutum prohibet ne filia præterita rumpat testamentum quandiu masculi supererunt: Ergo masculis deficientibus permittit vt rumpat.* Quæ tamen collectio mala est, etiam admisso eo quod æquè falsum est, vt ad rem tam nouam absurdámque constituendam possit sufficere nuda statuentium voluntas à contrario sensu collecta, nullisque affirmatiuis verbis expressa. Notissimum enim est apud nostros quoque interpretes, nunquam valere argumentum à contrario sensu, quoties absurdus, & vt ipsi loquútur, absonus ex eo sequitur intellectus, quod probare solent ex *l. conuenticula 15. C. de episc. & cleric. aliisque plurimis iuris nostri locis.* Malam verò collectionem esse apparet ex eo quod non retinet Bartolus in propositione contraria eosdem terminos qui fuerunt in directa. Sic enim argumentandum esset à contrario sensu, *Statutum prohibet ne filia præterita rumpat testamentum quandiu masculi supererunt: Ergo permittit vt rumpat quandiu masculi non supererunt.* Quibus tamen verbis si statutum conceptum esset, haud dubiè esset ridiculum: significaret enim permittendũ filiæ vt rumpat testamentum ad tempus, scilicet *quandiu masculi non supererunt*: quod planè nouum & inauditum est. Item significaret posse aliquod tẽpus venire in quo masculi superessent, quos tamen ponimus iam extinctos omnes priusquàm filia possit rumpere. Absurda igitur esset eorum verborum & conceptio & sententia. Dices, Quid ergo proderit, quòd filia non sit prohibita rumpere, nisi cum illa adiectione suspensiua & limitatiua, *quandiu masculi supererunt*? Hoc enim nimirum est quod Bartolum, & alios omnes decepit: quasi verò difficile sit animaduertere nihil aliud eiusmodi verbis significari, nisi vt quandiu masculi supererunt filia non rumpat testamentum iis scilicet casibus, quibus alioqui rumperet ex iure communi, si statutum non esset: ac proinde vt si masculi nulli supersint, rumpat. Sed quibus casibus? Iis videlicet quibus potest rumpere ex iure communi: puta si sit posthuma præteri-

ta, aut filia viuo patre à Turcis capta, seruaque hostium facta. Nam cùm nullus restat masculus, nihil aliud induci potest ne quidem ex mente statuti, nisi vt prohibitio rumpendi tollatur, quam statutum induxerat: ea verò sublata, superest ius commune, ex quo licet quidem filiæ præteritæ rumpere testamẽtum, sed vel agnatione, vel reditu ab hostibus, vel petita bonorum possessione contra tabulas, si fuerat tantùm exclusa à successione intestati; at non etiam per solam mortem solius masculi, præsertim postquã ille vitæ & mortis suæ tempore heres fuit. Prohibitio enim statutaria facit quo minùs, non quo magis testamẽtum rumpere filia possit, *arg. l. 3. §. si emancipatus 1. D. de bon. poss. contr. tab.* Addam etiam, si voles, tertium casum, quo possit huic statuto locus esse etiam à contrario sensu, si fortè possit locus esse querelæ inofficiosi testamenti: etsi hoc casu non tam rumpitur propriè quàm rescinditur testamentum. Permittam enim filiæ exheredatę vt proponat querelam post extinctos masculos, etiam qui heredes fuerint, quam proponere non posset si quis adhuc ex masculis viueret: nisi malis quod ego ex vi & proprietate verborum probabilius arbitror, filiam quæ per statutum prohibetur tantùm rumpere testamentum, quandiu masculi supererunt, non ideò prohiberi de inofficioso conqueri testamento, quia non rumpit quæ conqueritur, licèt ea obtinente in querela futurum sit vt testamentum per iudicem rescindatur: erátque statutum ita concipiendum, vt *quandiu masculi superessent, filia non posset venire contra testamentum*, si id agebant statuentes, vt à querelæ quoque beneficio propter masculos filiam arcerent. Venit enim proculdubio contra testamentum filia, quæ proponit querelam, cùm id agat vt testamentum rescindatur, fiátque testator intestatus. Nec dubitarem ita concepto statuto, quin audienda esset filia proponens querelam post mortem filij, etiamsi filius toto vitæ suæ tempore heres fuisset, quia hereditatis acquisitio non sicut impedit ne testamentum iam confirmatum ampliùs rumpi possit, ita impedit ne per querelam rescindatur, adeò vt neque huic filiæ noceret quod intra quinquẽnium ex die acquisitæ hereditatis nõ venisset ad querelam, si modò per quinquennium integrũ à die mortis filij non tacuisset: quoniam totum illud tẽpus quo filius vixit deducendũ est propter statuti prohibitionẽ, quę passa nõ est filiam interim cõqueri de inofficioso: iniquũ enim esset imputari ei tẽpus quo agere nõ potuisset, *l. 1. §. vlt. C. de annal. except. l. 1. §. vlt. iunct. Auth. C. de bon. matern.* At quid si statutum ita conceptum esset de non veniendo per filiam contra testamentum quandiu masculi superessent, An posset filia præterita nullum dicere testamentum? Posset meo iudicio, si modò testamenti tempore in potestate fuisset. Vt enim huiusmodi testamentum sit nullum, in quo aliqua persona ex suis heredibus præterita est, sola iuris ratio facit, non voluntas filiæ, qua etiam volente non posset testamentum conualescere secũdùm ea quæ plerisque locis scripsimus contra interpretes de sententia *l. filio præterito 17. D. de iniust. rupt.* Facit *l. 5. § 1. l. si testamentum 24. D. de de his quæ vt indign.* Si tamen poneres alia statuti parte filiam hanc exclusam esse ab intestati patris successione quandiu masculi superessent, aliud responderem, quia eo casu non posset audiri nisi veniendo per contra tabulas, vt disputauimus ad finem Error. 3. Decadis huius. In petẽda verò bonorum possessione contra tabulas, non tam ratio iuris versatur quàm factum petentis, qui per hanc bonorum possessionem & rumpit testamentum, & rumpendo succedit, *l. 1. & tot. tit. De bonor. poss. contr. tab.* Ergo filia quæ prohibetur venire contra testamen-

mentum, hoc ipso prohibetur petere contra tabulas, licèt non prohibeatur dicere testamentum nullum si capax sit succedendi ab intestato. Quòd si prohibeatur & contra testamentum venire, & ab intestato succedere quandiu masculi supererunt, omni auxilio destituetur filia præterita, si quis masculus & superuixerit, & heres fuerit, at non etiã ea quæ fuerit à patre exheredata. Huic enim competet, vt diximus, querela inofficiosi testamenti, quæ non similiter potest vnquam competere filiæ præteritæ à patre in cuius fuit potestate. Filia enim à patre præterita nunquam potest queri de inofficioso, si nõ fuerit emancipata: neque huic exheredata in proposito casu nocebit, quòd per statutum facta sit incapax succedendi ab intestato, & prohibita sit venire contra testamentum. Vtrumque enim habuit eam conditionem temporalé, *si & quandiu masculi superessent*, quibus deficientibus & extinctis, iam neque prohibitio statutaria impedit querelã, neque ipsa etiam acquisitio hereditatis, quæ tamen & ius dicendi testamentum nullum vel illud rumpendi, siue ipso iure, siue per bonorum possessionem contra tabulas, impediret.

ERROR SEPTIMVS.

De clausula codicillari apposita in testamento, in quo fuit præterita filia exclusa suspensiuè per statutum quandiu masculi supererunt, qui prædecesserint.

VLTIMA hæc quæstio est ex iis quas tractat Bartolus ad *d. l. vlt. §. quando in pendenti. D. ad SC. Tertyll* eãq; celebris, quia dissentientem à Bartolo Baldum habuit, & cõsequenter dissentientes cæteros quoque interpretes, quibusdam Bartoli, aliis Baldi opinionem magis probantibus. Pater filium heredé instituerat ex asse: filiam verò nuptam & dotatam prætermerat, & adiecerat, *si non valet vel valebit testamentum iure testamenti, valeat iure codicillorum*, quæ vulgaris & amplissima est formula clausulæ codicillaris; Filius decesserat superstite sorore, quæ tanquam à patre præterita dixerat testamentum patris nullum, adeóque ex eo interpretum errore quem nos hucusque refutauimus, obtinuerat. Quærebatur de fideicommisso, id est, an per clausulam codicillarem videretur grauata filia de portione sua per fideicommissum restituenda heredibus fratris prædefuncti. Bartolus putabat quæstionem in eo esse, An testamentum retrò nullum fuisset, necne; vt si retrò nullum fuisset, id est, etiam viuo adhuc filio, quanuis nonnisi post mortem filij tale declaratum esset, tunc filia teneretur heredibus fratris fideicommissum restituere, quia dies fideicommissi viuo filio cessisset. Si verò testamentum viuo filio omnimodo valuisset, nec nisi post eius mortem nullum esse cœpisset, tunc nihil prodesset filij heredibus supradicta clausula codicillaris, tanquam quæ non habuisset effectum nisi post mortem filij, quo proinde viuo fideicommissi dies non cessisset. Itaque filij heredibus fideicommissum non deberetur, sed remaneret apud filiam grauatam ex *l. vnica. §. sin autem sub conditione. C. de caduc. tollend. l. si in personam. C. de fideic.* Cùm enim clausula codicillaris semper habeat conditionem illam siue expressam, siue tacitam *si testamentũ non valeat*, ita vt nullo vnquam casu possit euenire vt valeat testamentum valente clausula codicillari, aut contrà: certum est prius esse vt eius clausulæ

conditio impleatur, id est, vt testamentum non valeat, quàm vt ea clausula effectum aliquem habere possit. In proposita igitur quæstione eò recidit Bartoli distinctio, vt distingui rursum oporteat quomodo concepta sint verba statuti, An ita vt disposuerit statutum duntaxat circa personam filię dotatę in hunc modum, *quandiu masculi supererunt filia dotata non succedat*, an verò disposuerit etiam circa testamẽtum, hoc modo *quandiu masculi supererunt, filia nupta non possit rumpere testamentum*. Priore casu respondẽdum erit cum Bartolo pro heredibus filij; posteriore verò pro filia secũdùm eam distinctionem eiusdem Bartoli quam suprà retulimus & refutauimus. Porrò statutum Perusinum, de quo Bartolus consulebatur, ita conceptum erat, vt disponeret circa personam filiæ tantùm, non autem circa testamentum. Verba enim illa erãt, *Filia dotata non succedat quoadusque superuixerit aliquis masculus*, vt idem Bartolus refert ad *d. §. quando in pendenti, num. 1.* Ergo pro filij heredibus in ea specie quæ proponebatur, respondendum putauerat Bartolus, & responderat Baldus contrà, cùm esset aduocatus partis aduersæ, defendebat, nihil posse hîc operari clausulam codicillarem, sed hereditatẽ remanere penes filiam sine onere, vt ipse refert ad *l. 2. C. de liber. prat. num. 7. & ad l. si quis filium 34. num. 7. C. de inoff. testam.* Mouebatur ex eo, quòd illa conditio, *si non valet, vel valebit iure testamenti*, nunquam fuit impleta viuo filio masculo, sed eo demum mortuo, nec testamentum retrò nullum fuit, vt vult Bartolus, sed cœpit nullum esse ex nunc, id est, ex quo die potest filia succedere, ac proinde ex eo die quo filius mortuus est. Super qua quæstione idem Baldus refert Raynerium quendam de Forlino, & collegium Senense consuluisse, quòd filia nihil poterat habere, neque testamentum in quo prærerita fuerat, nullum dicere, quia tempore mortis patris & aditæ hereditatis per filium masculum se inuenit exclusam ex forma statuti, & nunquã potest redire ad ius dicendi nullum, nec de iure ciuili, nec de iure prętorio cùm inueniat hereditatem alij applicatam arg. *l. in quibus 7. C. de secund. nupt.* Nullitas enim nisi insit tempore mortis, confirmatur testamentum inexpugnabiliter, *l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt.* Et ideò in rota *l. Gallus 29. de liber. & posth.* non consideratur, nisi quis præcedat an filius, an nepos tempore mortis testatoris. Sentiebant igitur isti non minùs contra Bartolum, quàm contra Baldum. Nam sicut Baldus respondebat indistinctè pro filia, ita isti indistinctè contra filiam, Bartolus verò nonnisi cum supradicta distinctione: Baldi tamen sententiam, vt ipse gloriatur, probabat collegium Florentinum, nec dubitabat quin filia succederet in dimidia parte hereditatis ab intestato non obstante clausula codicillari. Ad eas verò rationes quæ à collegio Senensi adferebantur; respondebat collegium Florentinum, filiam istam esse heredem anormalem, vt Baldus loquitur, & concedebat hereditatem quidem totam fuisse filio applicatam, sed nihilominus ex dispositione legis municipalis pro parte dimidia euinci posse mortuo filio masculo sine liberis. Quasi non sit nouum quod ex dispositione legis vnus incipiat, & alius desinat heres esse ex not. ad *l. in substitutione 31. D. de vulg. & pupill. substit. & Inst. de eo cui libert. causs. bon. addic. §. vlt.* Nam statutum, inquit Baldus, excludit regulas iuris communis excludendo filiam ad tempus vitę fratris, sed postea includendo & integrando ipsam ad successionem, arg. l. *statuliberum 11. §. Stichum. de legat. 2.* Concludit itaque Baldus, verè filium interim heredem esse in solidum ex testamento, & non filiam, sed mortuo filio rem redire ad causam intestati ex defectu & vitio prętteritionis,

& sic

& sic causam finalem quę in medio tempore obstitit filię, deficere per mortẽ masculi:ita quòd filia possit succedere sine obstaculo tanquam ex nunc,id est post amotionem obstaculi finalis.Ex quo infert ille non placere sibi cõsilium collegij Senensis,quia nos sumus in materia statuti,non in simplici materia iuris communis.Nec rursus consilium Bartoli,quia sequeretur quòd interim masculus non esset heres,& non posset agere,nec conueniri : vel posito quòd posset conueniri per *l.vlt.c.de hered.petit.*tamen agere non posset vt not. ad *d.l.vlt.iunct.l.1.§.apud Iulianum.D.deposit.*Ego cùm istas tam magnas video contentiones inter tantos doctores, adeóque inter ipsa Doctorum collegia, de re quę nullam prorsus,aut sanè perexiguam dubitationem admitteret, si iuris ratio non violaretur, facere non possum quin exclamem, Deus bone, quàm misera non solùm iurisprudentię nostræ,sed hominum omnium conditio est,quorum fortunas in iure tam aperto dubias facit infelix ista & litigiosa interpretum imperitia,quam tamen pro certa lege sequi cogantur etiã reluctante conscientia ij quoque iudices qui sint peritiores, si non præterea tales sint qui legis condendæ habeant potestatem.Supremos magistratus intelligo,quibus solis liberum est à Bartoli, receptisque interpretum traditionibus,quanquam id quoque perrarò, recedere,quia & legem facere possunt, aut saltem legi similem constitutionem.Nos qui legem facere nõ possumus, legum tamen iam factarum autoritatem quantum in nobis est,tueamur : dico neque Bartolum, neque Baldum,neque collegium aut Senense, aut Florentinum respondisse quod in proposita quæstione responderi ex iuris ratione oportuit,sed,quod malè iactis principijs euenire necesse fuit, iisdem ferè erroribus deceptos omnes in diuersas quidem,sed omnes erroneas distractos fuisse sententias,etsi collegium Senense videtur mihi ad veritatem propiùs accessisse.Errant enim omnes in eo in quo consentiunt, nec minùs tamen in eo quoque in quo dissentiunt. Consentiunt & errant omnes in eo quod putant,statuto ita concepto,*filia non succedat quoadusque masculus aliquis supererit*,posse filiam succedere,adeóque ad successionem inuitari ex statuto: sed grauiùs cæteri qui addunt,etiam posteaquam masculus heres extiterit,si modò mortuus proponatur.Consentiunt,& errant omnes in eo quod putant & pro certo habent,Posse fieri per statutum vt quis heres sit ex tempore & ad tempus ; sed grauiùs illi qui putant posse fieri per statutum vt possit quis heres esse ab intestato,postquam alius heres fuit ex testamento. Quæ omnia falsa sunt,& in præcedentibus plus quàm satis refutata.Longè meliùs collegium Senense hac parte sensit quod & nos sentimus, fieri nullo modo posse, nec magis per statutum quàm ex iure communi,siue ciuili, siue prætorio, vt post mortem filij succedat filia in hereditate patris, quæ iam masculo acquisita,& vt loquebantur,applicata reperiatur.In quo igitur maximè errauit collegium Senense? In eo quod cum cæteris credidit filiam in proposita specie potuisse impunè à patre præteriri, ita vt nullo tempore possit testamentum ob eam causam nullum dicere. Verius enim est quod probauimus in Error. 2.& 3.huius Decadis,filiam istam nil obstante exclusione statutaria fuisse patri suam heredem,& quidem vtroque tempore, & testamenti & mortis : ac proinde ipsius præteritione testamentum ab initio nullum fuisse. Hoc enim constituto, statim illud etiam consequens fit, masculum ex eo testamento heredem existere non potuisse, nec magis quandiu vixit, quàm post mortem suam,sed per contra tabulas partem dimidiam hereditatis ad filium, aliam

dimidiam ad filiam pertinuisse, licèt nulla pars potuerit ad filiam pertinere ab intestato. Et quod addebat collegium Senense testamentum confirmari inexpugnabiliter, si tempore mortis nullitas nulla sit, tàto magis pro filia faciebat. Nam & mortis & testamenti tempore inspecto suberat nullitas testamenti, quæ impediebat ne per legem confirmari posset ob filiæ, eiusdémque suæ heredis præteritionem, cùm nulladum eo tempore esset exclusio statutaria, quippe quæ non possit incipere nisi post mortem, & ex quo instanti succedi potest. Confirmatio autem testamenti per legem fit, & fieri necessariò debet eo instanti, quo quis moritur, non quo mortuus iam sit, vt suo loco demonstrauimus. Ergo priusquàm exclusio statutaria vires suas exercere possit. Postremò quòd iidem Senenses dicebant in tota lege *Gallus 29. de liber. & posth.* non considerari nisi quis præcedat, an filius, an nepos tempore mortis testatoris, pro filia ipsa maximè vrgebat. Si enim tempus mortis inspicias, nó minùs sua heres est filia quàm filius, cùm & in potestate sit, & in eodé gradu, id est in primo etiam quòd ad causam succedendi, saltem ex testamèto, quãuis non æquè ab intestato. Sed & falsum est in specie *l. Gallus* non considerari nisi tempus mortis. Nam imò verò quòd ad testamenti validitatem attinet, consideratur maximè ac præcipuè tempus ipsius testamenti, non mortis: ideóque nimirum necessaria est ante omnia institutio filij, vt testamentũ valeat, quanuis necesse sit tempore mortis testatoris iam mortuum esse filiũ ad hoc vt posthumi nepotis institutio valere possit, tanquam quæ fiat sub ea necessaria, & expressa conditione, *si filius viuo testatore morietur, d. l. Gallus. in princ. & §. in omnibus. & pass. ead. lege.* Quemadmodum igitur filius Aquilianus obstat nepoti Aquiliano in causa testati, quanuis certum sit eum filium ab intestato nunquam successurum (qui enim præmoritur, succedere patri suo ab intestato nunquam potest) ita & in specie nostra dicendum est, filiam, licèt ab intestati successione per statutum exclusam, obstare fratri in causa testati; non quidem in eo ne frater possit institui, quomodo filius ante excogitatam formulam Aquilianam obstabat institutioni nepotis, sed hactenus ne possit filius heres esse ex eo testamento in quo filia hæc prætерita fuerit. Dices filium Aquilianum esse capacem successionis ab intestato, ideóque mirũ non esse quòd ipsius præteritione testamentum sit nullum: aliud verò iuris esse in filia, de qua tractamus, quã ponimus per statutum exclusam esse à successione intestati. Verùm facilis responsio est, filium quidem posse & debere patri succedere ab intestato, sed nõ filium Aquilianum, id est, quem instituẽdum esse diximus in formula Galli Aquilij: hunc enim ponendum necessariò est moriturum esse viuo patre, ac proinde nunquam patri successurum. Alioqui posthumus ex eo nepos institui nullo modo posset. Quidni ergo valebit testamentum in quo posthumus nepos fuerit heres institutus sub ea conditione, *si filius meus me viuo morietur*, tametsi præteritus sit filius? Nimirum, quia eo quoque casu, quo filius primi gradus moriatur, licèt certum sit nunquam successurum illum ab intestato, non eo minùs tamen verum est esse illum suum heredem, & in potestate tempore testamenti, & consequenter talem qui non potuerit præteriri. In filia porrò, de qua agimus, eadem ratio locum habet, imò maior, quia etiam secundùm interpretes succedere aliquo casu ab intestato potest: nec tantùm si filius viuo testatore moriatur, qui casus nullam habet dubitationem; sed etiam si patri quidem superstes sit filius, sed patri ab intestato succedere ex aliqua causa vel nolit, vel non possit. Quis

ergo ferat impunè ipsam præteriri,& in æstimanda validitate testamenti tẽpus illud inspici,quo testator iam sit mortuus,non autem illud, quo testamẽtum faciebat,nec illud etiam quo moriebatur? Sed grauior, vt iam diximus, Bartoli,Baldi,& Collegij Florentini error fuit in eo, quòd putarunt filiam præteritā posse post mortem filij ab intestato succedere,quamuis filius,quandiu vixit,heres fuerit,adeóque ex testamento.Id enim non modò absurdum, sed etiam penitus impossibile est,vt in pręcedẽtibus probauimus. Nec quòd filiam hanc anormalam heredem vocant,facere potest vt ob id solùm in eius persona sint negligendę omnes normę & regulę iuris: multò minùs verò vt possit euincere partem hereditatis,quę tota fuerit filio masculo acquisita, licèt filius sine liberis decesserit.Nec enim statuti verba id ferunt, quæ nihil aliud habent,nisi vt è contrario filia non succedat, quandiu masculus aliquis superuixerit,eo nimirum casu,quo alioqui succedere ex iure communi posset,tantum abest,vt filiam vocare statuentes voluerint eo casu, quo etiam semoto statuto succedere tamen ex iure communi non posset. Quàm verò alienius illud est,vt possit hereditatem euincere fratris heredibus, cùm de eo nullum penitus verbum sit in statuto? Itaque, vt apparet, deficitur hæc filia non tantùm potestate,sed etiam voluntate statuti, *arg. l. pen. D. de test. tutel.* vbi cùm quidam proponeretur tutores ita decessisse, *Lucium Titium tutorem do: si is non viuit, tum Caium Plantium tutorem do*: negat Iauolenus post Trebatium posse admitti Plantium post mortem Titij,si Titius vixerit,& tutelā gesserit: quòd illa verba, *si is non viuit*, ad mortis tempus referantur,quanuis tutela pręsertim testamentaria sit ex earum rerum genere, quæ & ex tempore,& ad tempus dari possunt, *l. tutor 8. §. tutorem. eodem tit.* Quanto magis idem in hereditate dicendum est, quæ nec ad tempus, nec ex tempore dari potest? maximè cùm verba statuti siue de succedendo, siue de non succedendo loquantur,non de alio tempore possint intelligi, quàm quo possit succedi? deinde quid si filius decessisset nullo quidem superstite masculo, sed relicta filia? Dicendum esset secundùm Baldi & Doctorum Florentinorum sententiam, adhuc fore,vt posset filia pręterita euincere partem hereditatis filiæ prędefuncti,quia æquè verum esset dicere, masculum nullum superesse. Et tamen annon esset absurdum, eum masculum, qui ex toto asse heres fuisset,quandiu vixisset non posse transmittere totam hereditatem ad filiam suam,eandémque heredem? *arg. l. cùm auus 102. D. de condic. & demonstr. l. cùm acceutissimi 30. C. de fideicom. l. cùm pater 77. §. cùm inter. De legat. 2.* Idque nec Baldus ipse negare audet, qui cùm ait huius hereditatis dimidiam posse per filiam euinci ex dispositione legis municipalis mortuo filio, addit *sine liberis*, nec adiicit *masculis*: quod tamen adiiciendum erat si putabat Baldus eā sententiam induci posse ex verbis statuti. Statutum enim Perusinum, de quo tractamus,non excludit filiam nisi fauore masculorum, & quoadusque masculus aliquis supererit: verum autem est,masculū nullum superesse,quamuis supersit filia ex masculo.Rursus quod dicebant Doctores Florentini, non esse nouum vt ex dispositione legis incipiat quis heres esse ab intestato, & alius desinat heres esse ex testamẽto,falsum est.Caret enim id exemplo,& ratione, si excipias casum illum,de quo in *d. l. in substitutione 31. D. de vulg. & pupill. substit.* id est,quo testamentum rescissum sit per querelam inofficiosi testamẽti: qui tamen casus ad propositam specié aptari nullomodo potest. Sed quod addit Baldus, statutum hoc excludere regulas iuris communis, excludendo

filiam ad tempus vitæ fratris, & posteà includendo & integrando eam ad successionem: hoc verò est quod ferre nullo modo possum. Etsi enim fateor, huiusmodi statutum excludere regulas iuris communis, cùm excludit filiam, quę alioqui simul cum fratre successura esset ab intestato, nego tamen quod ille supponit, iis statuti verbis, *filia non succedat quoadusque masculus aliquis superstes erit*, exclusam esse filiam ad tempus vitæ fratris simpliciter: sed dico excludi filiam per statutum ne possit succedere quandiu frater & viuit, & in eo est, vt succedere possit. Vbi verò frater successit, non iam esse exclusam filiam ad tempus, sed in perpetuum, nec propter statutum, sed propter acquisitionem hereditatis in persona filij secutam. Itaque quod subiungit Baldus, eodem statuto includi & integrari filiam ad successionem post mortem fratris, non potest verum esse illo casu quo frater heres fuerit, siue ex testamento, siue ab intestato. Non enim ad hunc effectum consequendum sola redintegratio sufficeret, sed alio ac multo potentiore remedio esset opus, vt filia hæc posset succedere post mortem fratris qui heres patri extitisset. Quid enim aliud posset facere statutum redintegrando expressim filiam, puta his verbis, etiam si voles, additis, *deficientibus verò masculis filia ad successionem redintegretur*, nisi vt filia redderet quod ei statutaria exclusio abstulerat? Atqui licet statutum excludat filiam ne possit cum fratre concurrere, partémq; ipsi facere ab intestato, attamē vbi filius solus successit, iam est exclusa filia in perpetuum, ne possit vnquā succedere, nō propter statutum, sed propter hereditatis acquisitionem. Nihil ergo fecerit statutum, etsi redintegret filiam ad iura pristina amouendo obstaculum statuti, nisi etiam amoueat obstaculum acquisitionis: quod esset multò plus quàm redintegrare. Esset enim tribuere filiæ plus iuris, quàm fuerat habitura, etiamsi per statutum exclusa nūquam fuisset. Nam etsi statutum nullum extaret, non tamen hoc ius haberet filia, vt posset vnquam succedere in ea hereditate, in qua frater aliquādo successisset. Potuisset quidem ipsa succedere cum fratre, & eo casu nunc partem dimidiam hereditatis haberet, quod vnum Baldus intuetur. Sed tamen non potuisset succedere post fratrem, qui porrò etiam citra statutum potuisset solus succedere pluribus casibus, puta sorore vel exheredata, vel per renuntiationem exclusa, aut aliqua de causa cum fratre concurrere, vel non volente, vel non valente. Ergo erat opus nouo statuto, nec tantùm redintegratorio, sed etiam noui iuris inductiuo, vt ex eo posset filia succedere pro sua parte, etiam postquam masculus in solidum heres extitisset: idque admisso etiam eo, quod tamen semper negabo, per statutum fieri posse vt hereditas vni iam acquisita iterum alteri acquiratur, tanquam ab eodem patrefamiliâs immediatè procedens. Sed omnium errorum grauissimus ille est, in quo tamen omnes consentiunt, quòd putant statutum, cuius verba disertè ad causam intestati restricta sint, protrahendum esse ad causam testati, vt filia quę ab intestato succedere prohibetur, de testamenti quoque iure disputare prohibeatur. Item in eo quod addunt Florentini Doctores cum Baldo, Etiam posteaquam filius heres extitit patri ex testamento, redintegratam nihilominus videri filiam ad intestati successionem. Nam & hęc plus quàm redintegratio esset cùm facto testamento ex quo filius heres fuerit, in solidum exclusa sit filia à successiōne, non per statutum, sed per testamentum primô, deinde per subsecutam hereditatis ex testamento acquisitionem. Non posset igitur redintegratio aduersus statutum facta reddere filiæ ius quod ei non

statu-

ſtatutum abſtuliſſet,ſed teſtamentum & acquiſitio hereditatis ex teſtamēto, & egeret filia redintegratione aduerſus teſtamentum ipſum,itémque aduerſus acquiſitionem hereditatis, quorum tamen neutrum eſt quod vllomodo inferre poſſis, ne per ſomnium quidem ex ſupradictis illis verbis ſtatuti, *filia non ſuccedat quoaduſque maſculus aliquis ſupererit*, quia neque ad caſum teſtati pertinent, neque ad illum quo filia ſit excluſa per hereditatis acquiſitionem in alterius perſona ſecutam. Errant igitur rurſum iſti omnes in eo, quòd volunt hanc filiam à patre prçteritam impunè,quandiu maſculus vixit, poſſe adhuc poſt mortem filij rumpere teſtamentum,quod iam fuerit confirmatum, & habuerit viuo filio pleniſſimum effectum.Sed errāt grauius Bartolus quàm Baldus, cùm vult filiam hanc ita rumpere teſtamentū poſt mortē filij, vt retro nullum fuiſſe teſtamentum videatur. Nā & hoc ſuprà refutauimus. Mea igitur ſententia eſt. In propoſita ſpecie,teſtamentum in quo præterita eſt filia,nullius eſſe momenti, quamuis excluſa eſſet illa per ſtatutum. Neque tamen ideò poſſe illam ab inteſtato ſuccedere, cùm ab inteſtati ſucceſſione excluſa ſit,ſed poſſe exemplo cuiuſlibet alterius ſui heredis præteriti petere bonorum poſſeſſionem cōtra tabulas, atque ita rem habere nil obſtante excluſione ſtatutaria, quippe nullomodo ad hunc caſum pertinente: quod pluribus à nobis probatum eſt in Error.3.ad fin. Secundùm quam ſententiam ſuccedet filia præterita in dimidia parte bonorum, non poſt mortē filij,vt Bartolus.Baldus & alij putant,ſed viuo ipſo filio.Beneficium enim bonorū poſſeſſionis cōtra tabulas cōmune eſt liberis omnibus qui eo vti volūt, & qui in eodem ſunt gradu.

ERROR OCTAVVS.

De poteſtate clauſulæ codicillaris cùm teſtamentum nullum eſt ex cauſa præteritionis,& ſucceditur per contra tabulas.

SOLA igitur quæſtio illa ſupereſſe poteſt, An ob clauſulam codicillarem teneatur filia reſtituere partem hereditatis ſuā, non heredibus filij, quo adhuc viuo ſuccedit, ſed ipſi filio: vt proinde otioſum & ſuperuacuum ſit quærere id, in quo vno tamen interpretes tantopere laborant? An fideicommiſſi dies ceſſerit viuo filio,necne?& an ruptum fuerit teſtamētum per filiā viuo adhuc maſculo,an poſt mortem demum maſculi.Rumpit enim per contra tabulas, & rumpendo ſuccedit ſimul cum fratre, non poſt fratrem, cui omnino obſtat ne poſſit petere bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas,quam certum eſt à prætore dari numquam quoadu ſque expectatur qui contra tabulas petere poſſit,*l.2.D.de bonor.poſſ.ſecund.tabul.* Tantum diſtat vt poſſit frater ex eo teſtamento,quod ipſo iure iniuſtum & nullius momenti eſt, adire, & ſibi iure ciuili acquirere hereditatem. Cùm ergo teſtamentum ab initio non valeat ipſo iure,videtur exiſtere codicillaris clauſulæ conditio expreſſa, quæ illa eſt,*ſi teſtamentum non valet iure teſtamenti*, & conſequenter rogata eſſe filia, vt partem ſuam hereditatis, quam ideò conſequitur quòd teſtamētum ſit nullum, fratri ſuo reſtituat ex fidicommiſſo.

At ego neque hoc admittẽdũ esse puto: quia licèt filia succedenda per cõtra tabulas succedat contra patris voluntatem, non tamen succedit ab intestato, sed potiùs ex testamento *§. sunt autem. Instit. de bon. poss.* Dicitur.n.succedere ex testamento quisquis succedit per cõtra tabulas, nõ quasi minimè succedat contra testamentũ, sed quia succedit propter testamentũ: quod si nullũ factum esset, necessariò succedẽdũ ei esset ab intestato: & quẽadmodũ nõ succeditur ab intestato siue ciuili, siue prætorio iure quandiu vel adiri hereditas iure ciuili potest, vel bon. poss. secundùm tab. peti, quæ sit cũ re, ita neq; quãdiu bon. posses. contra tabulas peti potest, cùm bonor. possessio cõtra tabulas præcedat bonorum possessionem secundùm tabulas *d. l. 2. de bonor. poss. secũd. tab. iunct. l. 2. D. vnd. liber.* sufficiátque ad eam impetrandam vt tabulæ tales sint, ex quibus potuerit aliquo casu peti bonorũ possessio secundùm tabulas, licèt postea id neque secutum sit, neque sequi potuerit, vt loquitur *I.C. in l. quod vulgò 19. D. de bonor. poss. contr. tabul.* quorum verborum quis sensus sit, pluries explicauimus. In proposita verò specie etsi testamentum ipso iure nullũ est, tabulæ tamen non sunt nullæ, quominùs secundùm eas bonorum possessionem dare possit prætor, si modò septem testium signis signatæ sint, & habuerit testator factionem testamenti vtroque tempore, testamenti scilicet & mortis, *l. 1. §. exigit. D. de bonor. poss. secund. tabul.* Aliud siquidem est dicere testamentum, aliud verò dicere tabulas. Testamenti nomẽ, iuris nomẽ est: Tabularum verò nomen, facti & corporis. Indéque est quod præteritio sui heredis, quamuis faciat nullum testamentum, non tamen facit nullas tabulas, quæ si nullæ essent, vtique nec secundùm eas, nec contra eas bonorum possessio dari posset: quod nec nos ipsi aliquando videmur satis benè obseruasse. Etsi autem bonorum possessio, quam prætor dat secundùm tabulas testamenti, in quo filius fuit præteritus, non esset futura cum re, si filius præteritus vellet vti iure suo, & hereditatem ab intestato vindicare, etiam posteà quàm exclusus esset vel tempore, vel repudiatione à bonorum possessione cõtra tabulas: potest tamen aliquo casu esse cum re, quamuis occasione magis quàm iure, scilicet si filius præteritus exequi ius suum nolit, nec partem suam fratribus auocare, neque per contra tabulas, neque ab intestato. Et quamuis omni casu futura esset sine re, non eo minùs tamen peti posset contra tabulas, quia sufficit eiusmodi esse tabulas, vt secundùm eas potuerit dari bonorũ possessio, siue cum re, siue sine re. Nec enim Tryphoninus distinguit in *l. quod vulgò.* vbi satis apertè scribit sufficere vt non sit inanis & sine effectu bonorũ possessio contra tabulas. Inanis porrò non est, cùm impedit ne dari vnquam possit secũdùm tabulas, quæ alioqui daretur. Hoc igitur admisso, vt filia hæc prçterita, nec nisi à successione intestati per statutum exclusa, possit rumpere testamentũ per contra tabulas, atque ita ex testamento succedere (Perusinum enim statutum, de quo loquimur, nihil disponit circa testamentum, sed tantùm circa personam filiæ quantum ad successionem intestati) dico non esse impletam conditionem clausulæ codicillaris, quæ licèt ita concipiatur, *si testamentum non valeat iure testamenti*, hunc tamen sensum habet, *si ab intestato succedetur.* Quid enim aliud est clausula codicillaris, quàm codicilli ab intestato facti, per quos rogatus videtur quisquis ab intestato successurus est, vt hereditatem scripto heredi restituat? *l. ab intestato 16. & pass. D. de iur. codicill. l. Titia 13. D. de inoff. testam. l. Lucius 88. §. vlt. De legat. 2. l. ex ea scriptura 29. §. 1. D. qui testam facer. poss.* In specie autem nostra licèt testamentum non valeat

leat ipso iure propter suæ heredis præteritionem, non ideo tamen succeditur ab intestato, sed ex testamento per cōtra tabulas, vt dictum est. Clausula ergo codicillaris nihil operari potest tāquam cuius conditio defecerit. Qua etiam ratione cessante, adhuc dicendum esset, rupto per bonorum possessionē cōtra tabulas toto testamento, nulla alia legata vel fideicōmissa deberi posse, quàm quæ prętor excepit, & pręstari voluit edicto *De legat. præst. bonor. poss. contra tab. petit.* Quòd si ageremus de statuto ita concepto, *filia dotata neque testamentum rumpat, neq; ab intestato succedat quandiu masculus aliquis superstit,* tunc quia hęc filia non magis posset admitti ad bonorum possessionem cōtra tabulas, quàm ad successionem intestati, neque viuo filio qui ex testamento heres esse vellet, neque post ipsius mortem, postquàm ipse, siue ex testamento siue ab intestato heres extitisset, ęquè superuacua & ridicula esset quęstio, An censeretur rogata de restituenda per fideicommissū hereditate propter clausulam codicillarē, quandoquidem ęquè verum esset defecisse conditionem clausulę codicillaris quantum ad filiam pręteritam, quippe quę ab intestato non magis succederet, quàm si testamentum vel omnimodo valeret, vel per bonorum possessionem contra tabulas rumperetur. Prius namque est, vt quis ab intestato succedat, quàm vt per clausulam codicillarem de hereditate, vel tota, vel pro parte restituenda rogatus videatur, cùm ab alijs non possit fideicommissum ab intestato relinqui, quàm qui legitimi heredes futuri sunt, *l. 3. l. conficiuntur* 8. §. 1. D. *de iur. codicill. l. ab exheredati* 126. D*e legat.* 1. Idque expeditius erit, si defendas cum Baldo filium institutum potuisse heredem esse, & fuisse ex eo testamento quandiu vixit. Non enim potest negari quin defecerit conditio clausulę codicillaris statim atque testamentum valuit vel vno instanti: at multo magis si adeo valuerit, vt confirmatū sit per aditionem, siue ponas conceptam esse clausulam per verbum pręsentis temporis *si non valet iure testamenti*, siue per verba illa etiam futuri temporis quę Bartolus addit *vel non valebit*. Nam pręter id quod distinctio illa tota commentitia est, & alibi à nobis confutata, certum etiam est verba illa, quantumlibet ad futurum tempus relata non posse extendi vltra tempus illud quo agnita fuerit & acquisita ex eo testamento hereditas: cùm exinde non possit fieri vt vllo casu non valeat testamentum, aut vt rumpatur, quod semel per acquisitionem hereditatis fuerit confirmatum, extra eum casum quo inofficiosi testamenti querela proponi possit, per quam tamen nec nullum dicitur, nec rumpitur, sed rescinditur, tanquam quòd & valeat ipso iure, & ita valeat vt ipso iure rūpi nunquam possit nec per prætorem. Quis ergo hereditatem patris habebit hoc casu? Filius qui heres institutus fuit, & quidem totam, adeòque in perpetuum, non ad tempus vitæ suæ, sed non tanquam heres ex testamento: quod toties diximus ipso iure nullum esse ob suę heredis præteritionē, non obstāte statutaria exclusione, sed vel ab intestato, si velit, vel si malit, iure bonorum possessionis secūdùm tabulas, si nihil aliud desit ex sollennibus à prætore requisitis, cùm neque subsit metus vllus petendæ bonorum possessionis contra tabulas, ad remorandam eam quæ datur secundùm tabulas, neque supersit persona quæ hereditatem vllo casu possit euincere ab intestato, & facere vt sine re sit bonorum possessio secundùm tabulas data. Ponimus enim agi rem inter filium & filiam dūtaxat, nec alios esse liberos qui ab intestato succedere & possint, & velint. Si enim fingeres in eo testamento, in quo præterita fuit filia, institutum fuisse siue in totum, siue pro parte extraneum aliquem, aut

plures fuisse testatori masculos, eósque omnes quidem institutos, sed ex disparibus portionibus, vt proinde interfit vel masculorum omnium, vel eorũ saltem, qui ex minore parte scripti sunt, ab intestato succedere, potiùs quàm per bonorum possessionem, secundũ tabulas, non esset dubitandum, quin is qui testamento scriptus esset, siue filius, siue extraneus, neque ex testamento iure ciuili heres fieri posset, neque iure prætorio bonorum possessor cum re. Est enim bonorum possessio secundùm tabulas sine re, quoties adest qui iure legitimo potest euincere hereditatem, vt scribit Vlp. in fragment. *Tit. de bonor. possess.* Neque tamen permittendum puto, vt si qui sint liberi eo testamẽto instituti, ex minore portione possint petere bonorum possessionem contra tabulas ex persona sororis tãquam edictum committentis. Etsi enim verum est, suã heredem fuisse præteritam, quomodo tamen potest edictum aut sibi aut aliis committere, quæ statuto vetatur rumpere testamentum? An non absurdum esset plus iuris habere alios ex ipsius persona, quàm ipsa habeat? Atque hic casus est, de quo intelligi volumus quæ disputauimus in Error. 1. Decad. 13. vbi scripsimus filiam exclusam per statutum, non posse succedere ne quidem petita contra tabulas bonorum possessione. Id enim ita verum est, si generaliter exclusa sit, id est, non tantùm à successione intestati, sed etiã à iure quolibet rumpendi testamenti, ne alioqui pugnent quæ de danda huic filiæ contra tabulas bonorum possessione tractauimus ad finem Error. 3. Decadis huius, & vt bona sit comparatio exclusionis statutariç, & eius quæ inducitur per iuratam renunciationem: de qua ibi ex professo agebamus. Solent enim filiæ cùm renuntiant iurare se nullum ad bona paterna regressum habituras, ex *cap. 2. De pact. in 6.* quibus verbis abdicant à se omne commodum, non tantùm successionis intestati, sed etiam cuiuslibet bonorum possessionis, nisi quæ possit peti secundùm patris voluntatem. In eóque durior est exclusio conuentionalis quàm soleat esse statutaria, quç vt plurimùm non pertinet nisi ad casum & successionem intestati, nec quicquam cauet de iure rũpendi testamenti: ideò fortasse quòd nihil necesse sit prouidere masculis cùm pater testatur, cui liberum est, seruatis sollennibus iuris de hereditate sua, pro arbitrio inter cuiuscumq; sexus liberos disponere. Nec sanè ratio vlla est cur filia non nisi ab intestati successione per statutum exclusa contra tabulas petere proibeatur: aut è contrario, vt filia testamentum rumpere, aut contra testamentum venire prohibita hoc ipso prohibeatur succedere ab intestato, si qua ratione locus fiat successioni intestati, siue quòd paterfamiliâs ab initio intestatus decesserit, siue quòd testamentum ab eo factum ipso iure non valuerit, vel ex postfacto per alium quoquomodo ruptum sit. Sunt enim omnes casus isti diuersi, habéntque diuersam rationem, cùm fieri potuerit vt statuẽtes vno casu prouidere voluerint, non etiã alio. Nam cùm testamẽti causa sit fauorabilis, quid vetat prohiberi filiam ne rumpat testamentum, & nihilominus posse illam ab intestato succedere? Nam & similiter agnati qui sunt post fratrem possunt succedere ab intestato, nec eo magis tamen possunt vincere si agant de inofficioso *l. 1. D. de inoff. testam.* At quid si, vt omnes casus comprehendamus, statutum ita conceptum sit, vt filia non solùm testamentum rumpere, aut contra testamentum venire, itémq; ab intestato succedere prohibeatur, sed etiam à iure dicendi testamentum nullũ excludatur fauore masculorum & quandiu masculi supererunt? Vtique fatendum erit hoc vno casu admittendam esse interpretem sententiam, vt impunè præteriri possit filia,

filia cui nullum aduersus tantam iniquitatem auxilium supetesse statuentes voluerunt. Sed impunè quod ad filiam ipsam duntaxat, non etiam quod ad cæteros liberos, si aliquorum intersit, testamentum, quod re vera ipso iure nō valet, pro nullo haberi: nisi statutum præterea expressè disponeret vt huiusmod. filiæ præteritione testamentum nullum dici non posset. Nam quemadmodum in iis quæ expressim per statutum disposita sunt maiorem agnoscimus potestatem statuti, quàm iuris communis: ita in iis omnibus in quibus & statuti & iuris communis ratio haberi potest, vtriusque habenda est. Nihil autem vetat vtrumque verum esse, vt & testamentum ipso iure nullum sit, & tamen filia præterita, quæ nullum facit, nullum dicere non possit. Sufficit enim vt alij sint qui possint dicere, idque non ad filiæ præteritæ vtilitatem, sed ad propriam. Nec simile aut contrarium est quod suprà diximus, nō posse alios rumpere testamentum per contra tabulas ex persona filiæ, quæ ipsa ad eam bonorum possessionem admitti nequeat. Aliud enim est de bonorum possessione contra tabulas, aliud verò de iure dicendi testamentum nullum disputare. In petenda bonorum possessione contra tabulas facto aliquo petentis opus est: at vt testamentum sit nullum, sola iuris potestas facit. Proinde mirum non est fratres institutos non posse petere contra tabulas ex persona sororis præteritæ quæ ipsa ad petitionem non admitteretur, posse tamen testamentum nullum dicere ob præteritionem sororis, quæ etiamsi testamentum millies approbare vellet, facere tamen numquam posset vt conualesceret, non magis quàm si ante patrē moreretur *l. si filius 7. D. de liber. & post.* Sed & cùm ob sororis præteritionem testamētum patris nullum sit, & iniustum, poterunt tamen alij fratres etiam instituti aut exheredati succedere ab intestato, quamuis soror ipsa quæ præterita fuit, & quam ponimus à successione intestati per statutum exclusam esse, succedere non possit; nempe, quia non ex sororis persona succedūt, sed ex sua, licèt ob sororis ipsius præteritionem. Sed hoc casu effectum habebit codicillaris clausula vt videantur rogati liberi isti qui ab intestato succedent de restituenda hereditate per fideicommissum ei quem testator vel solum vel ex maiore parte scripserat heredem; quod tamē nō perinde dicendū esset, si possent illi succedere per bonor. poss. cōtra tabulas, siue ex propria persona, siue ex persona sororis præteritæ edictum cōmittentis. Nam vt supra disputauimus pro filia, deficit conditio clausulæ codicillaris quoties succeditur per contra tabulas, quia tunc non succeditur ab intestato, sed ex testamento, adeóque ante testamentum, licèt contra testamentum. Estque hæc aptissima cautio, & vt loquuntur, cautela, necdum fortassis Cæpollæ, aut alij vlli ex interpretibus vel pragmaticis cognita ad eludendam potestatem clausulæ codicillaris eo casu quo testamentum nullum fit ob alicuius ex suis heredibus præteritionem. Vt nimirū qui præteriti sunt, non ab intestato succedant, sed per contra tabulas, ne dici vnquam possit clausulæ codicillaris conditionem extitisse. Postremum, quod in huiusmodi quæstione aduersus Bartolum, Baldum, aliósque omnes interpretes notari volo, illud est, quòd de fideicommisso per clausulam codicillarem inducendo sic disputant, quasi in proposita specie potuerit transmitti ad heredes filij si modò eius dies cesserit viuo filio. Idcirco enim adeò anxiè disputant. Vtrum testamentum retrò nullum & ruptum fuisse videatur, an verò ex eo tantùm die quo filius sit mortuus, quòd priore tantùm casu, non etiam posteriore dici possit cessisse diem fideicōmissi ante mortē filij, vt Bartolus argumētatur.

Neque Baldus meliorem habet rationem contra Bartolum, vt neget filiam præteritam fideicommissum vllum debere heredibus filij, quàm quia non rumpat testamentum, nisi ex nunc, vt ipse loquitur, id est, ex quo die filius mortuus sit, nec proinde impleta vnquam fuerit conditio clausulæ codicillaris viuo masculo. Itaque non dubitat quin respondendum fuisset pro heredibus filij si dies fideicommissi viuo filio cessisset. In eòque omnes consentiunt: & errant, meo iudicio, etiam omnes. Fideicommissum enim vniuersale, etiã cuius dies cesserit viuo fideicommissario, nõ ideò transmittitur ad fideicommissarij heredem si fideicommissarius ante restitutionem decesserit, quia non restitueretur hereditas sicuti testator voluit si heredi fideicommissarij restitueretur, atque ita non transferrẽtur actiones, nisi proponas contractam fuisse moram ab eo qui hereditatem ex fideicommisso restituere debuit. Sed de tota illa quæstione (est enim perelegãs & satis obscura) tractandum erit pluribus Decade sequenti. Nunc monuisse sufficiat textus illos quibus mouetur Bartolus vt errorem suum tueatur ex *l. vnic. §. pro secundo. C. de caduc. tollend. l. si in persona 21. C. de fideic.* ad rem non facere, quia ad fideicommissa singularia, non ad vniuersalia pertinent, vt posteà ostendemus.

ERROR NONVS.

De filia per statutum exclusa, quandiu masculus supererit, An interim transmittat ad heredem ius dicendi nullum, aut saltem petendæ legitimæ.

NON possum facere quin hanc quæstionem subiiciam quæ à Bartolo primùm proposita in *d. l. vlt. §. quando in pendenti D. ad SC. Tertull. num. 3.* eadem à Baldo quoque diligentiùs tractata est ad *l. 2. num. 8. C. de liber. præter.* Præsupposito statuto ita concepto, *filia dotata non succedat quoadusque masculus aliquis supererit*, quomodo statutum Perusinum conceptũ est, & quòd ex eiusmodi statuto filia etiam præterita prohibeatur, dicere testamentum nullum quandiu masculus viuit, non etiam post mortem masculi, quãuis ille patri heres extiterit; An si filia interim decedat, id est, viuo adhuc filio, postea verò filius sine masculis moriatur, videbitur transmisisse ius suũ ad heredes vt possint dicere testamentum nullum quomodo posset filia ipsa si hodiè viueret. Et Bartolus quidem respondet cum distinctione, Vt si huius filiæ liberi velint succedere ex persona matris, non possint, quia cùm hereditas matri delata numquam fuerit, nihil potuit trãsmittere, ne quidem ius deliberandi, *l. cùm antiquioribus 19. C. de iur. delib.* Si verò velint adire ex persona propria, possint, dummodò fuerint nati aut saltem concepti tempore mortis aui *l. 2. §. si quis proximior. D. vnd. cognat.* Ex qua distinctione apparet non dubitasse Bart. quin hęc filia nihil trãsmittere potuerit, ne quidẽ ad suos descẽdẽtes; nullumq; succedẽdi ius habeant ipsius heredes si sint extranei, quippe qui non possint succedere ex propria persona. Nam neque ratio vlla est alia, cur putet Bart. non esse permittẽdum nepotibus ex hac filia vt auo materno succedant ex propria persona si fuerint concepti post mortẽ aui, quàm quòd eo casu sint extranei, *l. Titius 6. cum l. seq. D. de suis & legit.* Baldus verò in vtramque partem latiùs rem disputat. Ac primùm pro Bartoli opinione, quòd

filia hæc nihil possit transmittere, quia ius istud quod filiæ, quandiu vixit, cõpetiit dicendi nullum testamentum patris, conditionale est, & in diem incertam: Ergo non transmissibile, *l. heres meus 79. iunct. l. quibus diebus 40. §. quidā Titio D. de condic. & demonst.* Item, quia cùm filius interim quandiu vixit, fuerit heres efficax tei: Ergo filia nõ habuit interim ius deliberãdi, nec adeũdi, quorũ tamen alterutrum habere oportet eum qui velit dicere testamẽtũ nullum, *l. suus C. de repud. vel abstin. hered.* Proinde si nihil habuit, nihil transmittit, *d. l. cùm antiquioribus l. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* In contrarium tamen argumentatur Baldus contra Bartolum ex eiusdem Bartoli opinione, quam in superioribus illam esse diximus, vt in proposita specie filia succedẽs post mortem filij retrò rumpat testamentum, faciatque vt iam inde ab initio nullum fuisse videatur. Id enim si ita est, inquit Bartolus, habuit proculdubio filia quod transmittere potuerit, licèt decesserit antequàm potuerit agere de nullitate. *ex l. si Primo 8. D. de liber. & posth.* vbi Pomponius scribit, si Primo herede instituto filium exheredauero, à Secundo autem, quem Primo substitui, non exheredauero: & dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit, secundùm sententiam qua vtimur, non fore Secundũ heredem, quasi ab initio inutiliter institutum, cùm ab eo filius non fuerit exheredatus. At quoniam hæc Bartoli sententia Baldo non probatur, qui, vt diximus contra defendit ita rumpi testamentum per hanc filiam præteritam, vt tamẽ ex nunc tantùm non etiam retrò rumpatur: concludit ille cum Bartolo, non fieri trãsmissionem iuris dicendi nullum testamentũ; ratione illa, quam tamen Bartolus numquam probaret, quòd interim valeat patris testamentum, & quidẽ cum effectu; sicut, inquit, cum decedit posthumus præteritus viuo testatore, quia tale ius non est adhuc in potentia efficiendi aliquid. Ego verò quæstionẽ hanc otiosam esse dico, & ineptam, vtpote quæ ex præsuppositionibus erroneis pendeat. Supponit enim Testamentum hoc valere in quo præterita sit filia, quam statutum à successione excludit quoadusque masculus supererit. Quod tamen falsum est. Ab initio enim nullũ & iniustum est ob suæ heredis præteritionem, ita vt non solùm valere non possit cũ effectu, quod vult Baldus, sed neque in pẽdenti esse, vt Bartolus existimabat. Testamentũ namque in quo suus heres præteritus fuit, adeo nullum est, vt nec possit vllo vnquam casu vel tempore conualescere, nec si filius viuo patre moriatur, *l. si filius 7. D. de liber. & posth.* Quòd si testamentum ab initio valeret, vt isti volunt, falsum esset quod iidem pro vero supponunt fieri posse vt per filiam præteritã rumpatur aliquando. Inauditum enim est vt suus heres præteritus rumpat, nisi vel agnascendo, vel quasi agnascendo, vel ab hostibus redeundo, qui omnes casus nihil cum hoc nostro simile aut commune habent. Rursus etiãsi admitteremus filiam hanc posse aliquo casu rumpere ex postfacto testamentum patris, non tamen posset eo sensu quo interpretes posse volunt, id est, illo etiam casu, quo hereditas agnita fuerit & masculo acquisita. Nam nec posthumus præteritus, nec nepos in locum filij succedens, nec filius ipse reuersus ab hostibus ita rumpere vnquam posset. Sed ponamus, & habeamus ista omnia pro veris, vt quæramus & inducamus difficultatem nouam, & quæ re vera nulla est, An interim decedẽs filia transmittet aliquid ad heredes suos, siue sint ex liberis, siue extranei. Dico non posse quicquam transmittere, siue defendas cum Baldo contra Bartolum valuisse interim testamentum cũ effectu, filiumque quandiu vixit, ex eo heredem extitisse; siue cum Bartolo

contra Baldum fuisse interim testamentũ in pendenti, & posteà retrò nullũ. Nec enim potest in pendenti esse quandiu masculus viuit, nisi filia quoque viuat,& succedere aliquando possit. Magis namque vita filiæ suspensionem hanc inducit,quia incertum est an moritura sit ante vel post fratrem, quàm vita filij,quem certum est aliquando moriturum:quamquam hoc quoque incertum est an moriturus sit cum masculis,an sine masculis. Si enim superstitibus masculis moreretur, perinde illi amitam excluderent, atque frater sororem. Filia igitur præmoriente, cùm sit certum non posse ampliùs illam succedere,fatendum est desinere testamentum per eam rumpi posse,ideòque saltem ex eo tempore inexpugnabiliter confirmari,vt Baldus loquitur, si iam anteà non erat inexpugnabiliter confirmatũ. Prius enim est vt filia sit adhuc in rerum natura eo tempore quo deficiunt masculi, quàm vt possit quæri an testamentum rumpat:sicut & prius est vt rumpat,quàm vt retro rumpat,aut retro nullum faciat. Neq; dubitandum est,etiamsi statutum ita conceptum, ***filia dotata non succedat quoadusque masculus aliquis supererit***,eam interpretationem à contrario sensu recipere posset quam dant interpretes,vt deficiẽtibus masculis etiam qui heredes extiterint filia possit succedere , hoc ipsum tamen sic intelligi deberet,quasi habens tacitam illam conditionem,si modò filia eo tempore adhuc viueret,& succedere posset. Quomodo enim iã mortua vel succederet,vel rumperet,vel nullum faceret testamentum ? Alioqui non video qua ratione Bartolus velit hoc testamentum esse in pendenti, ac non potiùs iam inde ab initio nullum esse,aut pro rupto saltem vel nullo haberi;cùm dubitari non possit omnimodo futurum aliquando vt masculi deficiant, nec aliud quicquam sit propter quod sperari possit futurum, vt non rumpatur testamentum,quàm quia possit facilè contingere vt ante filium filia moriatur. Cur enim expectaretur tempus omnimodo venturum,aut conditio quam certum esset omnimodo exituram *d.l. heres meus* 79. *in princip. De condic.& demonstr.l. quod si* 18. *De cond.indeb.l.si quis ita*.33. *D.de hered.instit.*Nec ad rẽ pertinet quod Baldus obiicit ex *d.l. si Primo* 8. *De liber.& post.* vt probet filium præteritum transmittere ad heredem ius dicendi, nullum licèt antè decesserit, quàm posset ipse nullum dicere. Nam falsum est in illa specie transmitti ius vllum à filio præterito ad ipsius heredem,licèt post mortem filij destituto per instituti repudiationem primo gradu , testamentum quod incipit à secundo in quo filius erat præteritus,nullum reperiatur ; quia imò verò in ea specie legitima patris hereditas ad eos pertinet qui legitimi heredes & proximiores quantum ad causam succedendi reperiuntur eo tempore quo testamentum destituitur, vt apertè scriptum est in *l. si quis posthumos* 9.*§.si filium. vers. sed si heres & l.si posthumus* 14.*vers. quo & ipse casu.eo.tit.De liber.& post.*è cõtrario autẽ quod idẽ Baldus exẽplũ affert de posthumo præterito ante patrẽ defũcto, vt probet filiã hãc si ante fratrẽ moriatur, nihil ad heredẽ trãsmittere,alienũ etiã est,& omnino incõgruũ. Posthumus enim præteritus viuo testatore natus, etiãsi eodẽ viuo decedat,nihilominùs testamẽtũ rũpit:adeo vt op⁹ fuerit cõstitutione Diui Hadriani,nõ ad hoc,vt testamẽtũ ipso iure ruptũ cõualesceret (nec enim vnquã cõualescit) neq; vt ex eo prætor bonor.possess.secundùm tabulas daret,quam & citra vllam constitutionem,ac de plano daturus æquè fuerat,si modò tabulæ septem testium signis signatæ proponerentur, sed vt ea bonorum possessio secundùm tabulas, quam prætor daret heredi scripto,esset cum re,quæ alioqui futura omni-

modo

modo erat sine re, *l. posthumus* 12. *D. iniust. rupt.* Itaque nõ est quod quæramus an transmittat ille ius rumpendi. Quid enim eget ista transmissione cùm ipse rumpat? Aut ad quem posset transmittere cùm heredem nullum habeat, nec habere possit qui moritur filiusfamiliâs, & in patris superstitis potestate? At nos tractamus de filiâ, quæ facta sui iuris per mortem patris heredem aliquem habere potuerit, & habuerit, de quo possit dubitari, an ex ipsius persona & transmissionis iure possit ruptum aut nullum dicere testamẽtum. Nam & ipsa si viueret, non solùm rumperet, si interpretibus credimus, sed etiam rumpendo succederet, tanquam quæ successionis capax esset mortuo iam patre, mortuo item fratre, per quem, & propter quem excludebatur: cùm tamen posthumus viuo patre natus rumpat quidem, sed nihilomagis rumpẽdo succedat, quia viuentis nulla hereditas est in qua possit succedere, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* quo autem instanti posset succedi, hoc est, mortuo demum patre iam non est in rerum natura posthumus vt possit succedere ab intestato. Ponimus enim defunctum illum viuo adhuc patre: mortuus autẽ succedere nullomodo potest. Debuerat igitur Baldus ista posthumi comparatione vti ad hoc potiùs, vt probaret filiam præteritam quæ per statutum prohibeatur succedere quandiu masculus aliquis supererit si masculis omnibus sit superstes, qui heredes extiterint, non ob id tamen posse succedere, etiamsi admisso eo, quod neque admittendum fuit, vt posset rumpere, quia non semper qui rumpit, succedit, sed ita demum si termini sint habiles, id est, si rumpat eo tempore quo succedi adhuc potest. Atqui non magis fieri potest vt filia succedat in hereditate patris quæ masculo fuerit iam acquisita, quàm vt posthumus patri adhuc viuenti & superstiti succedat. Est enim hoc vtrique casui commune, quòd nulla hereditas est in qua possit succedi, licèt diuersa ratione: viuo enim patre nulla adhuc ipsius est hereditas. Eo autem defuncto si superstes filius heres ei extiterit, iam nulla amplius est, desiitque esse per aditionem, cùm ex eo tempore cõuersa sit in patrimonium filij, *l. sed si plures 10. §. filio. D. de vulg. & pupill. subst. l. per curatorem 90. §. 1. D. de acq. hered.* Ergò etiamsi largiamur hoc Bartolo & Baldo vt filia præterita possit rumpere testamentum patris post mortem filij, fortè statuto ita concepto, *vt filia dotata non possit rumpere testamentum quoadusque masculus supererit.* Non erit tamen bona cõsecutio, si ex eo inferas, posse igitur illam succedere in hereditate patris. Priùs enim tibi probandum esset superesse aliquã patris hereditatem, in qua possit succedere: quod tamen nunquam probabis. Sicuti qui dicit & probat posthumum præteritum rupisse testamentum, non ideò probat eum successisse, vel succedere potuisse, nisi probet ruptum fuisse testamentum eo tempore, quo potuerit posthumus succedere, quamuis dici soleat posthumum succedere rumpendo, & rumpere succedendo, *l. nam etsi 5. D. de iniust. rupt.* tantum abest vt in casu nostro ius aliquod transmittere potuerit filia vel rumpendi, vel succedendi. Minus enim iuris necesse est habere hanc filiam, quàm posthumum, quia posthumus licèt non possit succedere, cùm moritur ante patrem, poterat tamen aliquo casu, & aliquo tempore succedere: nimirum si contigisset eum patri superstitem esse: ideóque rumpit, non rupturus proculdubio, si nullo casu esset successurus. At filia hæc nullo casu potuit succedere, postquam filius heres fuit. Nam hereditas quidem quæ nulla est, nec vnquam fuit, quia pater adhuc viuit, aliquando tamẽ erit, nempe cùm pater morietur, quem aliquando moriturum certum est, &

cui superstites fore liberos sperari potest ex ipso quoque non tantùm naturæ, sed etiam parentis voto, *l. nam etsi 15. D. de inoff. testam.* At hereditas quæ iam aliquando fuit, sed esse iam desiit, nunquam esse ampliùs potest, quia nullo modo potest reuiuiscere. Neque igitur fieri vllo modo potest vt filia hæc rumpat. Cur enim rumperet quæ succedere nunquam potest? Quare nec illa Bartoli distinctio probabilis videri potest, An liberos heredes hæc filia reliquerit, an extraneos: nec illa rursus, An liberi succedere velint ex persona matris, an ex propria, & an concepti sint viuo auo, an postea. Nam quæ ratio impedit filiam ipsam ne possit succedere postquàm filius heres fuit, eadem liberos ipsius quamuis viuo patre conceptos excludet, ne possint succedere, quia hereditas nulla est, in qua succedi ampliùs possit. Et inueniunt proculdubio ius quæsitum auunculo perfectè & inexpugnabiliter, vt Baldus loquitur ad *l. si quis filium. num. 8 C. de inoff. testam.* at non quia mortua sit mater quæ ex beneficio statuti poterat admitti, vt ille ibidem putat, sed quia hereditas masculo acquisita fuit, quæ si non esset, vtique & filia ipsa posset succedere post mortem masculi, & multò magis liberi filiæ. Subinde quærit Baldus, Annon saltem ius petendæ legitimæ ad huius filiæ liberos trasmittatur. Durum enim videtur vt nihil habeant neque ex propria persona, neque ex persona matris, id est, ne quidem legitimam, quæ tamen iure naturæ in bonis aui ipsis aut ipsorum matri debeatur, *arg. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* In contrarium verò argumentatur, quia cùm filia interim fuerit exclusa, nec potuerit succedere aut iure ciuili, aut prętorio, nihil videtur interim habuisse quod transmiserit, arg. *l. non est ambigendum 12. § fin. D. de bonor. poss.* Refert tamen Doctores quosdam subtiles pro filia consuluisse, quòd transmiserit ius petendæ legitimæ ad heredem, quasi legitima debeatur filiæ interim, licèt non possit eam petere in vita fratris. Nam statutum, inquiebant isti, non priuat eam præcisè, sed imponit ei temporale silentium, & non intendit aliud statutum facere, nisi quòd fœmina non agat contra masculum: interim ergo fœmina habet ius in habitu, sed non in exercitio, & ad transmittendum sufficit ius in habitu habere, *d. l. si quis filium. & l. illud 4. §. vlt. D. de bonor. poss. contra tab. l. si quis in graui. §. vlt. cum leg. seq. D. de SC. Silan.* Addebãt istam legitimam censeri æs alienum. Quidni ergo, si interim decedet filia, transmittet legitimam ad posteros? quam scilicet ius commune defert, & statutũ non auffert, sed suspendit ad tempus. Et licèt tempus sit incertum, non debet haberi pro conditione, sed pro dilatione fauore filiæ, arg. *l. ex his verbis. Cod. quando dies legat. ced. l. Seius. 46. D. ad SC. Trebell.* Sed concludit Baldus Doctores magis communiter cõtrà existimare, quia iura quæ competitura sunt alicui post mortem alterius, & non antè, siue sint vniuersalia, siue quasi vniuersalia, siue simpliciter particularia, interim non recipiunt trãsmissionem. Addit non posse negari quin ista legitima sit similis mortis causa capioni: & talia iura nisi sint certa, non transmittuntur *l. vnic. §. sin autem aliquid. & §. vl. C. de caduc. tollend.* Mihi tamen videntur parum subtiliter agere, qui ista disputant. Nam cùm legitima non sit nisi portio portionis ab intestato contingentis, certum est non posse deberi legitimam ei qui ab intestato succedere non potest, vt pluribus suprà docuimus. Atqui filia hæc non potuit ab intestato succedere quandiu filius vixit. Ergo neque potuit legitimæ petendę ius habere, nec magis habitu, quàm exercitio. Rursum post mortem filij, quem ponimus vitæ suæ tempore heredem patri extitisse, vel volumus filiam posse

succede-

succedere ab intestato rupto pātris testamento in quo præterita fuerit, vel non posse, si mecum sentias, ne tum quidem posse illam succedere ab intestato, propterea quòd nulla ampliùs hereditas sit, in qua succedi possit: illud ipsum consequens fiet quod modò dicebam, vt neque legitimam possit petere quandiu à successione intestati exclusa est. Si verò cum Bartolo, Baldo, cæterisque interpretibus admittas eam ad ius rumpendi testamenti, succedendique ab intestato, iam non erit quod de legitima tractetur. Nec enim potest deberi legitima ei quæ ab intestato succedat in tota hereditate, imò nec ei quæ possit succedere, quamuis nolit, cùm placeat interpretibus, nec malè *ad l.4. D. ad SC. Trebel.* filium qui omissa vel repudiata parentis hereditate solam legitimam habere mauult, non esse audiendum. Apparet igitur falsum esse quod subtiles isti doctores dicebant legitimam deberi interim filiæ quamuis non possit eam petere in vita fratris. Duo enim sunt quæ faciūt ne deberi possit: vnum, quòd filia interim sit penitus exclusa à successione intestati: alterum, quòd in eo tamen adhuc sit secundùm interpretes, vt aliquo casu, & aliquo tempore possit succedere ab intestato. Sola namque spes ab intestato succedendi sufficere potest ad petitionem legitimæ excludendam. Aequè falsum illud est, quod iidem addebant, statutum hoc non priuare filiam præcisè, sed ei imponere duntaxat silentium temporale, nec intendere aliud facere, nisi quòd fœmina non agat contra masculū. Nam etsi quādiu non est acquisita masculo hereditas, verum est, filiam non esse per statutū exclusam præcisè, sed ad tempus duntaxat, id est, quandiu masculi supererūt qui possint succedere, id vnum agente statuto ne fœmina possit cum masculo concurrere, & impedire ne succedat solus masculus, acquisitio tamen hereditatis, quæ statuti beneficio in solius masculi persona radices egit, illa est quæ filiam semel exclusam in perpetuum excludit, cùm ex quo tempore filius semel heres fuit, nunquam possit desinere heres esse, nullàque supersit hereditas, in qua siue filia, siue alius quispiam patri succedere iterum possit, conuersa iam hereditate patris in patrimonium filij, eiusdémque heredis. Tantum abest vt possit filia rumpere testamentum quod iam confirmatum sit plenissimè, non solùm per mortem testatoris, sed etiam per acquisitionem hereditatis. Nec illud rursus verum est quod isti dicebant, legitimam censeri æs alienum. Neque enim ad aliam legitimam id pertinet, quàm ad eam quæ impuberi adrogato debetur ex constitutione Diui Pij, de qua in *l. si abrogator 22. D. de adopt. & in l. Papinianus 8. §. si quis impubes. D. de inoff. testam.* Nam sicuti viuo patre præmatura est non tantùm petitio, sed etiam spes legitimæ consequendæ, *l.1. §. si impubere. D. de collat. bonor.* ita post mortem patris necesse est vt legitima vel statim debeatur, vel nunquam, cùm neque voluntas patris, neque aliud quicquam possit moram adferre petitioni, præsertim post Iustiniani constitutionem in *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. test.* Scio pleraque esse statuta in Italia, quale est Ferrariæ, quibus cauetur, vt filia quæ propter masculos in perpetuum excluditur à successione intestati, post eos tamen extinctos ad legitimæ suæ petitionem redintegretur. Sed id fit per expressa verba statuti, & ex nouo iure quod ei statutum tribuit, non ex pristino illo iure communi, quod habuerat filia petendæ legitimæ tempore mortis patris. Ius enim illud commune fuit omnino, & in perpetuum extinctum per exclusionem statutariam, quæ propter masculos summouit filiam non minùs à legitima quàm à successione tota intestati, ob idque nouo iure in-

diget filia & noua prouisione ac dispositione statuti, vt etiam post extinctos masculos legitimam suam consequatur. Quo exemplo facilè admitterem posse etiam in tota hereditate succedere filiam post masculos extinctos tametsi fuerint illi heredes, si hoc ipsum expressim statuto caueretur, præsupposito quod interpretes volunt, & nos semper negabimus, posse fieri per statutum vt heres quis sit ex tempore, aut ad tempus. Sed dico necessariam esse in eam rem statuti expressam autoritatem, vt filia possit ab intestato succedere ex iure statutario, cum fieri nequeat vt succedat illa ex iure communi, à quo fuit exclusa ex instanti acquisitæ masculo hereditatis. Quanquam multo facilius est vt redintegretur filia per statutum ad petitionem legitimæ post masculos extinctos, quam vt redintegretur ad successionem intestati, à qua fuerit exclusa non modò per statutum, sed etiam per acquisitionem hereditatis in masculi persona secutam: maximè verò si masculus heres fuerit ex testamento, quoniam acquisitio hereditatis siue ex testamento fiat, siue ab intestato non tollit intellectum legitimæ, nec eius petitionem, siquidem è contrario legitimæ petitio non potest institui, adeóque nec querela proponi, nisi aduersus eum qui iam sit heres, *d.l. Papinianus* 8. §. *si conditioni. & l. si quis filium* 34. *in fin. C. eod.* At tollit intellectum hereditatis, facitque vt nulla ampliùs hereditas sit in qua succedi possit: vt proinde impossibile sit filiá redintegrari per statutú ad successionem intestati etiam verbis expressis, quin noua per statutum inducatur hereditas, vt possit induci nouum quoque ius succedendi ab intestato. Ideoque nec puto vllum esse statutum in Italia, aut alio vllo orbis terrarum loco, quod ita conceptum sit, vt postea quam filius patri solus heres extiterit, præsertim ex testamento, adhuc tamen possit filia extincto masculo heres eidem patri esse ab intestato. Certè in hunc vsque diem tale nullum vidi, nec audiui. Postremò quod iidem isti subtiles Doctores dicebant, suspensionem istam statutariam non tam pro conditione, quàm pro mora habendam esse fauore filiæ, vt illa interim petere tantùm, non etiam transmittere prohibeatur, prorsus improbabile est. Non enim fieri potest vt conditio non sit, aut saltem pro conditione haberi debeat incertus dies in quem confertur ius filiæ, si quod tamen ei superest post acquisitam masculo hereditatem, *vulg. l. dies incertus* 75. *& d.l. heres meus* 79. *D. de condic. & demonstr.* & longè diuersa est species, de qua in *l. ex his verbis* 5. *C. quand. dies legat. ced. & in l. Seius* 46. *D. ad SC. Trebel.* Nam in illis speciebus nihil est quod excludat petitionem, sed tantùm quod suspendat. In proposito autem licèt verba statuti dilationem tantùm facerent, non etiam conditionem, esset tamen filia exclusa in perpetuum à successione intestati per hereditatis acquisitionem in persona masculi magis quàm per statutum, licèt nonnisi occasione statuti. Et in summa verum est generaliter, quod contra Doctores istos Baldus disputat, Iura omnia, quæ nonnisi post alterius mortem alicui cópetitura sunt, esse conditionalia, quia potest fieri vt qui post mortem alterius aliquod ius habiturus est, prior moriatur, quod cùm euenit, ius illud intercidere necesse est, non transmitti, *l. Statius* 48. §. *Cornelio. D. iur. fisc.* si modò addas exceptionem quam Baldus non addit, nisi cùm differendæ solutionis causa potiùs quàm animo constituendi in certum diem fideicommissi collata est dispositio in alterius mortem, vt scribit Iauolenus in *d.l. Seius, in fin.* aut vt dicam apertiùs & generaliùs, cùm dies adiecta est fauore honorati, non in gratiam onerati, vt in *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus. de legat.* 2. *l.* 3. §. *cum Pollidius*

dius. de vsur. l. Iauolenus 15. aliâs. l. eũ qui. D. de an. legat. Nihil ergo, inquies, habebit hæc filia quãdiu viuet aut quod saltem possit transmittere ad heredem? Nihil inquam, præter dotem, quæ ipsa quamuis non sit legitima, tamen legitimæ loco est, cùm legitima nulla debetur, sicut & si legitima aliqua deberi posset, dos in legitimam imputaretur, *l. quoniam. nouella 29. C. de inoff. testam.* Vix enim statutum vspiam gentium est, quia nec valere posset, si esset tam inhumanũ, quod excludat filiã à successione intestati propter masculos, nisi cùm filia fuit dotata. Quod ipsum semper sic intelligẽdum est, si cõgruè & competenter dotata fuerit: tunc autem competenter dotata videtur cùm dotis quantitas respondet quantitati, quæ fuisset debita filiæ pro legitima, si datæ dotis tempore pater decessisset, túncque legitima aliqua filiæ debita fuisset, aut saltem cùm proximè accedit ad eam quantitatem. Non enim facilè & ex minima causa recedendum est à iudicio paterno, si pater ipse dotẽ constituerit, magnæque probationes malè affectu sine causa paterni erga filiam animi afferri debent, vt malum pro filia consilium pater capere voluisse existimetur, cùm dici soleat, quod & verissimum est, nullum affectum vincere paternum, *l. vlt. C. de curat. furios.* Cùm autem filia congruam dotem habet, nimis iniquum est excludi eam à successione intestati, adeóque à legitima per statutum, quia & per testamentum excludi posset, nisi quòd si quid deesset integræ legitimæ ex tempore mortis æstimandæ, supplendum filiæ esset per actionem ex testamento, *ex. l. omnimodo 30. C. de inoff. testam.*

ERROR DECIMVS.

De cautione non alienandi nec dissipandi, prestanda per fratrem sorori statuto exclusæ quandiu masculus aliquis supererit.

POST tot errores ab interpretibus excogitatos circa interpretationem statutorum excludentium fœminas propter masculos, siue per ablatiuos illos absolutos *extantibus masculis*, siue per verba suspensiua, & temporalem duntaxat exclusionem præ se ferentia, *quoadusque masculus aliquis supererit*, restabat vt de hoc quoque dubitarent, An cùm statutum posteriore modo conceptum est ita vt post mortem filij filia admitti possit, ius sit filiæ petendi cautionem à filio de non dissipando, nec dilapidando bona, & de hereditate restituenda in casum, quo filius postea sine liberis decedat. Sic enim quæstionẽ concipit Bartolus ad *l. vlt. §. quando in pendenti. num. 4. ad SC. Tertyll.* nec tamen audet respõdere quid sentiat, sed nobis relinquit cogitandum quid sentire debeamus: adeo arduam scilicet, si dijs placet, ac difficilem putat esse quæstionem. Baldus verò, vt solet ille multò esse audacior, intrepidè respondet in *l. si quis filium 34. num. 9. C. de inoff. testam.* posse cogi filium vt caueat, si incipiat dilapidare, aut sit suspectus, *ex l. Imperator 50. D. ad SC. Trebel. & l. inter omnes 12. D. qui satisd. cogant*, vt caueat, inquam, non solùm de nõ dissipando & dilapidando, quomodo locutus fuerat Bartolus, sed etiam de non alienando. Quæ sententia apertè non solùm falsa est, verùm etiam iniqua. Falsa, quoniã

vt probauimus in præcedentibus, statutum quod excludit filiam fauore masculorum, etiam per illa verba *quandiu* aut *quoadusque masculus aliquis superierit*, non quidem excludit eam illo casu, quo masculus vel nullus vnquam superstes fuerit vel esse desierit, sed tamen non idcirco eam admittit, aut vocat vllo casu, verùm conseruat ei duntaxat ius succedendi quod habet à lege cõmuni, eo casu quo masculus desinit præstare impedimentum, vt quæ alioqui ex iure communi erat successura cum fratre, succedat saltem post exclusum fratrem, siue morte exclusus sit, siue abstentione aut etiam repudiatione: non tanquam vocata hoc casu per statutum, sed tanquam non exclusa. Sed si præter superexistentiam masculi aliud quidpiam obstet filiæ ne possit succedere, quomodo euenit cùm filius non solùm per aliquod tempus superuixit, sed etiam heres fuit, quo casu obstat filiæ acquisitio hereditatis, per quam acquisitionem fit vt exinde siue viuo siue mortuo filio nulla sit hereditas, in qua succedere possit filia, absurdum est dicere, Filiam ob id solùm posse succedere patri post mortem fratris quòd frater sit mortuus: quasi verò persona fratris mortui, qui viuens heres fuit, non perinde obstare illi debeat, ac si adhuc viueret. Quomodo enim videri potest morte filij sublatum impedimentum, quod attulerat hereditatis acquisitio, cùm etiam post mortem filij effectus acquisitionis duret, ac quæ primum patris hereditas fuit, nihil sit nisi patrimonium filij, mutata scilicet conditione bonorum per mutationem personarum, *l. per curatorem* 90. §. 1. *D. de acquir. hered. l.* 1. *& tot. tit. D. de separat.* Alioqui perinde dicam, Etiamsi filia hæc mortuo fratre incapax successionis ex aliqua causa reperiatur, adhuc admittendam eam esse ad successionem, tanquam ex statuto vocatam, si ad eam admittendam ex statuto nihil aliud requireretur nisi vt frater prædefunctus esset. Atqui nemo non videt quàm absurdè id diceretur. Nec enim sola mors filij posset reddere capacem filiam quæ aliunde incapax foret: quia sicuti mors nihil inducit noui, nisi quòd personam fratris è medio tollit, Ita neque aliud impedimẽtum potest remouere, quàm quod ex ipsius persona proficiscebatur, non si quod aliud suberat ex parte filiæ. Ergo neque si quod aliud suberat ex parte ipsius rei, cùm nihil sit in verbis statuti vnde possit colligi statuentes de impedimento eiusmodi amouendo cogitasse. Si enim cogitassent, vtique debuissent non tantùm conseruare filiæ ius cõmune, sed etiam expressis verbis, & ex speciali iure ipsam vocare, amotis omnibus impedimentis, quæ non tam statutum ipsum, quàm ius commune inuexerat. Nam ea quidem quæ per statutum inducũtur cõtra ius commune ad lædendum ius filiæ in fauorem masculi quandiu masculus viuit, facilè per statutum aut per statuti interpretationem à contrario sensu tolli possunt, vt redeatur ad ius commune: quale illud est, vt si filius nullus superstes sit: vel si quis est, abstineat se bonis paternis, perinde possit filia succedere ex iure communi ac si statutum nullum esset, quasi cessante his casibus exclusione statutaria per defectum conditionis sub qua filiam excludi statutum voluit. Sed quæ impedimenta non à statuto ipso præcisè & immediatè, sed magis à iure communi proficiscuntur, ea quis credat sublata esse, aut probabili interpretatione esse habenda pro sublatis per statutum, quod non aliã ob causam factum sit, quàm vt filiæ propter masculum, etiam ius ipsum cõmune aufferretur? Atqui in proposita quæst. licèt per statutũ ipsum fiat, non per ius commune, vt solus filius patri possit succedere exclusa filia in totum, quamuis non in perpetuum exclusa, vt tamen impediatur heres esse post e-

quàm

quàm filius heres fuit ex toto asse, non fit ex statuto, sed ex iure communi, nouúmque istud & multò potentiùs impedimentum est ad filiam in perpetuum & incommutabiliter excludendam, quia causam habet perpetuam, acquisitionem scilicet hereditatis, quę acquisitio numquam fit ad tempus, cùm tamen impedimentum statuto inductum, quandiu solum fuit, id est, stetit in finibus deferendæ soli masculo hereditatis, non potuerit esse nisi temporale, quia nec filius potuit in perpetuum viuere, nec arbitrium omittendæ per abstentionem, vel agnoscendæ hereditatis, morte ipsius non finiri. Quænam ergo potest esse ista interpretum ratiocinatio, vt sublato per mortem filij impedimento statutario & temporali, sublatum quoque videri debeat impedimentum perpetuum & iuris communis quod attulit acquisitio hereditatis? Debuerant potiùs dicere nec statutarium illud, & temporale impedimentum tolli potuisse per statutum, tanquam factum ex temporali perpetuum, & ex statutario commune per subsecutam in masculi persona hereditatis acquisitionem. Non potest igitur falsa nō esse Baldi sententia, cùm supponat falsum, Posse scilicet filiam succedere patri ab intestato etiā postea quàm masculus heres fuit. Sed quia de hoc tam multa iam scripsimus in præcedentibus, ostendamus etiamsi veris suppositionibus niteretur, adhuc tamen iniquam eā fore. Nam cùm fateantur interpretes filium hūc, quandiu vixit, heredem esse, si paternis bonis se immiscere velit, quomodo sanè vult se immiscere quisquis aliquid ex iis alienat, & dilapidat, quid iniquius est quàm auferri libero homini rerum suarum liberam administrationem? *l. 2. D. si à parent. quis manum. fuer. l. in re mandata 21. C. mandat. l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Aut cur propter incertum ius futurum filiæ, certum ius filij lædi interim oportebit? Certum enim est, filium, quandiu viuit, heredem esse; incertum verò an filia sit vnquam successura, cùm vt possit succedere, admissis quoque interpretum ineptiis, duo concurrere oporteat; nimirum vt & filius decedat sine liberis, & filia superuiuat. Quorum alterutrum si desit, nec ipsi negant succedere filiam nullomodo posse. Atqui vtrumque fieri facilè potest, vt & filia moriatur ante masculum, & vt masculus siue prior, siue posterior moriens liberos relinquat, qui filiam etiam superstitem excludere debeant, siue ex vi verborū, si sint masculi: siue ex coniectura pietatis, de qua in *l. cùm auus 102. De condic. & demonstr.* quamuis sint fœminæ, *l. cum acutissimi 30. C. de fideic.* Non ergo propter solam spem filię cuius tam incertus sit euentus, onerari filius debet superuacua vel saltem odiosa cautione, prędsertim cùm agatur de patris hereditate, quam habet ille iure sui heredis, & cuius etiam viuo patre dominus quodammodo existimabatur, nihil nactus morte patris nisi liberiorem administrationem, *l. in suis 11. D. de liber. & post.* An verò habebit liberiorem administrationem si cogatur cauere sorori de nō alienando? Atqui, inquies, solet plerisque aliis casibus ea cautio præstari, etiā ab iis qui interim sunt domini, vt videre est in iis legibus quas pro se Baldus adducit, vt puta si quis rogatus sit de hereditate alteri sub conditione, vel in diem restituenda *tot. tit. Vt legat. seu fideic. seru. caus. caueat*, ita vt si cautio ex aliqua causa interponi nō possit obstante fortassis iure patrię potestatis, cùm pater rogatus fuit vt post mortē suam filio hereditatem restituat, & in fraudem fideicommissi aliquid fiat, potiùs eò veniendum sit vt damnum conditionis propter fraudem infligatur, id est, fideicommissi conditio pro iam impleta habeatur, quàm vt permittatur heredi grassari impunè in bonis fidei-

commisso subiectis. Quæ species & sententia, & ratio est *d.l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Sed & cùm quis sub conditione heres scriptus est, si in defectum conditionis habuit substitutum, & interim pendente adhuc conditione agnouerit bonorum possessioné secúdùm tabulas, quam facilè prætor dat & de plano, & sine vlla causæ cognitione *l. si sub conditione* 5. *& seq. D. de bon. poss. secund. tab.* certum est cauere eum substituto debere *l. Paulus notat* 8. *D. de prætor. stipulat.* Et, si defecerit conditio, a euntem postea substitutum & petere hereditatem posse, &, si obtinuerit in petitione hereditatis, cõmitti stipulationem, vt scribit Vlpianus in *d.l. inter omnes.* Verùm quis non videt esse casus istos speciales? Cauetur enim & legatariis & fideicommissariis, quibus in diem aliquid vel sub conditione relictum est, itemque substitutis, non ob id solùm quòd spem habeant consequendi aliquando legatum vel fideicommissum, vel hereditatem, sed quia eam spem habent ex defuncti voluntate, vt scriptum est in *d.l. Paulus.* §. 1. *cuius voluntatis præcipuam semper rationem habet prætor l.* 1. *ill. tit. D. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Itaque si quis speret quidem hereditatem, sed nó ex defuncti voluntate, at quia futurus sit legitimus heres deficiente conditione institutionis, inauditum est vt ei caueri iubeat prætor: alioqui scribendum erat in *d.l. Paulus. & in d.l. inter omnes,* cauendum esse omnibus ad quos hereditas etiam legitimo iure peruenire potest, quod tamen non ita est. Loquuntur enim Iureconsulti de solo substituto, quia cùm factum est testamétum, & heres aliquis institutus est, quáuis non nisi sub conditione, attamen dici non potest legitimum heredem succedere ex voluntate testatoris expressa: at nec ferè ex tacita, licèt dici soleat credi patremfamilias sponte sua relinquere legitimis heredibus suam hereditatem, *l.* 3. *in princip. l. conficiuntur* 8. §. 1. *D. de iur. codicill.* quia testator qui heredé instituit sub conditione, nec legitimum heredem vllum habere voluit, si conditio impleretur, nec in casum deficientis conditionis prævidere potuit quis eo tempore agnatus proximus & legitimus successor futurus esset. An ergo heredi testamentario, qui non nisi sub cõditione scriptus fuit permittendum erit, vt legitimum heredem quisquis ille tandem sit impunè fraudauerit, petita bonorum possessione secundùm tabulas ex eo testamento cuius conditio defecerit? An non ita fieret, vt prætoris beneficium legitimis heredibus esset captiosum, contra quàm propositum sit prætori? Neque enim is beneficium suum cuiquam vult esse captiosum, vt ex Pauli ad Papinianum nota scriptum est in *d.l. Paulus.* Verùm respondeo nullam in eo esse legitimi heredis captionem, quia deficiente conditione institutionis, ea bonorum possessio quam interim scriptus heres secundùm tabulas acceperit, futura est sine re, nisi proponas heredem scriptum esse ex liberis, aut ex aliis, qui ab intestato bonorum possessores esse possunt, *d.l. si sub conditione* 5. *D. de bonor. poss. secund. tabul.* vbi Vlpianus scribit, si filius sit qui pendente conditione bonorũ possessionem secundùm tabulas accepit, tuendum eum esse quasi contra tabulas bonorum possessione accepta, ita vt solis liberis parentibúsque legata præstare cogatur, non etiam cæteris, præterquàm si quis sit, cui fuerat relictũ fideicommissum ab intestato. Huic enim erit omnimodo præstandum à filio, quasi videatur hoc ipso fraudatus hic fideicommissarius quòd ex testamento petita sit bonorum possessio: sicut è contrario præstantur etiam ab intestato legata & fideicommissa quæ in testamento relicta fuerant, quoties scriptus heres omissa causa testamenti dolo malo possidet ab intestato hereditatem

l. 1. *&*

l.1 & tot.tit.si quis omiss.causs.test.hered.ab intest possid. Si verò non filius sit, sed agnatus cognatúsve is, qui sub conditione scriptus fuit, & bonorum possessionem secundùm tabulas interim petiit, rem habere videbitur, quasi ab intestato, ideóque nec vlla legata, vel fideicommissa debebit quæ testamento relicta fuerant, nisi si quæ fuerint etiam ab intestato repetita. Quod si nec filius, nec agnatus cognatúsve sit, non poterit rem habere, sed fiet inanis ea bonorum possessio, quam accepit, rémque habebit solus ille qui ab intestato vel legitimus heres, vel bonorum possessor erit. Cui proinde nil nocebit quod heres institutus alienauerit medio tempore cùm ex postfacto appareat alienandi ius nullum habuisse illum qui neque dominus, neque possessor vnquam fuisse intelligitur. Si tamen constaret heredem hunc sub conditione scriptum accepta bonorum possessione secundùm tabulas dissipare bona in fraudem eius qui deficiente cōditione legitimus heres futurus esset, non negarem cogendum eum vt cautionem præstaret, quam scilicet prætor solet iubere interponi, quoties eius interponendæ causa aliqua est, *dict. l. inter omnes. l.in omnibus 41. D. de iudic.* Causa verò iustior nulla esse potest, quàm si à possessore quid fiat in fraudem *d.l. Imperator.* Sed hoc contendo, non esse iustam causam interponendæ cautionis solam illam, quòd post mortem filij bona peruentura sint ad filiam si non etiam fraudis consilium, & probatio accedat. Et tamen cùm hanc quæstionem proponit Bartolus, nihil de fraude addit, & sic loquitur quasi ad extorquendam à filio cautionem sufficere illud possit, quòd post eius mortem filia sit successura. Melius hac parte Baldus, qui cùm respondet cogendum filium vt caueat, conditionem addit, *Si incipit delapidare bona*, sed si non alio casu voluit cautionem præstari, non fuit ille audentior Bartolo, qui vix reliquisset nobis cogitandum quid sentiendum esset præsupposita dilapidatione cum fraudis consilio. Nam nec dilapidatio, nec fraudis consilium requiritur ad extorquendam conditionem in specie *d. l.inter omnes*, quam pro se Baldus adducit: vt neque cùm pro legato vel fideicommisso in diem, aut sub conditione relicto cautio postulatur. Et hoc nimirum erat, quod Bartolo materiam dabat existimandi filium in hac specie cauere cogendum, etiam priùs quàm dilapidare fraudísque consilium gerere probaretur, quasi non malè posset filius æquiparari heredi grauato per fideicommissum, post cuius scilicet mortem peruentura sit ad filiā hereditas, quæ proinde & ipsa ęquiparanda esset fideicommissariæ saltem conditionali. Nā & sic Bartolus quæstionem concipit, An filius cauere debeat de hereditate restituenda. Sic enim Bartolum scripsisse non dubito, vt vulgò legitur, *retinēda*: Et sanè siue de statutaria, siue de conuentionali exclusione & redintegratione loquamur, nulla penitus ratio est redintegrandæ filiæ ad successionem patris, à qua iam exclusa sit non modò per statutum ob existentiam masculi, sed etiam per acquisitionem hereditatis in persona masculi secutam nisi fiat ea redintegratio per modum restitutionis, & velut fideicommissi, hoc est, per manus heredum masculi. Rationes enim quas attulimus in præcedentibus ad probandum hereditatem semel filio acquisitam, filiæ acquiri directò postea numquam posse, non habent locum in fideicommisso: cui tantum abest vt obstet acquisitio filij, vt è contrario necesse sit præcedere acquisitionem vt restitutio sequi possit: Siquidem restituere nemo potest id quod non habet, quemadmodum videre est in toto tractatu Senatusconsulti Trebelliani, itémque in legitima quæ dicitur restitui & reddi in *l.si quis suo 33.C.de inoff.testam.*

quia capitur necessariò per manus heredis, à quo ponendum est aditam fuisse hereditatem priusquàm de legitima quæratur, *d.l. si quis filium 34. in fin. l. scimus 36. §. illud. eod.* licèt Baldus ad *d.l. si quis suo putet*, iis verbis *restituendi* & *reddendi* significari in ea lege actum facti magis quàm modum succedendi; motus ex eo, quòd legitima hodie debeatur iure directo non fideicommissi: quod falsum est, si sic ille intelligit vt possit filius legitimam propria autoritate capere, nec eam debeat consequi per manus heredis. Præsertim cùm certum corpus pro legitima legatum nō est. Nam si legatum esset, vtique nō deberet filius deterioris conditionis esse quàm alius quilibet legatarius; cui licebat olim relicto per vindicationem legaro, capere illud propria autoritate non expectato herede, vt Caius in Instit. scribit, sed cùm hoc quoque à Iustiniano immutatum hodie sit, protracto interdicto. *Quod legatorum* ad omnia legata, additisque ob eam causam in legati difinitione illis verbis, *ab herede præstanda. §. 1. Instit. de legat.* verius est semper legitimam peti præstarique debere, numquam verò propria autoritate occupari, si non eam nominatim potestatem testator dederit, aut titulo institutionis certum corpus pro legitima reliquerit, quod nō semper fieri necesse est, vt alio loco probauimus. Et quod idem Baldus pro tuenda sua interpretatione tanquam simile adducit ex *d.l. inter omnes*, quasi in ea specie caueat heres de hereditate restituenda substituto, qui tamen directo iure succedit, hoc verò ad rem non pertinet. Neque cùm lex ait cauendum esse in ea specie de hereditate restituenda, sed de hereditate simpliciter, scilicet conseruanda, ne qua ex parte in substituti fraudē diminuatur. Quamquam hereditatem quoque restitui necesse est si hereditatis petitio instituatur *l. vlt. D. de hered. petit.* at non tanquam ex fideicommisso, sed eo iure quo possessores omnes etiam à quibus res aliqua singularis petitur per vindicationem, idipsum quod petitur restituere iubentur, *l. officiū 9. l. qui restituere 68. & pass. D. de rei vindicat.* Nam & hereditatis petitio vindicatio est, licèt habeat etiam mixtam personalem actionem, *l. hereditatis 7. C. de petit. hered.* quia vniuersale iudicium est quod plerasque admittit præstationes personales, *l. sed etsi 25. §. penult. D. eod.* Cùm ergo non alio iure possit filia post masculi mortem succedere, quàm ex fideicommisso quādo filius heres fuit, apertè consequens fit non posse illam succedere ex statuto ita concepto, *Filia dotata non succedat quoadusque masculus aliquis superit*, cùm in tota hac formula nulla sint verba fideicommissi, aut ex quibus fideicommissum etiam per commentitiam interpretationem induci possit. Neque sanè video, quomodo statutum possit fideicommittere quod solius hominis, non etiam legis proprium est. Potest quidē lex verba hominis directa flectere ad fideicommissum ex aliqua causa, vt in specie, *l. Scæuola 76. D. ad Trebell.* aut etiam obligare aliquem vt alteri restituat, quod habet per actum facti, vt Baldus loquitur, sed non per modum succedendi, vel fideicommissum per se inducat. Prius enim est vt alicuius fidei sit commissum ab aliquo, & in alicuius fauorem, quàm vt ex fideicommisso succedi possit. In proposito autem si supradicta statuti verba ad fideicommissi causam trahi possent, vtique non ad actum facti, sed ad modum succedendi necessariò pertinerent, cùm sint de succedendo, aut potiùs de non succedendo. Quam formulam negatiuam nemo negauerit multo ineptiorem esse ad inducendum fideicommissum, quod sine verbis affirmatiuis adeóque dispositiuis induci numquam potest. *§. vlt. Instit. de singul. reb. per fideic. relict. l. quidam cùm filiusfamilias 46. D. de her. inst.*

l. quis

l. qui filium 74. l. Lucius 78. §. tres heredes in fin. D. ad SC. Treb. Concludamus itaque, siue filius dilapidet bona patris, siue non dilapidet, nullo prorsus iure facturam filiam si velit eum adigere ad præstandam cautionem, cùm ipsa nullo casu nullóque tempore sit successura. Nisi fortè tanquam ipsius fratris heres, si eam heredem habere frater velit, siue ex testamento, siue ab intestato. Quo casu eueniente erit quidem illa heres patris, sed mediatè, id est, per mediam ipsius filij personam. Sed quis dixerit cogendum quem cauere futuro suo heredi tanquam heredi, nec vllum ius aut adhuc habenti, aut vnquã nisi ex hereditaria ipsa causa habituro? Nam neque iurata pactione posset se frater obstringere, vt eam heredem relinqueret, *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. ex eo 4. C. de inut. stip. stipul. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. stipulatio hoc modo concepta 61. D. de verb. obligat.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS TRGESIMA PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De cessione ac transmissione fideicommissi vniuersalis.

DVPLEX quæstio est, sed simul à nobis tractanda, de fideicommisso vniuersali, An cedi possit, & an transmitti. De singulari enim, quod malè nostri vulgò particulare vocant, nemo dubitat quin ad heredem transmitti possit si modò eius dies fideicommissario viuo cesserit ex *l. 2. & 3. C. quand. dies legat. vel fideic. ced.* & consequenter cedi, ex ea iuris regula quam interpretes pro verissima habẽt. Quicquid transmissibile est, esse cessibile, & contrà. *l. ex pluribus 42. D. de administr. & peric. tutor.* At de vniuersali maior dubitãdi ratio est, licèt iam ferè præter nos nemo dubitet. Video enim non posse illud cedi, ne quidem dotis causa, idque tam apertè scriptum esse in *l. si mulier 59. §. ex asse D. de iur. dot.*

cui superstites fore liberos sperari potest ex ipso quoque non tantùm naturæ,sed etiam parentis voto,*l. nam etsi 15. D. de inoff. testam.* At hereditas quæ iam aliquando fuit,sed esse iam desiit, nunquam esse ampliùs potest, quia nullo modo potest reuiuiscere. Neque igitur fieri vllo modo potest vt filia hæc rumpat. Cur enim rumperet quæ succedere nunquam potest? Quare nec illa Bartoli distinctio probabilis videri potest, An liberos heredes hæc filia reliquerit,an extraneos: nec illa rursus, An liberi succedere velint ex persona matris,an ex propria,& an concepti sint viuo auo,an postea. Nam quæ ratio impedit filiam ipsam ne possit succedere postquàm filius heres fuit, eadem liberos ipsius quamuis viuo patre conceptos excludet, ne possint succedere, quia hereditas nulla est,in qua succedi ampliùs possit. Et ita inueniunt proculdubio ius quæsitum auunculo perfectè & inexpugnabiliter, vt Baldus loquitur ad *l. si quis filium. num. 8 C. de inoff. testam.* at non quia mortua sit mater quæ ex beneficio statuti poterat admitti,vt ille ibidem putat, sed quia hereditas masculo acquisita fuit,quæ si non esset, vtique & filia ipsa posset succedere post mortem masculi,& multò magis liberi filiæ. Subinde quærit Baldus, Annon saltem ius petendæ legitimæ ad huius filiæ liberos trãsmittatur. Durum enim videtur vt nihil habeant neque ex propria persona, neque ex persona matris,id est,ne quidem legitimam,quæ tamen iure naturæ in bonis aui ipsis aut ipsorum matri debeatur, *arg. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* In contrarium verò argumentatur, quia cùm filia interim fuerit exclusa, nec potuerit succedere aut iure ciuili,aut prętorio,nihil videtur interim habuisse quod transmiserit, arg. *l. non est ambigendum 12. § fin. D. de bonor. poss.* Refert tamen Doctores quosdam subtiles pro filia consuluisse,quòd transmiserit ius petendæ legitimæ ad heredem,quasi legitima debeatur filiæ interim, licèt non possit eam petere in vita fratris. Nam statutum, inquiebant isti, non priuat eam præcisè,sed imponit ei temporale silentium, & non intendit aliud statutum facere,nisi quòd fœmina non agat contra masculum: interim ergo fœmina habet ius in habitu,sed non in exercitio, & ad transmittendum sufficit ius in habitu habere, *d. l. si quis filium & l. illud 4. §. vlt. D. de bonor. poss. contra tab. l. si quis in graui. §. vlt. cum leg. seq. D. de SC. Silan.* Addebãt istam legitimam censeri æs alienum. Quidni ergo, si interim decedet filia, transmittet legitimam ad posteros: quam scilicet ius commune defert, & statutũ non aufert,sed suspendit ad tempus. Et licèt tempus sit incertum, non debet haberi pro conditione,sed pro dilatione fauore filiæ, arg. *l. ex his verbis. Cod. quando dies legat. ced. l. Seius. 46. D. ad SC. Trebell.* Sed concludit Baldus Doctores magis communiter cõtrà existimare, quia iura quæ competitura sunt alicui post mortem alterius,& non antè, siue sint vniuersalia, siue quasi vniuersalia, siue simpliciter particularia, interim non recipiunt trãsmissionem. Addit non posse negari quin ista legitima sit similis mortis causa capioni: & talia iura nisi sint certa, non transmittuntur *l. vnic. §. sin autem aliquid. & §. vl. C. de caduc. tollend.* Mihi tamen videntur parum subtiliter agere, qui ista disputant. Nam cùm legitima non sit nisi portio portionis ab intestato contingentis, certum est non posse deberi legitimam ei qui ab intestato succedere non potest, vt pluribus suprà docuimus. Atqui filia hæc non potuit ab intestato succedere quandiu filius vixit. Ergo neque potuit legitimæ petendę ius habere, nec magis habitu, quàm exercitio. Rursum post mortem filij, quem ponimus vitæ suæ tempore heredem patri extitisse, vel volumus filiam posse

succede-

ſuccedere ab inteſtato rupto pãtris teſtamento in quo prætérita fuerit, vel non poſſe,ſi mecum ſentias, ne tum quidem poſſe illam ſuccedere ab inteſtato,propterea quòd nulla ampliùs hereditas ſit,in qua ſuccedi poſſit. illud ipſum conſequens fiet quod modò dicebam, vt neque legitimam poſſit petere quandiu à ſucceſſione inteſtati excluſa eſt. Si verò cum Bartolo, Baldo, cæteriſque interpretibus admittas eam ad ius rumpendi teſtamenti, ſuccedendique ab inteſtato,iam non erit quod de legitima tractetur. Nec enim poteſt deberi legitima ei quæ ab inteſtato ſuccedat in tota hereditate, imò nec ei quæ poſſit ſuccedere,quamuis nolit, cùm placeat interpretibus, nec malè *ad l.4. D. ad SC. Trebel.* filium qui omiſſa vel repudiata parentis hereditate ſolam legitimam habere mauult,non eſſe audiendum. Apparet igitur falſum eſſe quod ſubtiles iſti doctores dicebant legitimam deberi interim filiæ quamuis non poſſit eam petere in vita fratris. Duo enim ſunt quæ faciũt ne deberi poſſit: vnum, quòd filia interim ſit penitus excluſa à ſucceſſione inteſtati:alterum,quòd in eo tamen adhuc ſit ſecundùm interpretes, vt aliquo caſu,& aliquo tempore poſſit ſuccedere ab inteſtato. Sola namque ſpes ab inteſtato ſuccedendi ſufficere poteſt ad petitionem legitimæ excludendam. Aequè falſum illud eſt, quod iidem addebant,ſtatutum hoc non priuare filiam præciſè,ſed ei imponere duntaxat ſilentium temporale, nec intendere aliud facere,niſi quòd fœmina non agat contra maſculũ. Nam etſi quãdiu non eſt acquiſita maſculo hereditas,verum eſt,filiam non eſſe per ſtatutũ excluſam præciſè,ſed ad tempus duntaxat,id eſt, quandiu maſculi ſupererũt qui poſſint ſuccedere,id vnum agente ſtatuto ne fœmina poſſit cum maſculo concurrere,& impedire ne ſuccedat ſolus maſculus,acquiſitio tamen hereditatis,quæ ſtatuti beneficio in ſolius maſculi perſona radices egit,illa eſt quæ filiam ſemel excluſam in perpetuum excludit, cùm ex quo tempore filius ſemel heres fuit, nunquam poſſit deſinere heres eſſe, nullàque ſuperſit hereditas,in qua ſiue filia,ſiue alius quiſpiam patri ſuccedere iterum poſſit, conuerſa iam hereditate patris in patrimonium filij, eiuſdémque heredis. Tantum abeſt vt poſſit filia rumpere teſtamentum quod iam confirmatum ſit pleniſſimè,non ſolùm per mortem teſtatoris,ſed etiam per acquiſitionem hereditatis.Nec illud rurſus verum eſt quod iſti dicebant, legitimam cenſeri æs alienum.Neque enim ad aliam legitimam id pertinet,quàm ad eam quæ impuberi adrogato debetur ex conſtitutione Diui Pij, de qua in *l. ſi abrogator 22. D. de adopt. & in l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes. D. de inoff. teſtam.* Nam ſicuti viuo patre præmatura eſt non tantùm petitio, ſed etiam ſpes legitimæ conſequendæ, *l.1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* ita poſt mortem patris neceſſe eſt vt legitima vel ſtatim debeatur, vel nunquam, cùm neque voluntas patris,neque aliud quicquam poſſit moram adferre petitioni, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſt.* Scio pleraque eſſe ſtatuta in Italia, quale eſt Ferrariæ,quibus cauetur, vt filia quæ propter maſculos in perpetuum excluditur à ſucceſſione inteſtati, poſt eos tamen extinctos ad legitimæ ſuæ petitionem redintegretur.Sed id fit per expreſſa verba ſtatuti,& ex nouo iure quod ei ſtatutum tribuit,non ex priſtino illo iure communi,quod habuerat filia petendæ legitimæ tempore mortis patris.Ius enim illud commune fuit omnino,& in perpetuum extinctum per excluſionem ſtatutariam, quæ propter maſculos ſummouit filiam non minùs à legitima quàm à ſucceſſione tota inteſtati, ob ídque nouo iure in-

diget filia & noua prouisione ac dispositione statuti, vt etiam post extinctos masculos legitimam suam consequatur. Quo exemplo facilè ad mitterem posse etiam in tota hereditate succedere filiam post masculos extinctos tametsi fuerint illi heredes, si hoc ipsum expressim statuto caueretur, præsupposito quod interpretes volunt, & nos semper negabimus, posse fieri per statutum vt heres quis sit ex tempore, aut ad tempus. Sed dico necessariam esse in eam rem statuti expressam autoritatem, vt filia possit ab intestato succedere ex iure statutario, cum fieri nequeat vt succedat illa ex iure communi, à quo fuit exclusa ex instanti acquisitæ masculo hereditatis. Quanquam multo facilius est vt redintegretur filia per statutum ad petitionem legitimæ post masculos extinctos, quàm vt redintegretur ad successionem intestati, à qua fuerit exclusa non modò per statutum, sed etiam per acquisitionem hereditatis in masculi persona secutam: maximè verò si masculus heres fuerit ex testamento, quoniam acquisitio hereditatis siue ex testamento fiat, siue ab intestato non tollit intellectum legitimæ, nec eius petitionem, siquidem è contrario legitimæ petitio non potest institui, adeóque nec querela proponi, nisi aduersus eum qui iam sit heres, *d.l. Papinianus* 8.§. *si conditioni. & l. si quis filium* 34. *in fin. C. eod.* At tollit intellectum hereditatis, facitque vt nulla ampliùs hereditas sit in qua succedi possit: vt proinde impossibile sit filiá redintegrari per statutú ad successionem intestati etiam verbis expressis, quin noua per statutum inducatur hereditas, vt possit induci nouum quoque ius succedendi ab intestato. Ideoque nec puto vllum esse statutum in Italia, aut alio vllo orbis terrarum loco, quod ita conceptum sit, vt posteaquam filius patri solus heres extiterit, præsertim ex testamento, adhuc tamen possit filia extincto masculo heres eidem patri esse ab intestato. Certè in hunc vsque diem tale nullum vidi, nec audiui. Postremò quod iidem isti subtiles Doctores dicebant, suspensionem istam statutariam non tam pro conditione, quàm pro mora habendam esse fauore filiæ, vt illa interim petere tantùm, non etiam transmittere prohibeatur, prorsus improbabile est. Non enim fieri potest vt conditio non sit, aut saltem pro conditione haberi debeat incertus dies in quem confertur ius filiæ, si quod tamen ei superest post acquisitam masculo hereditatem, *vulg. l. dies incertus* 75. *& d. l. heres meus* 79. *D. de condic. & demonstr.* & longè diuersa est species, de qua in *l. ex his verbis* 5. *C. quand. dies legat. ced. & in l. Seius* 46. *D. ad SC. Trebel.* Nam in illis speciebus nihil est quod excludat petitionem, sed tantùm quod suspendat. In proposito autem licèt verba statuti dilationem tantùm facerent, non etiam conditionem, esset tamen filia exclusa in perpetuum à successione intestati per hereditatis acquisitionem in persona masculi magis quàm per statutum, licèt nonnisi occasione statuti. Et in summa verum est generaliter, quod contra Doctores istos Baldus disputat, iura omnia, quæ nonnisi post alterius mortem alicui cópetitura sunt, esse conditionalia, quia potest fieri vt qui post mortem alterius aliquod ius habiturus est, prior moriatur, quod cùm euenit, ius illud intercidere necesse est, non transmitti, *l. Statius* 48. §. *Cornelio. D. iur. fisc.* si modò addas exceptionem quam Baldus non addit, nisi cùm differendæ solutionis causa potiùs quàm animo constituendi in certum diem fideicommissi collata est dispositio in alterius mortem, vt scribit Iauolenus in *d. l. Seius. in fin.* aut vt dicam apertiùs & generaliùs, cùm dies adiecta est fauore honorati, non in gratiam onerati, vt in *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus. de legat.* 2. *l.* 3. §. *cùm Pollidius*

diu.t. de vsur. l. Iauolenus 15. aliàs. l. eũ qui. D. de an. legat. Nih Ine ergo, inques, habebit hæc filia quàdiu viuet aut quod saltem possit transmittere ad heredem? Nihil inquam, præter dotem, quæ ipsa quamuis non sit legitima, tamen legitimæ loco est, cùm legitima nulla debetur, sicut & si legitima aliqua deberi posset, dos in legitimam imputaretur, *l. quoniam. nouella 29. C. de inoff. testam.* Vix enim statutum vspiam gentium est, quia nec valere posset, si esset tam inhumanũ, quod excludat filiã à successione intestat: propter masculos, nisi cùm filia fuit dotata. Quod ipsum semper sic intelligẽdum est, si cõgruè & competenter dotata fuerit: tunc autem competenter dotata videtur cùm dotis quantitas respondet quantitati, quæ fuisset debita filiæ pro legitima, si datæ dotis tempore pater decessisset, túncque legitima aliqua filiæ debita fuisset, aut saltem cùm proximè accedit ad eam quantitatem. Non enim facilè & ex minima causa recedendum est à iudicio paterno, si pater ipse dotẽ constituerit, magnæque probationes malè affecti sine causa paterni erga filiam animi afferri debent, vt malum pro filia consilium pater capere voluisse existimetur, cùm dici soleat, quod & verissimum est, nullum affectum vincere paternum, *l. vlt. C. de curat. furiosi.* Cùm autem filia congruam dotem habet, nimis iniquum est excludi eam à successione intestati, adeóque à legitima per statutum, quia & per testamentum excludi posset, nisi quòd si quid deesset integræ legitimæ ex tempore mortis æstimandæ, supplendum filiæ esset per actionem ex testamento, *ex. l. omnimodo 30. C. de inoff. testam.*

ERROR DECIMVS.

De cautione non alienandi nec dissipandi, præstanda per fratrem sorori statuto exclusæ quandiu masculus aliquis superestit.

POST tot errores ab interpretibus excogitatos circa interpretationem statutorum excludentium fœminas propter masculos, siue per ablatiuos illos absolutos *extantibus masculis*, siue per verba suspensiua, & temporalem duntaxat exclusionem præ se ferentia, *quoadusque masculus aliquis superestit*, restabat vt de hoc quoque dubitarent, An cùm statutum posteriore modo conceptum est ita vt post mortem filij filia admitti possit, ius sit filiæ petendi cautionem à filio de non dissipando, nec dilapidando bona, & de hereditate restituenda in casum, quo filius postea sine liberis decedat. Sic enim quæstionẽ concipit Bartolus ad *l. vlt. §. quando in pendenti. num. 4. ad SC. Tertyll.* nec tamen audet respõdere quid sentiat, sed nobis relinquit cogitandum quid sentire debeamus: adeo arduam scilicet, si dijs placet, ac difficilem putat esse quæstionem. Baldus verò, vt solet ille multò esse audacior, intrepidè respondet in *l. si quis filium 34. num. 9. C. de inoff. testam.* posse cogi filium vt caueat, si incipiat dilapidare, aut sit suspectus, *ex l. Imperator 50. D. ad SC. Trebel. & l. inter omnes 12. D. qui satisd. cogant*, vt caueat, inquam, non solùm de nõ dissipando & dilapidando, quomodo locutus fuerat Bartolus, sed etiam de non alienando. Quæ sententia apertè non solùm falsa est, verùm etiam iniqua. Falsa, quoniã

vt probauimus in præcedentibus, ſtatutum quod excludit filiam fauore maſculorum, etiam per illa verba *quandiu* aut *quoadusque maſculus aliquis ſuperſit*, non quidem excludit eam illo caſu, quo maſculus vel nullus vnquam ſuperſtes fuerit vel eſſe deſierit, ſed tamen non idcirco eam admittit, aut vocat vllo caſu; verùm conſeruat ei duntaxat ius ſuccedendi quod habet à lege cõmuni, eo caſu quo maſculus deſinit præſtare impedimentum, vt quæ alioqui ex iure communi erat ſucceſſura cum fratre, ſuccedat ſaltem poſt excluſum fratrem, ſiue morte excluſus ſit, ſiue abſtentione aut etiam repudiatione: non tanquam vocata hoc caſu per ſtatutum, ſed tanquam non excluſa. Sed ſi præter ſuperexiſtentiam maſculi aliud quidpiam obſtet filiæ ne poſſit ſuccedere, quomodo euenit cùm filius non ſolùm per aliquod tempus ſuperuixit, ſed etiam heres fuit, quo caſu obſtat filiæ acquiſitio hereditatis, per quam acquiſitionem fit vt exinde ſiue viuo ſiue mortuo filio nulla ſit hereditas, in qua ſuccedere poſſit filia, abſurdum eſt dicere, Filiam ob id ſolùm poſſe ſuccedere patri poſt mortem fratris quòd frater ſit mortuus: quaſi verò perſona fratris mortui, qui viuens heres fuit, non perinde obſtare illi debeat, acſi adhuc viueret. Quomodo enim vider. poteſt morte filij ſublatum impedimentum, quod attulerat hereditatis acquiſitio, cùm etiam poſt mortem filij effectus acquiſitionis duret, ac quæ primum patris hereditas fuit, nihil ſit niſi patrimonium filij, mutata ſcilicet conditione bonorum per mutationem perſonarum, *l. per curatorem* 90. §. 1. *D. de acquir. hered. l.* 1. *& tot. tit. D. de ſeparat.* Alioqui perinde dicam, Etiamſi filia hæc mortuo fratre incapax ſucceſſionis ex aliqua cauſa reperiatur, adhuc admittendam eam eſſe ad ſucceſſionem, tanquam ex ſtatuto vocatam, ſi ad eam admittendam ex ſtatuto nihil aliud requireretur niſi vt frater prædefunctus eſſet. Atqui nemo non videt quàm abſurdè id diceretur. Nec enim ſola mors filij poſſet reddere capacem filiam quæ aliunde incapax foret: quia ſicuti mors nihil inducit noui, niſi quòd perſonam fratris è medio tollit, Ita neque aliud impedimẽtum poteſt remouere, quàm quod ex ipſius perſona proficiſcebatur, non ſi quod aliud ſuberat ex parte filiæ. Ergo neque ſi quod aliud ſuberat ex parte ipſius rei, cùm nihil ſit in verbis ſtatuti vnde poſſit colligi ſtatuentes de impedimento eiuſmodi amouendo cogitaſſe. Si enim cogitaſſent, vtique debuiſſent non tantùm conſeruare filiæ ius cõmune, ſed etiam expreſſis verbis, & ex ſpeciali iure ipſam vocare, amotis omnibus impedimentis, quæ non tam ſtatutum ipſum, quàm ius commune inuexerat. Nam ea quidem quæ per ſtatutum inducũtur cõtra ius commune ad lædendum ius filiæ in fauorem maſculi quandiu maſculus viuit, facilè per ſtatutum aut per ſtatuti interpretationem à contrario ſenſu tolli poſſunt, vt redeatur ad ius commune: quale illud eſt, vt ſi filius nullus ſuperſtes ſit: vel ſi quis eſt, abſtineat ſe bonis paternis, perinde poſſit filia ſuccedere ex iure communi acſi ſtatutum nullum eſſet, quaſi ceſſante his caſibus excluſione ſtatutaria per defectum conditionis ſub qua filiam excludi ſtatutum voluit. Sed quæ impedimenta non à ſtatuto ipſo præciſè & immediatè, ſed magis à iure communi proficiſcuntur, ea quis credat ſublata eſſe, aut probabili interpretatione eſſe habenda pro ſublatis per ſtatutum, quod non aliâ ob cauſam factum ſit, quàm vt filiæ propter maſculum, etiam ius ipſum cõmune auferretur? Atqui in propoſita quæſt. licèt per ſtatutũ ipſum fiat, non per ius commune, vt ſolus filius patri poſſit ſuccedere excluſa filia in totum, quamuis non in perpetuum excluſa, vt tamen impediatur heres eſſe poſt eaquàm

quàm filius heres fuit ex toto asse, non fit ex statuto, sed ex iure communi, nouúmque istud & multò potentiùs impedimentum est ad filiam in perpetuum & incommutabiliter excludendam, quia causam habet perpetuam, acquisitionem scilicet hereditatis, quę acquisitio numquam fit ad tempus, cùm tamen impedimentum statuto inductum, quandiu solum fuit, id est, stetit in finibus deferendæ soli masculo hereditatis, non potuerit esse nisi temporale, quia nec filius potuit in perpetuum viuere, nec arbitrium omittendæ per abstentionem, vel agnoscendæ hereditatis, morte ipsius non finiri. Quænam ergo potest esse ista interpretum ratiocinatio, vt sublato per mortem filij impedimento statutario & temporali, sublatum quoque videri debeat impedimentum perpetuum & iuris communis quod attulit acquisitio hereditatis? Debuerant potiùs dicere nec statutarium illud, & temporale impedimentum tolli potuisse per statutum, tanquam factum ex temporali perpetuum, & ex statutario commune per subsecutam in masculi persona hereditatis acquisitionem. Non potest igitur falsa nō esse Baldi sententia, cùm supponat falsum, Posse scilicet filiam succedere patri ab intestato etiā postea quàm masculus heres fuit. Sed quia de hoc tam multa iam scripsimus in præcedentibus, ostendamus etiamsi veris suppositionibus niteretur, adhuc tamen iniquam eā fore. Nam cùm fateantur interpretes filium hūc, quandiu vixit, heredem esse, si paternis bonis se immiscere velit, quomodo sanè vult se immiscere quisquis aliquid ex iis alienat, & dilapidat, quid iniquius est quàm auferri libero homini rerum suarum liberam administrationem? *l. 2. D. si à parent. quis manum. fuer. l. in re mandata 21. C. mandat. l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Aut cur propter incertum ius futurum filiæ, certum ius filij lædi interim oportebit? Certum enim est, filium, quandiu viuit, heredem esse; incertum verò an filia sit vnquam successura, cùm vt possit succedere, admissis quoque interpretum ineptiis, duo concurrere oporteat; nimirum vt & filius decedat sine liberis, & filia superuiuat. Quorum alterutrum si desit, nec ipsi negant succedere filiam nullomodo posse. Atqui vtrumque fieri facilè potest, vt & filia moriatur ante masculum, & vt masculus siue prior, siue posterior moriens liberos relinquat, qui filiam etiam superstitem excludere debeant, siue ex vi verborū, si sint masculi: siue ex coniectura pietatis, de qua in *l. cùm auus 102. De condic. & demonstr.* quamuis sint fœminæ, *l. cum accutissimi 30. c. de fideic.* Non ergo propter solam spem filię cuius tam incertus sit euentus, onerari filius debet superuacua vel saltem odiosa cautione, prȩsertim cùm agatur de patris hereditate, quam habet ille iure sui heredis, & cuius etiam viuo patre dominus quodammodo existimabatur, nihil nactus morte patris nisi liberiorem administrationem, *l. in suis 11. D. de liber. & post.* An verò habebit liberiorem administrationem si cogatur cauere sorori de nō alienando? Atqui, inquies, solet plerisque aliis casibus ea cautio præstari, etiā ab iis qui interim sunt domini, vt videre est in iis legibus quas pro se Baldus adducit, vt puta si quis rogatus sit de hereditate alteri sub conditione, vel in diem restituenda *tot. tit. Vt legat. seu fideic. seru. caus. caueat*, ita vt si cautio ex aliqua causa interponi nō possit obstante fortassis iure patrię potestatis, cùm pater rogatus fuit vt post mortē suam filio hereditatem restituat, & in fraudem fideicommissi aliquid fiat, potiùs eò veniendum sit vt damnum conditionis propter fraudem infligatur, id est, fideicommissi conditio pro iam impleta habeatur, quàm vt permittatur heredi grassari impunè in bonis fidei-

commisso subiectis. Quæ species & sententia, & ratio est *d.l.Imperator 50. D. ad SC.Trebell.* Sed & cùm quis sub conditione heres scriptus est, si in defectum conditionis habuit substitutum, & interim pendente adhuc conditione agnouerit bonorum possessioné secúdùm tabulas, quam facilè prętor dat & de plano, & sine vlla causę cognitione *l si sub conditione 5.& seq. D. de bon poss. secund.tab.* certum est cauere eum substituto debere *l Paulus notat 8. D. de prætor.stipulat.* Et, si defecerit conditio, agentem postea substitutum & petere hereditatem posse, & si obtinuerit in petitione hereditatis, cōmitti stipulationem, vt scribit Vlpianus in *d.l.inter omnes.* Verùm quis non videt esse casus istos speciales? Cauetur enim & legatariis & fideicommissariis, quibus in diem aliquid vel sub conditione relictum est, itemque substitutis, non ob id solùm quòd spem habeant consequendi aliquando legatum vel fideicommissum, vel hereditatem, sed quia eam spem habent ex defuncti voluntate, vt scriptum est in *d.l.Paulus. §.1. cuius voluntatis præcipuam semper rationem habet prætor l.1.all.tit.D. vt legat.seu.fideic.seruand. caus. caueat.* Itaque si quis speret quidem hereditatem, sed nō ex defuncti voluntate, at quia futurus sit legitimus heres deficiente conditione institutionis, inauditum est vt ei caueri iubeat prætor: alioqui scribendum erat in *d.l.Paulus.& in d. l. inter omnes,* cauendum esse omnibus ad quos hereditas etiam legitimo iure peruenire potest, quod tamen non ita est. Loquuntur enim Iurisconsulti de solo substituto, quia cùm factum est testamétum, & heres aliquis institutus est, quáuis non nisi sub conditione, attamen dici non potest legitimum heredem succedere ex voluntate testatoris expressa: at nec ferè ex tacita, licèt dici soleat credi patremfamilias sponte sua relinquere legitimis heredibus suam hereditatem, *l.3.in princip.l.conficiuntur 8.§.1.D.de iur.codicill.* quia testator qui heredé instituit sub conditione, nec legitimum heredem vllum habere voluit, si conditio impleretur, nec in casum deficientis conditionis prævidere potuit quis eo tempore agnatus proximus & legitimus successor futurus esset. An ergo heredi testamentario, qui non nisi sub cōditione scriptus fuit permittendum erit, vt legitimum heredem quisquis ille tandem sit impunè fraudauerit, petita bonorum possessione secundùm tabulas ex eo testamento cuius conditio defecerit? An non ita fieret, vt prætoris beneficium legitimis heredibus esset captiosum, contra quàm propositum sit prætori? Neque enim is beneficium suum cuiquam vult esse captiosum, vt ex Pauli ad Papinianum nota scriptum est in *d.l.Paulus.* Verùm respondeo nullam in eo esse legitimi heredis captionem, quia deficiente conditionę institutionis, ea bonorum possessio quam interim scriptus heres secundùm tabulas acceperit, futura est sine re, nisi proponas heredem scriptum esse ex liberis, aut ex aliis, qui ab intestato bonorum possessores esse possunt, *d.l.si sub conditione 5.D.de bonor.poss.secund.tabul.* vbi Vlpianus scribit, si filius sit qui pendente conditione bonorū possessionem secundùm tabulas accepit, tuendum eum esse quasi contra tabulas bonorum possessione accepta, ita vt solis liberis parentibúsque legata præstare cogatur, non etiam cæteris, præterquàm si quis sit, cui fuerat relictū fideicommissum ab intestato. Huic enim erit omnimodo præstandum à filio, quasi videatur hoc ipso fraudatus hic fideicommissarius quòd ex testamento petita sit bonorum possessio: sicut è contrario præstantur etiam ab intestato legata & fideicommissa quæ in testamento relicta fuerant, quoties scriptus heres omissa causa testamenti dolo malo possidet ab intestato hereditatem,
l.1.&

l.1.& tot.tit.si quis omiss.causs.test.hered.ab intest. possid. Si verò non filius sit, sed agnatus cognatúsve is, qui sub conditione scriptus fuit, & bonorum possessionem secundùm tabulas interim petiit, rem habere videbitur, quasi ab intestato, ideóque nec vlla legata, vel fideicommissa debebit quæ testamento relicta fuerant, nisi si quæ fuerint etiam ab intestato repetita. Quod si nec filius, nec agnatus cognatúsve sit, non poterit rem habere, sed sine re ea bonorum possessio, quam accepit, rémque habebit solus ille qui ab intestato vel legitimus heres, vel bonorum possessor erit. Cui proinde nil nocebit quid heres institutus alienauerit medio tempore cùm ex postfacto appareat alienandi ius nullum habuisse illum qui neque dominus, neque possessor vnquam fuisse intelligitur. Si tamen constaret heredem hunc sub conditione scriptum accepta bonorum possessione secundùm tabulas dissipare bona in fraudem eius qui deficiente cōditione legitimus heres futurus esset, non negarem cogendum eum vt cautionem præstaret, quam scilicet prætor solet iubere interponi, quoties eius interponendæ causa aliqua est, *dicit l. inter omnes. l. in omnibus 41. D. de iudic.* Causa verò iustior nulla esse potest, quàm si à possessore quid fiat in fraudem *d.l. Imperator.* Sed hoc contendo, non esse iustam causam interponendæ cautionis solam illam, quòd post mortem filij bona peruentura sint ad filiam si non etiam fraudis consilium, & probatio accedat Et tamen cùm hanc quæstionem proponit Bartolus, nihil de fraude addit, & sic loquitur quasi ad extorquendam à filio cautionem sufficere illud possit, quòd post eius mortem filia sit successura. Melius hac parte Baldus, qui cùm respondet cogendum filium vt caueat, conditionem addit, *Si incipit delapidare bona*, sed si non alio casu voluit cautionem præstari, non fuit ille audentior Bartolo, qui vix reliquisset nobis cogitandum quid sentiendum esset præsupposita dilapidatione cum fraudis consilio. Nam nec dilapidatio, nec fraudis consilium requiritur ad extorquendam conditionem in specie *d. l. inter omnes*, quam pro se Baldus adducit: vt neque cùm pro legato vel fideicommisso in diem, aut sub conditione relicto cautio postulatur. Et hoc nimirum erat, quod Bartolo materiam dabat existimandi filium in hac specie cauere cogendum, etiam priùs quàm dilapidare fraudísque consilium gerere probaretur, quasi non malè posset filius æquiparari heredi grauato per fideicommissum, post cuius scilicet mortem peruentura sit ad filiā hereditas, quæ proinde & ipsa ęquiparanda esset fideicommissariæ saltem conditionali. Nā & sic Bartolus quæstionem concipit, An filius cauere debeat de hereditate restituenda. Sic enim Bartolum scripsisse non dubito, vt vulgò legitur, *retinēda*: Et sanè siue de statutaria, siue de conuentionali exclusione & redintegratione loquamur, nulla penitus ratio est redintegrandæ filiæ ad successionem patris, à qua iam exclusa sit non modò per statutum ob existentiam masculi, sed etiam per acquisitionem hereditatis in persona masculi secutam nisi fiat ea redintegratio per modum restitutionis, & velut fideicommissi, hoc est, per manus heredum masculi. Rationes enim quas attulimus in præcedentibus ad probandum hereditatem semel filio acquisitam, filiæ acquiri directò postea numquam posse, non habent locum in fideicommisso: cui tantum abest vt obstet acquisitio filij, vt è contrario necesse sit præcedere acquisitionem vt restitutio sequi possit: Siquidem restituere nemo potest id quod non habet, quemadmodum videre est in toto tractatu Senatusconsulti Trebelliani, itémque in legitima quæ dicitur restitui & reddi in *l. si quis suo 33. C. de inoff. testam.*

*l. qui filium 74.l.Lucius 78.§.tres heredes in fin. D.ad SC.Treb.*Concludamus itaque,siue filius dilapidet bona patris,siue non dilapidet, nullo prorsus iure facturam filiam si velit eum adigere ad præstandam cautionem, cùm ipsa nullo casu nullóque tempore sit successura. Nisi fortè tanquam ipsius fratris heres,si eam heredem habere frater velit,siue ex testamento, siue ab intestato. Quo casu eueniente erit quidem illa heres patris, sed mediatè,id est,per mediam ipsius filij personam. Sed quis dixerit cogendum quem cauere futuro suo herèdi tanquam heredi, nec vllum ius aut adhuc habenti,aut vnquã nisi ex hereditaria ipsa causa habituro? Nam neque iurata pactione posset se frater obstringere,vt eam heredem relinqueret, *l.pactum quod dotali 15. C.de pact.l.ex eo 4.C.de inut.lib. stipul.l. hereditas 5.C. de pact.conuent. l.stipulatio hoc modo concepta 61.D.de verb.obligat.*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS TRGESIMA PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De cessione ac transmissione fideicommissi vniuersalis.

DVPLEX quæstio est,sed simul à nobis tractanda, de fideicommisso vniuersali,An cedi possit, & an transmitti. De singulari enim, quod malè nostri vulgò particulare vocant,nemo dubitat quin ad heredem transmitti possit si modò eius dies fideicommissario viuo cesserit ex *l.2.& 3.C.quand.dies legat.vel fideic.ced.*& consequenter cedi, ex ea iuris regula quam interpretes pro verissima habẽt. Quicquid transmissibile est,esse cessibile,& contrà.*l.ex pluribus 42. D.de administr.& perie.tutor.*At de vniuersali maior dubitãdi ratio est, licèt iam ferè præter nos nemo dubitet. Video enim non posse illud cedi, ne quidem dotis causa,idque tam apertè scriptum esse in *l. si mulier 59.§.ex asse D.de iur.dot.*

vt nec ferè quisquam diffiteatur. Consequens igitur est superiori iuris regulę,vt neque transmitti possit,& tamen transmitti posse communiter creditũ est,& à pragmaticis nostris receptum,non alia ratione, quam quia plerisque iuris locis idipsum probari crediderũt,de quorũ veriore interpretatione quęrenda cur non laborauerint,illud in causa fuit,quòd iuris rationem qua pręcipuè moueri debuerant,aut non inuestigarunt, aut negligentiùs inuestigatá non inuenerunt. Me,vt contrà sentirem,illud iampridem impulit, quod scio fideicommissi vniuersalis restitutionem non aliter fieri posse quàm ex autoritate senatusconsulti Trebelliani,cuius solius potestate fit quod alioquin ex iuris communis ratione fieri numquam posset,vt ab herede rogato , qui etiá post hereditatis restitutionem heres manet, actiones vtiles in fideicommissarium transferantur,& quas habet, & quibus obstrictus est, vtque heredi, si post restitutam hereditatem directis actionibus,vel debitores hereditarios conueniat,vel à creditoribus hereditariis conueniatur,prosit ei,noceatque vicissim exceptio restitutæ hereditatis, *l.1.ita tam 27.qui ex Trebelliano,& paſ. D.ad SC.Trebell.§.restituta,& seq.Instit.de fideic.hered.* Atqui senatusconsulti Trebelliani verba eum duntaxat casum complectuntur, quo hereditas restituatur ex testamento,& sicuti testator rogauit *d.l.1.& l.sed etsi alio 9.§.vlt. cũ l.seq.eo.* vbi hanc ob causam scriptũ est, si quis sub conditione fuerit heres scriptus,aut purè quidẽ,sed rogatus sub cõditione vel in diem restituere hereditatem ante diem,vel ante conditionem restituerit,nihil agi,nec transferri actiones,quia,inquit lex, non ita restituitur hereditas sicuti testator rogauit : adeò vt etiamsi postea extiterit conditio, vel dies venerit, non tamen conualescat restitutio,ne quidem ex benignitate,nisi benigniorem sententiá illud inducat quòd heres ratam habuerit restitutionem eo tempore,quo si restitueretur, voluntati testatoris satisfactum dici posset. Ergo restitutionem hereditatis factam heredi fideicommissarij fatendum non valere, aut alio quàm senatusconsulti Trebelliani iure defendenda erit, quandoquidem nemo rectè dixerit restitui hereditatem ex testamento,& sicuti testator voluit,si non ipsi fideicommissario,sed eius heredi, siue testamentario, siue legitimo restituatur. Nec enim sicut de fideicommissario testator locutus est, ita & de fideicommissarij herede sensisse videri potest,cùm is ad testatoris successioné non veniat ex ipsius iudicio,neque expresso,neque tacito,vt de heredis herede scriptum est in *l.qui liberis 8 §.1. De vulg. & pupill.subst.* quia semper est incertus *l.sciendum 70.De verb.signific.* Quæ etiam ratio & quidem vnica est propter quam fatentur omnes fideicommissum vniuersale cedi non posse: quam nec obscurè insinuat in *d.l.si mulier 59.§. ex asse. de iur. dot* licèt eius vim & potestatem pauci perceperint. Non illi sanè qui ausi sunt dicere cessionem fideicommissi vniuersalis valere,quod primus sensit Car.Molin. consil.1.non sibi temperans,quin & inuehatur in interpretes qui tam absurdam, vt ille putat, sententiam induxerint, & in supremarum quoq; Curiarum magistratus,quorum decretis tam multis,& si ipsi credimus,iniquissimis,ea sententia passim fuerit comprobata. Multò minùs autem illi qui tale fideicommissum,quod cedi posse negant,transmitti posse volunt. Quod tantum abest vt prudentes nostri vnquam senserint, vt nec de eo dubitasse vsquam reperiantur. Videas quidem eos nonnumquam quærere, An hereditatis restitutio fieri possit per heredem heredis, quasi nec senatusconsulti trebelliani auto-

ritatem

ritatem habitura ea sit, cùm solius heredis instituti persona Trebelliano cõtineatur, vt Paulus disputat in *l. quamuis 40. §. 1. D. ad SC. Treb.* vbi tamẽ cõcludit hoc iure nos vti, vt & successor heredis quilibet rectè ex Trebelliano restituat, siue heres ille sit, siue bonorũ possessor, vel pater dominúsve, quibus acquisita sit hereditas. Omnes enim quicquid iuris habent, ex Trebelliano senatusconsulto restituere debent, nec interest, an is qui scriptus est, an pater, dominúsve restituere rogatus sit. Absurdum siquidem esset, ac calumniosum prætextu conseruandæ voluntatis defuncti, qui ab herede instituto, non ab ipsius successore restitui hereditatem iusserit, impedire restitutionem hereditatis, atq; ita facere vt hereditatem sibi retineat heredis successor, quam heres ipse testatori multo dilectior, si viueret, restituere cogeretur. Sufficere igitur debet aditam esse testatoris hereditatem ab hoc vt tota ipsius voluntas rata constituatur, *l. si patroni 45. §. qui fideicommissam. eod. tit.* nec possit amplius decipi fideicommissarius morte heredis, vt loquitur Vlp. in *l. ille à quo 13 §. 1. vers. quid ergo. in fin. eod. tit.* At non similiter possit quis nisi ineptè dicere, restitutionem hereditatis fieri posse heredi fideicommissarij, quamuis senatusconsulto solius fideicommissarij persona contineatur, quia in personis successorum heredis & fideicommissarij omnia sunt diuersa. Testator vtique magis diligit fideicommissarium, quàm heredem proprium, quod ad effectũ retinendi commodi hereditatis, & consequenter multo magis quàm heredis successorem, quem nec cognouit, nec honorauit. Sed fideicommissarij heredem, quisquis ille sit, non potest videri tantopere dilexisse, vt eum proprio heredi suo prælatum voluerit, id est, hereditatem fideicommissariam ad eum, si fideicommissarius præmoreretur peruenire, potiùs quàm penes heredem institutum remanere. Et in summa parum interest quantum ad testatoris voluntatem à quo restituatur hereditas, sed valdè refert cui restituatur. Non enim curæ fuit testatori quis restitueret, dum ne hereditas penes heredem rogatum ipsiúsve successores potiùs quàm penes fideicommissarium remaneret. At curæ illi maximè fuit cui hereditas restitueretur, adscripto in hanc rem fideicommisso, & præterea hoc acto, vt sic restitutio fieret ne post restitutam hereditatem oneribus hereditariis obstrictus esset heres, qui testatoris voluntati plenissimum obsequium præstitisset. Nam & ad hunc solum trebelliani senatusconsulti autoritas pertinet, non etiam ad eum qui ex hereditate restituenda deducit quartam. Hic enim, quia non restituit sicuti testator voluit, contra cuius voluntatem retinet quartam, non tranfert actiones in fideicommissarium, neque quas habet, neque quibus obstrictus est, si iuris rationem spectes, ex qua ob hanc causam fiebat olim vt stipulationes emptę & venditæ hereditatis, aut partis, & pro parte inter heredem & fideicommissarium interponi oporteret, vt vtriusque indemnitati cõsuleretur, quemadmodum Iustinianus refert *in tit. de fideicom. hered.* quamuis, vt ille ibidem ait, sublatus sit hodie vsus earum stipulationum quantum ad hanc speciem, sublato scilicet senatusconsulto Pegasiano, transfusóque in Trebellianum, vt omni casu quo restitutio hereditatis fit, translatio quoque actionum fiat. Hãc verò sententiam nostram apertè probat Vlpianus in *l. apud Iulianum 11. §. vtrũ. D. ad SC. Trebell.* in illis verbis, *& ante decesserit fideicõmissarius quàm ei restituatur hereditas.* Quid enim esset verendum ne moraretur in damno heres, fideicommissario ante restitutionem decedẽte, si ita ius esset vt heredi quoque fideicommissarij restitui fideicommissum hereditatis posset? Scio

totum illum locum sic à Triboniano corruptum esse, vt Triboniani magis quàm Vlpiani esse videatur. idque pluribus docui lib. 18. coniectur. Sed tamen non sunt verba illa ex Triboniana ea iurisprudentia, sed ex vetere, vt facilè quiuis videre potest, siue Vlpiani, siue Triboniani. Nec responderi potest quod vnum Bartolus & alij respondent in *l. cùm filiofamilias* 11. *D. de leg.* 1. fideicommissarium in illa specie decessisse sine herede. Nam præter id quòd commentitia restrictio est, non est etiam probabilis. Æquè facilè enim poterant adiici verba illa *Sine herede*, si alio nullo casu periculum erat vt heres in in damno moraretur, sicut & in *l. 1. §. Pomponius quærit. D. de poss. l. habere* 57. *D. de euict. l. Stichū aut Pamphilū* 95. §. 1. *in fi. D. de solut.* Fateor in alia specie, quam Tribonianus de Antistia subiungit tractari de fideicommissaria quæ decesserit sine herede, & ante acceptam libertatem. Sed & principium & finis tractatus generaliorem habet sententiam pertinentem ad omnes casus, in quibus agitur de cōpellendo herede vt adeat & restituat. Illud magis mirū est, cur non habeatur hereditas pro restituta quam heres adiit coactus vrgente procuratore. Sed dici potest, id fieri, quia plerunque circa mandatum multæ dubitationes emergunt, propter quas vt plurimùm necessaria est cautio de rato. *l. qui ita* 66. §. 1. *D. eod.* quibus locus nullus est cùm fideicommissarius ipse cogit heredem. Quo enim colore posset ille posteà restitutionem recusare, aut etiam illius heres? Sed an non moram restitutioni facit heres, qui non adit nisi coactus? Atqui mora facit vt fideicommissum pro exinde restituto habeatur, vt postea dicemus. Habet ergo is locus, quantum ad hoc, specialem rationem, quòd coactio facta fuerat per procuratorem. Huc etiam solet referre quod tractat Marcellus in *d. l. postulante* 44. *D. ad S. C. Trebell.* si seruus, qui eodem testamento & libertatem directam & fideicommissariam hereditatem acceperat, heredem suspectam dicentem adire coegerit per prætorem, mox priusquàm in recipienda hereditate moram faceret, decesserit relicto herede Titio, qui postea oblatam sibi hereditatis restitutionem accipere nolit, non aliter posse in Titium transire actiones quàm si senatusconsultum, cuius eo loco fit mentio, quod de solo manumisso locutum est, ad ipsius heredem protrahatur. Quid enim hoc esset necesse, si ex iuris ratione fideicommissaria hereditas fideicommissarij heredi restitui posset? Fateor in ipso manumisso necessarium fuisse senatuscon sultum, quoniam ita semper ius fuit vt seruus non posset conueniri post acceptam libertatem ex eo quod in seruitute gessisset, tanquam qui tunc non tam alius quàm nullus fuisset, *l. 1. & tot. tit. C. an seruus ex suo fact. post man. ten.* Sed ita inducto per senatusconsultum iure, vt factum serui cogentis heredem adire, licèt ante acceptam libertatem ipsi noceret ne restitutionem hereditatis recusare posset, dico non fuisse necessariam interpretationem prudentum ad hoc vt senatusconsultū illud ad manumissi heredem porrigeretur, si ita ius erat vt in fideicommissarij heredem transire actiones possent. Quonam enim colore posset heres recusare restitui sibi hereditatem quæ defuncto restitui potuit etiam inuito? Id igitur per senatusconsulti interpretationem fieri necesse fuit, non vt heres non posset recusare quod defunctus non potuisset, sufficiente nimirum in ea rem sola iuris ratione, sed vt in heredem, cui restituta esset hereditas, transirent actiones: idque non tam vi restitutionis, quàm potestate senatusconsulti, quod fecerat vt in manumissum ipsum, etiam si hereditatem sibi restitui nollet, actiones competerent ipso iure. Æquè enim facilè fuit senatui facere

vt tran-

vt transirent actiones siue in fideicommissarium,siue in fideicommissarij heredem sine restitutione, atque vt transirent per eam restitutionem cui autoritas senatusconsulti Trebelliani non suffragaretur. Superest duntaxat faciẽdum vt ad eas leges, quibus in contrarium & interpretes & pragmatici nostri mouentur, respondeamus. Primùm autem obiicere solent illud ipsum quod modò diximus scriptum esse in *d.l.postulante.* vbi Marcellus,cùm quærit an in Titium heredem fideicommissarij competant actiones ex senatusconsulto,si nolit ille recipere fideicommissam hereditatem,hoc ipso non dubitat quin possit ille recipere si velit. Sed facilis responsio est cùm heres coactus adit,hoc ipso haberi hereditatem pro restituta, cùm nihil apud eum remanere possit propter autoritatem senatusconsulti Pegasiani.*l.ita tamen 27. §.qui suspectam.l.si patroni.55.§.adeo.l.si postulante.46.§.fin.D. eod.* Nimirum cùm fideicommissarius talis est,cui ea coactio imputari potest; quod euenit quoties liber homo est. Non etiam si sit seruus,quia is ex facto suo conueniri post manumissionem non potest,vt teneatur accipere restitutionem. Ideóq. opus fuit senatusconsulto alio quàm Pegasiano, eo scilicet de quo in *d.l. postulante.*quod senatuscõsultum non fuit locutum nisi de manumisso, quia in ceteris heredibus non erat necessarium.Erat tamen necessarium quod ad heredem manumissi,perinde ac quod ad ipsum manumissũ,ideóqueprotrahẽdum fuit & protractum per Macelli interpretationem,cùm iuris communis ratio sufficere non posset ad hoc vt transirent actiones ex Trebelliano in heredem manumissi sine restitutione.Cæterùm hereditatem, quam heres coactus adiit etiam postulante seruo exinde manumisso,habendam esse aliquãdo pro restituta,constat satis ex eo quod scriptum est in *d.l.postulante* ,si fortè libertus ante hereditatis restitutionem sine herede decesserit, proinde bona eius vendere creditoribus hereditariis permittendum esse acsi restituta hereditate decessisset. Nam plus quàm moram facit qui recusat adire, supremásque defuncti preces destituit.*d.§.adeo.*Alioqui vendenda essent bona sub nomine defuncti,non sub nomine fideicommissarij,vt euenit cùm heres cogitur adire postulãte eo qui non est capax suscipiẽdę statim restitutionis,vt in specie *d.l.apud Iulianum* x 1.*§.Antistia.D.eod.*Secũdò interpretes obiiciunt, quod scriptum est in *l cogi* 16. *§. item Macianus.* D.*eod.* eum qui duobus vel pluribus hereditatem restituere rogatus est, posse vel vno ex iis postulante cogi adire, nec eo magis tamen in aliorum portionibus, qui non idem desiderauerint,falcidiæ beneficio vti posse, *siue*,inquit lex,*ipsi quoque desiderent sibi restitui,siue alius in locum eorum successerit.* Sic enim postrema hæc verba accipiunt,ac si non de alio possent intelligi quàm de herede: sed parum acutè,meo iudicio. Debent enim potiùs accipi de illo qui in fideicommisso fuerit vulgariter substitutus, quomodo certum est fieri posse vulgarem substitutionem,id est, nõ minus in fideicommisso,quàm in hereditate,aut legato.*l.vt heredibus.*50.*l.Titio Seio.* 87.*§.Seia libertis suncta l.cùm proponebatur.* 64.D.*de leg* 2.*l.Scæuola* 76.D.*ad SC.Trebell.* Heres enim non tam in locum quàm in ius defuncti succedere dicitur.*l.quoties* 9.*§.heredes.* D.*de hered.inst.l. l.si rem.*6.D.*de except.l.cùm heres.* x 1.D.*de diuers.temp præscript.* Substitutus verò vulgaris in locum,non in ius illius cui fuit substitutus, *l.coheredi.* 41. *§. vlt.*D.*de vulg.& pup.substitut.* Cur verò meliorem faciamus conditionem eius qui fideicommissario vulgariter substitutus est,quàm eius qui fideicõmissarij heres sit,ratio ex iis,quæ iam diximus,obscura non est. Vulgari nãq;

substituto restituitur hereditas sicuti testator voluit, non etiam heredi fideicommissarij. Obiiciunt rursum quod plerisque iuris nostri locis scriptū est, fideicommissa etiam conditionalia transmitti ad heredem, dummodo eorū dies cesserit, hoc est, conditio extiterit viuo fideicommissario, in eámque rem solent adferre, *l. si in personam 21. C. de fideicom. l. vlt. C. quād. dies legat. vel fid. ced.* Sed quemadmodū in fideicommissis singularibus verum illud esse non negamus, ita in vniuersalibus falsum esse contendimus; Supradictos verò locos non ad fideicommissa vniuersalia, sed ad singularia pertinere constat, tam ex iis verbis *d. l. si in personā. 21. ab auo tuo relicta*, quorum non alius sensus est, quàm si scriptum esset *res ab auo tuo relictas*, quibus verbis fideicommissum singulare significatur *l. in causæ 16. §. Pomponius. de minor.* quàm ex titulo ipso *quand. dies leg. vel fideicom. ced.* In quo sicuti legatorum & fideicommissorum coniuncta mentio est, ita intelligimus non de aliis fideicommissis agi quàm de iis quæ sint exæquata legatis, id est, de fideicommissis singularibus, vt & in *tit. C. commun. de leg. & fid.* Quid? nónne fideicommissi etiam vniuersalis dies cedit ex quo tempore impleta conditio est, si fuit conditionale fideicommissum, aut ex die mortis si fuit purum? Ita est, in eóque errauit proculdubio Dynus qui putauit non cedere diem fideicommissi vniuersalis, nisi ab adita hereditate ex *l. quidam ita 25. D. ad SC. Trebell. post gloss. ibid. & in l. 3. D. de regul. Caton.* vt Bartolus refert *ad d. l. cum filiofamilias* xi. *num.* 13. Cedit enim ex die mortis sicut & fideicommissorum singularium purè relictorum, inspecto scilicet iure vetere & nouo, non medio, quo lex Papia induxerat vt non cederet dies nisi ab apertis tabulis. Sed non ideo transmitti fideicommissum vniuersale potest, licèt cùm de legati vel fideicommissi transmissione agitur, nihil aliud inspici soleat nisi an legatario vel fideicommissario viuo dies cesserit. Quia cùm de heredis iure quærimus non illud attēdimus an defunctus aliquod ius aliquādo habuerit, sed an habuerit eo tempore quo moriebatur. At cùm vniuersale fideicommissum est, intercedit ius fideicommissarij adhuc viui, quia eo instanti quo moritur, certum esse incipit non posse amplius restitui fideicommissum sicut testator voluit, cùm ea restitutio quæ facti est, non possit fieri in instanti, præsertim verò in persona morientis. Tamdiu verò ius fideicommissarij durat, quandiu fideicommissi restitutio ex testatoris voluntate & ex senatusconsulti autoritate fieri potest. Verum igitur est, fideicommissarium viuum desiisse ius habere fideicōmissi vniuersalis, nec proinde ad heredem suum illud transmittere potuisse. Ex quo apparet quàm parū ad rem pertineat quod vulgò solet obiici, heredem succedere in omnia iura defuncti, vt inferatur vniuersale quoque fideicommissum in eum transmitti. Potius enim ex eo esset inferēdum non transmitti, cùm ius hoc fideicommissarius ipse mortis tempore non habuerit. Quanquam nec nouum est vt interdum plus minuisse iuris heres habeat quàm habuerit defunctus, vt in specie *l. si per imprudentiam. 51. §. non mirum. D. de euict. l. hereditarium. 7. D. de reb. aut iud. possid. l. vn. C. vt act. ab hered. & contr. hered. incip.* Miror ab Interpretibus non adduci textum qui omnium maximè vrgere videtur in *l. Seius Saturnius 46. D. ad SC. Trebell.* vbi & agitur de fideicommisso vniuersali hereditatis restituendæ, & respondetur transmitti fideicommissum ad heredem, priùs etiam quàm tempus venerit si modò fideicommissi dies cesserit viuo fideicommissario. Sed non difficilis responsio est, agi eo loco de herede fiduciario, vt verba sonant, id est, qui nō tam vt heres, quàm quasi minister rogatus

tus est hereditatem restituere, ac proinde qui neque dominium, neque vllas actiones proprio iure habuisse intelligatur: hereditas siquidem fiduciaria, priùs etiam quàm restituatur, non tam heredis fiduciarij esse videtur, quàm fideicommissarij: quę ratio & sententia est *l. si postulante 67. §. vlt. D. eod.* Proinde hoc casu mortuo post diem fideicommissi cedentem fideicommissario non indiget ipsius heres vt vllæ actiones in eum à fiduciario herede transferantur, sed ei sufficit vt competat petitio bonorum quæ fuerunt in fideicommisso, perinde ac cæterorum quæ iam in fideicommissarij hereditate reperiuntur, & quidem sine vlla restitutione. Et ob id nimirum in specie *d. l. Seius*, Mallius Seneca, qui se auunculum fideicommissarii dicebat, non postulabat sibi restitui hereditatem ex fideicommisso, sed ea bona proximitatis nomine petebat, tanquam quæ Seij Oceani iam propria veriùs, quàm ei debita fuissent. Idque est etiam quod lex ait, *Fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cætera bona Oceani pertinuerint*, vt intelligamus in eodem bonorum cumulo fiduciariam quoque hereditatem inueniri. Denique tutela illa dicenda est potiùs quàm hereditas fideicommissaria, vt postrema illa legis verba probant, *tutelam magis heredi fiduciario permisisse*, &c. Isque sanè præcipuus erat vsus heredum fiduciariorum vt impuberibus prospiceretur, & lubricó tutelę fideicommissi remedium præferretur, vt loquitur Papin. in *l. 3. §. cùm Pollidius. D. de vsur. l. si ita 43. §. Pegasus. D. de leg. 2. l. liberto. § filium, l. Iauolenus 15. D. de ann. legat.* Difficilior obiectio illa est quę fit ex *l. 3. C. de fideicom.* vbi cùm agitur de fideicommisso restituendę hereditatis, non alia tamen ratione fideicommissum vniuersale ad fideicommissarij heredes pertinere negatur, quàm quòd illi ipsi qui fideicōmissum pręstare debuerant, fideicommissario successissent, atque ita confusis per aditionem actionibus nulla fideicommissi persecutio superesse posset, ne dubitare possimus quin aliud fuerit rescripturus Imperator, si alios heredes fideicommissarius habuisset. Nec sanè id negare velim, sed obseruari volo in ea specie tractari de fideicommisso hereditatis debito puellæ, id est, virgini, siue impuberi, siue adultæ, cui etiam libertatem ex eodem testamento iidem heredes præstare debuerát, & præstiterant. Ex hac enim facti circunstantia infero factam fuisse morám puellæ ab heredibus in præstatione fideicommissi: non ob id solùm quòd idē fuisset dies præstandæ ab iis & libertatis & hereditatis, ideoque vix potuerit præstari libertas sine hereditate quin mora fuerit facta fideicommisso, *l. si quis seruo 84. de legat. 2. l. si cui 92. in fin. D. de condic. & demonstr.* si excipias casum *d. l. postulante 44. vers. potest tamen euenire. D. ad SC. Trebel.* Sed ob eam potissimùm causam quòd minoris ætatis priuilegium illud est, vt etiam citra interpellationem moram in re ipsa patiatur hoc ipso quòd non præstantur ea quæ minori debentur, *l. in minorum 3. C. in quibus caus. in integ. rest. necess. non est. l. si tamen 5. D. de minor. l. 1. §. vlt. D. de vsur. l. Titia Seio. §. vsuras. D. de legat. 2.* si modò minor adsit, aut pro eo alius cui solui possit, *l. cùm quidam 17. §. si pupillo. D. de vsur.* Cùm igitur in proposito casu puella moram passa esset in restitutione hereditatis, quid mirum transmitti ab ea potuisse fideicommissi persecutionem ad heredes? Vnus hic siquidem est ex effectibus moræ, vt ex quo die mora restitutioni facta est, hereditas habenda sit pro restituta in præiudicium eorum qui moram contraxerunt, hactenus saltem ne fideicommissum ampliùs intercidere possit vnquam. Hereditatē enim cùm habemus pro restituta propter moram, habemus vtique pro restituta ex volú-

tate testatoris, eóque ipso modo quo testator restitui voluerat: ideoque postmodùm defuncto fideicommissario qui moram passus fuit, non potest ampliùs ea ratio impedire fideicommissi transmissionem, quòd non possit hereditas restitui sicuti testator rogauit. Habet enim locum hæc ratio cùm agitur de transmissione fideicommissi restituendi, non etiam cùm de transmissione fideicommissi iam restituti, aut quod haberi debeat pro restituto, *dicta lege, postulante.* Si ponderes verba illa, *mox Stichus antequam moram in recipienda hereditate faceret, decessit.* Innuunt namque si in ea specie Stichus decessisset post moram à se factam in recipienda hereditate, futurum vt heres, qui eo postulante adierat, nullo eguisset auxilio senatuscósulti, de quo ibi Marcellus tractat, nec interpretationis prudentium ad illud senatusconsultum adhibédæ, ad cogédum Stichi heredem, vt hereditatis restitutionem, quam recusabat, suscipere cogeretur. At quid respondebimus *ad d. l. quidam ita* 25. *D. eod.* vbi disertè scriptum est, fideicommissum relictum puero ante aditam quidem hereditatem, sed post diem fideicommissi cedentem defuncto ad ipsius heredes transmitti? An fortè idem quod ad obiectionem proximam, fuisse heredem in mora fideicommissi præstandi quod puero debebatur, id est, vt ipsa nominis proprietas demonstrat, filio impuberi aut minori? Minimè. Nam etsi millies ponas fuisse illum impuberem, non posset tamen dici cótractam esse moram re ipsa ob ipsius personam, cùm proponatur decessisse ante aditam hereditatem, ac proinde eo tempore, quo licèt dies fideicommissi iam cessisset, nemo tamen erat qui posset soluere impuberi. Quomodo enim, aut quo iure solueret is qui nondum esset hères? Nec igitur quisquam est qui possit dici esse in mora, sicut neque si nemo sit qui solutionem accipere possit, puta si pupillus non habeat tutorem, *l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo. D. de vsur.* vt proinde ridiculum sit quod somniat Bartolus, puerum in ea specie fuisse non modò puberem, sed etiam maiorem XXV. annis, vt effugiat obiectionem quæ fieri poterat ex *l.* 3. *§.* 1. *D. de adim. legat.* vbi scribitur, fideicommissum, cuius dies cesserit, licèt translatum sit in alium, ad heredem tamen pueri fideicommissarij potiùs quàm ad eum in quam translatum sit, pertinere: qui tamen locus non obstat, imò potiùs congruit. Non enim aliter admitti heredem pueri ad petitionem fideicommissi, quàm si mora puero facta sit, quæ hic nulla, vt diximus, fieri potuit, quandiu pupillus vixit, nondũ adita scilicet hereditate. Respondendum igitur est in hac specie fideicommissum nó esse vniuersale, sed singulare, quamuis sit vniuersi patrimonij. Illa enim verba *quicquid ex hereditate ad te peruenerit*, non comprehendunt vniuersum ius hereditatis, sed id tantùm quod superest deductis oneribus hereditariis, quia nec aliud cũ effectu peruenisse intelligitur, *l.* 2. *§. peruenisse. D. de hered. vel act. vend. l. cogi* 16. *§.* 1. *D. ad SC. Trebell.* Ergo non vniuersale fideicommissum est, vt malè vult idem Bartolus, sed singulare: ideóque nec mirũ est si post diem cedentem transmittatur ad heredem, vt cetera omnia legata & fideicommissa singularia. Dices: Imò fideicommissum hoc esse vniuersale, cùm ex eo transeant actiones, & cogi heres possit vt ad fideicommissum hoc restituendum hereditatem adeat & restituat, *d. l. cogi. §.* 1. quorum neutrum dici potest de alio fideicommisso quàm de vniuersali. Sed respódeo esse quidem hoc fideicommissum ex sui natura singulare, si proprietas verborũ spectetur, sed fieri vniuersale ex voluntate heredis rogati, nolentis vllam facere deductionem, siue recuset adire hereditatem, siue adeat quidem sponte, sed resti-

restituat sine vlla deductione, quia nec inuitus deductionem facere cogitur, nec quidquã facit contra vel præter voluntatẽ testatoris, cùm restituit sine vlla deductione, quamuis faceret si testator adiecisset *deductis oneribus hereditariis*. Expressa enim adiectio illa noceret, quod nec Bartolus negauit ad d.§. 1. Nec nouum est vt expressa noceant, non expressa non noceant secundùm regulam iuris. Sed & potest dici quod ait Bartolus ad d.§.1. hoc fideicommissum haberi pro vniuersali sumpto largè & impropriè verbo *peruenerit*, ne intercidat fideicommissum, quæ non tam Bartoli quàm Vlpiani eo loco ratio est. Eadem igitur facere è contrario ratio debet, vt idem verbum *peruenerit* sumatur propriè, si quæratur de transmissione fideicommissi, ne alioqui intercidat fideicommissum, cuius tamen dies vtiliter cesserit: quomodo vtique intercideret si pro vniuersali haberetur, non pro singulari. Quid ergo si in specie d.l. quidam ita fideicommissum vniuersale quæsiisset? Non potuisset transmitti ad heredem fideicommissarij, ne quidem pupilli, si puer ante aditam hereditatem decessisset, quamuis defuncto iam patre. Nullum enim priuilegium habet pupillus ad inducendam re ipsa moram si nemo sit qui possit ei soluere. Sed si decessisset adita iam hereditate, transmisisset non tanquam fideicommissarius, sed quod diligenter obseruandum est, tanquam reuera moram passus, vt eleganter scribit Vlpianus in *d.l.3.§.1. vers. idem dicendum*. D. *de adim. legat.* vbi tractans ille de fideicommissaria hereditate addit *puero data*, vt intelligamus aliud iuris fore in hereditate quæ maiori relicta esset, si de fideicommissi vniuersalis transmissione quæreretur, siue simpliciter, siue ad legati translationem excludendam. Non enim esset locus quæstioni in alterius quàm in pueri persona, si non mora fideicommisso facta esset. Possit etiã fortassis quis cõtra nos moueri ex eo quod Scæuola respondit in *l. à testatore 109. D. de cond. & demonst.* cùm Sempronius rogatus vt acceptis centum portionem suam hereditariam restitueret Titiæ coheredi suæ, adita hereditate decessisset, similiter & Titia priusquam daret centum, & quæreretur an heres Titiæ offerendo centum partem hereditatis consequi ex fideicommisso posset; heredem conditioni parere non posse. Quid enim attinebat quærere an cõditio impleri per fideicommissarij heredem posset, si ita ius erat, vt nec purum fideicommissum vniuersale ad heredem transmitteretur? Sed respondendum est talem in eo loco proponi speciem, in qua si conditionem Titia viuens impleuisset, fideicommissi persecutionem transmittere ad heredem suum potuisset, non quidem vi conditionis expletæ, sed tanquam constituto in mora coherede qui fideicommissum præstare iussus erat. Etsi enim qui fideicommissi conditionem implet simpliciter, non idcirco fideicommissum sibi acquirit, nisi illud etiam expressim agnoscat post impletam cõditionem, quomodo de legato & hereditate scriptum est in *l. ei qui 13. l. si pupillus 16. D. de condit. instit.* in illa tamen specie, id est coherede rogato, vt acceptis centum portionem suam hereditariam restitueret, fieri vix potest vt centum ei à coherede dentur, quin hoc ipso, aut saltem eodem tempore interpelletur de fideicommisso præstando. Quis enim alius posset esse effectus dationis, aut quæ alia mens fideicommissarij vniuersalis, cui vtique nihil prodesset dedisse pecuniam, purumque fideicommissum fecisse quod fuerat anteà conditionale, si non proficeret ad constituendum in mora heredem qui iussus est à testatore acceptis centum, id est, statim atque centum accepisset, restituere

hereditatem. Ac sanè multum refert an conditionis implendæ causa detur pecunia ei ipsi qui legatum aut fideicommissum præstare debet, an alij: si alij conditio tantùm impletur, non etiam id quod relictum est, aut acquiritur, aut petitur. Si verò ei ipsi qui oneratus est, constituit se in mora, procul dubio is qui pecuniam accepit, nisi ea accepta præstet statim quod debet, quódque accepta pecunia præstare statim iussus est: nec malè quis dixerit esse casum hunc vnum ex iis in quibus mora contrahitur re ipsa, vt in specie *l. cùm verò.26.§.1. D. de fideicom. libert. & l. curabit* 5. c. *de act. empt. l.2. c. de vsuris*.

Non enim valdè distat hic coheres qui iussus est portionem hereditariam restituere accepta pecunia quam accepit à venditore qui rei à se venditæ pretium iam accepit, necdum rem tradidit, quem dicimus hoc ipso esse in mora, ideóque teneri ad fructuum restitutionem, ne alioqui & rem & pretium retineat contra bonam fidem, *l. exempto* 11. *§. qui autem. l. Iulianus* 13. *§. veniūt* 20. *D. de act. empt. l. liberalitatis* 16. *§.1. D. de vsur.* Cùm enim figura conditionis expressa non est, videtur pretij nomine dari pecunia, quæ alioqui conditionis potiùs implendæ causa dari diceretur, *l. in ratione* 30. *§. tametsi. D. ad l. Falcid.* Et consequenter pecunia, quam in casu, de quo tractamus, Titia Sempronio coheredi dare debuit, si eam Titia dedisset, cùm non posset videri data conditionis implendæ caussa, necessariò habenda esset pro data ad interpellandum eum, & in mora constituendum: quo admisso non est mirum in ea specie transmitti fideicommissum ad heredem fideicommissarij, tanquam fideicommissario ipso, dum viueret, moram passo. Ideóque Claudius eleganter ad Scæuolam notat in *d. l. à testatore*, Scæuolam magno ingenio de iure aperto respondisse, cùm dubitari posset an in proposito esset conditio. Sensus est, in illa specie quæ proposita fuit Scæuolæ duplicem occurrere quæstionem: vnam illam, vtrum testator voluisset facere conditionem ex iis verbis *acceptis centum*, an potiùs duplex inducere fideicommissum inter coheredes: alteram, vtrum posset heres Titiæ parere conditioni. Prior quæstio est facti, quia voluntatis defuncti quæstio in æstimatione & arbitrio iudicis est, *l. voluntatis 7. C. de fideicomm.* posterior verò iuris. Ergo ad posteriorem tantùm respondere Iurisconsultus debuit, non ad priorem, quia de iure non de facto respondere iurisperiti solent & debent, quod Scæuolæ prę cęteris omnibus familiarissimum fuisse constat. Fecit autem Scęuola non solùm magno ingenio, sed etiam cautè, qui noluit illam quęstionem attingere an ea verba *acceptis centum* facerent conditionem, necne, vt aliam quoque effugeret quę ex ista nascebatur, an duplex fideicommissum, an simplex iis verbis contineretur, id est, an quemadmodum rogatus erat Sempronius Titiæ coheredi suæ acceptis centum portionem restituere, ita & rogata videretur Titia centum dare Sempronio accepta ab eo hereditaria portione.

Duplex enim esse fideicommissum non potest, si verba illa *acceptis centum* conditionis tantùm loco accipiantur, quia conditio nunquam facit dispositionem. Si verò non tam implendæ conditionis quàm pretij nomine pecuniam dari dicamus, nihil vetat duplex induci fideicommissum, dummodò inter eos res agatur qui mutuo fideicommisso grauari

potuerunt.

potuerunt, id est coheredes, qui adeundo singuli hereditatem pro sua quisque portione hereditaria voluntatem defuncti agnouerunt. Quam speciem disertè tractat Vlpianus in *l. fideicommissa* xi. §. *cùm esset. D. de legat.* 3. Nam si ponas iussum esse heredem aliquid extraneo præstare, acceptis ab eo centum, licèt relictum agnouerit, non eo magis tamen oneratus videri potest vt ea centum cogatur præstare, cùm talis oratio magis pro ipsa quàm contra ipsum posita esse videatur, vt disputat Marcianus in *l. in ratione* 30. §. *tametsi D. ad l. falcid.* & nos explicauimus 6. coniectur. cap. 3. Sed hæc ab instituto nostro aliquantulum remotiora sunt, quanquam dignus fuit hic Scæuolæ locus de quo aliquid diceremus. Hoc vnum addendum restat, si qui erunt qui nobiscum probabunt fideicommissariam hereditatem non transmitti, non hac debere illos ratione moueri quæ prima facie occurrit, quòd generale sit vt non adita hereditas nō trāsmittatur. *l. vn.* § *in nouissimo. C. de caduc. toll. extra l. vn. C. de ijs qui ant. ap. tab. & l. cùm antiquioribus* 19. *C. de iur. deli.* fideicōmissaria verò hereditas sit hereditas, *tot. tit. Instit. de fideicom. hered.* Nam imò verò fatendū est fideicommissariam hereditatem nō posse dici propriè hereditatem, cùm definat esse hereditas, fiatque patrimonium defuncti ex quo adita est. Aditā autem esse necesse est ante quam de fideicōmisso tractari possit *l. 1. & l. 4. D. ad SC. Trebell.* Et cùm dicimus fideicommissariam hereditatem, non tam significamus eam quæ nunc sit hereditas quàm quæ aliquando fuerit, aut, vt loquar cum Vlpiano, in *l. in fideicommissaria.* 8. §. *quoties D. eod.* id quod fuit hereditatis. Quanquam si quis pergat quærere cur hereditas non adita non transmittatur, alia ratio quærenda non est, quàm quæ secundùm nos fideicommissi quoque vniuersalis transmissionem impedit: nimirum quòd fieri nequeat vt is, cui viuo delata fuerat siue ex testamento, siue ab intestato hereditas, plus iuris ad heredem suum transmittat, quàm ille ipse in mortis suæ instanti habuerit ex *reg. l. nemo plus iuris* 54. *D. de Reg. iur.* Atquin amisit heres ius adeundi ex quo instanti cepit mori, quia ex eo instanti certum esse cœpit non posse ampliùs ei acquiri hereditatem, quæ nec sine aditione acquiri potest, nec per aditionem acquiri in instanti, cùm aditio sit facti: nihil autem naturaliter fiat, fieríve possit in instanti, sed omnia in tempore: Proinde illud etiam verum est desiisse hereditatē viuo ei delatam esse, ex quo spes eius acquirendæ intercidit, quia neque defertur à lege hereditas, neque delata perseuerat quam quis adeundo non possit consequi, *l. delata* 151. *D. de verb. sign.* Nec enim lex quidquam facit aut retinet frustrà nō magis quàm natura. Mirum igitur non est ius adeundi, quod viuo instituto aut agnato proximo intercidit, siquidem instans mortis vitæ adscribitur *l. qui duos.* 8. §. 1. *D. de man. testam.* non posse transmitti ad ipsius heredem, qui neque institutus, neq; agnatus proximus repetitur. Quam rationem non transmittendi iuris adeundi nescio an adhuc quisquam bene docuerit.

ERROR SECVNDVS.

De interruptione graduum in fideicommissaria substitutione.

COMMODISSIME tractatio hæc præcedenti subnectetur. Pendet enim ex iisdem principiis iuris. Testator heredem institutum Titium rogauit vt hereditatem post mortem suam restitueret Sempronio, itemque Sempronium vt post mortem suam restitueret eandem hereditatem Mæuio: Si viuo Titio decesserit Sempronius, deinde Titius superstite Mæuio: quæri solet an fideicommissum Mæuio debeatur, an verò interciderit propter interruptum ordinem graduum fideicōmissi quem testator præscripserat. Et vulgò creditum est, passimque in tribunalibus receptum interruptionem graduum non vitiare fideicommissariam substitutionem. Sic enim Guid. Pap. post Bart. ad *l. quandiu 69. D. de acquir. hered.* Cuius sententiæ ratio illa afferri solet, quod substitutio fideicommissaria hac parte sit similis vulgari, cùm per vtramque succedatur testatori non heredi ex *l. coheredi 41. §. cum filiæ. D. de vulgar. & pupill. subst. l. 2. D. ad SC. Trebell.* Vulgarem porrò substitutionem certum est ex graduum interruptione non vitiari, quia substitutus substituto censetur substitutus instituto *dict. l. coheredi. in princip. & d. l. quandiu.* Eodem igitur modo volunt in proposita specie Mæuium fideicommissarium Sempronij pro Titij fideicommissario habendum esse. In quo tamen, ni fallor ipse, falluntur euidentissimè. Etsi enim fideicommissarius vulgari substituto similis in eo est, quòd in bonis testatoris succedit, non in bonis heredis, non ideo tamen verum est fideicommissarium perinde succedere testatori, atque succedit ei vulgaris substitutus. Siquidem alteri succedere dicitur ille, qui in alterius hereditate succedit, vt de substituto vulgari scriptum est in *d. l. quandiu.* At fideicommissarius non succedit in hereditate testatoris, quia nec hereditas vlla est quæ iam per aditionem scilicet facta est patrimonium heredis, sed succedit in eo quod fuit hereditatis, quemadmodum ad finem superioris capitis dicebamus. Non ergo potest dici succedere defuncto non magis quàm heredi. Et in eo manifesta differentia est fideicōmissi, & vulgaris substitutionis, quia non tantùm hereditas est ea in qua succedit vltimus substitutus, sed quod magis est, ea ipsa hereditas quæ fuit delata primo instituto, cùm adita nunquā fuerit, nec conuersa in patrimoniū alterius, siue instituti, siue substit. alioquin si esset adita, nihil superesset, quod de vulgari substitutione tractari posset, *l. post aditam 5. C. impub. & alijs substit.* Indéque etiam est, quòd legata ab instituto relicta, intelliguntur à substituto vulgari tacitè repetita, *l. licèt Imperator 74. de legat.* 1. at non æquè bene quis dixerit legata ab herede relicta censeri à fideicommissario repetita vt ex ipsius fideicommissarij persona vnquam debeantur, quoniam cùm de fideicommisso hereditatis quæri non oporteat nisi adita priùs hereditate, fieri nequit vt non debeantur legata ab herede ipso, quæ ab eo testator reliquerit, soláque illa inspectio restat, an deductis legatis, an cum onere legatorum restitui fideicommissum testator voluerit *d. l. 2. l. 3. §. item Pomponius. D. ad SC. Treb.* nam nec à fideicommissario

relinqui

relinqui legata possunt, vt neque à legatario, sed fideicommissa tantùm, vt scribit Vlp. *tit.24. de legat. §. à legatario.* propterea quòd legata non nisi imperatiuis verbis relinquuntur, vt in princip. eiusd. tit. Vlpianus scribit, imperare autē alij quàm sibi & heredi suo is qui priuatus est, nec potest, nec debet, sed preces in eam rem necessariæ sunt, ne quid minùs honestè, ac minùs ciuiliter factum dici possit, *l. fideicommissum 78. l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum de legat. 1. l. 1. vers. & hac disposuimus. C. commun. de legat.* Fatendum igitur est nō esse bonam fideicommissarij & substituti vulgaris comparationem, nec quæ ratio facit vt substitutus vulgariter substituti censendus sit, substitutus instituto, eandem facere posse vt fideicommissarius fideicommissarij debeat videri fideicommissarius instituti. Neque sanè de hoc dubitabit qui rationē intelliget qua nos mouemur vt contra interpretes sentiamus: nimirū quòd, vt superiore capite probauimus, non aliud hereditatis fideicommissum deberi possit, quàm ex quo transire possint actiones in fideicommissum senatusconsulti Trebelliani autoritate, ne alioqui eueniat vt translato in fideicōmissarium vniuerso hereditatis commodo, hereditaria onera remaneant penes heredem, qui posteaquàm semel iis obstrictus esse cœpit ex potestate legis duodecim tabularum, postea se iis exuere non potest, non magis quàm heredis nomen amittere, si non interueniat autoritas legis, vel saltem senatusconsulti quod legis vim habeat. Porrò senatusconsultum Trebellianum quod vnū in hanc rem factum est, non aliter patitur transire actiones hereditarias, siue actiuas, siue passiuas ab herede in fideicommissarium, quàm si restituatur hereditas eo ipso modo quo restitui testator voluit *l. 1. l. sed etsi ante diem 10. D. ad SC. Trebell. l. si mulier 59. §. ex asse. D. de iur. dot.* Nemo autem dixerit restitui hereditatem, sicuti testator voluit, si Titius qui erat rogatus restituere Sempronio, restituat Mæuio, de quo non fuerat rogatus, quandoquidem sicut alia est persona Sempronij, alia Mæuij, ita & aliud fideicōmissum, quòd à Titio præstandum sit Sempronio, aliud verò quod à Sempronio præstandū sit Mæuio. Ergo fieri non potest vt fideicommissum quod Sempronio, si viueret, præstandum esset, eo iam præfuncto restituatur Mæuio, siue testamenti verba inspicias, siue testatoris voluntatem, siue denique senatusconsulti autoritatem, *l. Lucius 78. §. tres heredes. D. ad SC. Trebell. l. quidam 46. D. de hered. instit.* Omnium verò accommodatissimus in hanc rem textus mihi semper visus est ille esse, quem responsum Marciani præbet in *l. si eius 34. D. ad SC. Trebell.* Si eius, inquit, qui nouissimus ex liberis moreretur partē hereditatis propinquo restitui pater voluerit, & simul fratres diem suum obierint, propinquum, si non ostenderit quis nouissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrē ex SC. Tert. ad vtriusq; hereditatē admittendā esse constat. Ambos igitur filios pater heredes instituerat, & quidē ex æquis portionibus, vt proinde non posset dici quicquam interesse fideicōmissarij, vtrū huius an illius portionem ex fideicōmisso haberet. Ambo simul perierāt, vt nesciri posset vter prior, aut posterior decessisset, ac cōsequēter etiam ex vi & proprietate verborū vterq; nouissimus decessisse videbatur, quia nouissimus ille est, non ante quē alius, sed post quē nemo. *l. qui duos 9. D. de reb. dub.* vbi hac sola ratione motus Tryphoninus cōcludit in ea specie quam ibi tractat, eum qui nouissimo decedenti ex duobus impuberibus pupillariter substitutus erat, duobus in naue simul mortuis, vtrique ex substitutione pupillari heredem esse, propterea quòd cùm neuter fratri superstes fuit, ambo vltimi de-

cessisse intelligantur: sicut è cõtrario in lege duodecim tabularum proximus agnatus dicitur etiam is qui solus est, quique neminem antecedit. *l. 1. §. proximus. D. vnd. cognat.* quod & scriptum est in *l. ex duobus 34. D. de vulgar. & pupill. substit. l. proximus 92. l. proximus 155. l. in vulgari 162. De verb. signific.* Cur nõ igitur & in specie Martiani admittimus fideicommissarium, licèt non possit ostendere quis liberorum postremus decesserit? Non quæro cur non admittatur ad portionem vtriusque, quoniam video non sic ei relictum esse fideicõmissum, vt qui postremus decederet, hereditatem ipsi restituere cogeretur, (quo casu non dubitarem quin ad vtriusque portionem ex fideicommisso admitti deberet tanquam impleta in vtriusque persona fideicommissi conditione) sed ita vt nominatim partem duntaxat hereditatis suæ in fideicommissum venire testator voluerit. Propter quam causam absurdum esset nos totũ ei dare, cui testator non nisi partem dedisset, ac in re testatoris esse liberaliores ipso testatore, *l. debitor 59. in fin. princ. l. facta 63. §. si sub cõditione. D. ad SC. Treb.* At de illo quæro, & queror, si vera est interpretũ sententia, qui fideicõmissariam substitutionẽ ex graduum interruptione nõ vitiari volunt, cur non admittatur hic fideicommissarius saltem ad partem vnius ex liberis simul mortuis, cùm necesse sit, vt vel alteruter, vel simul vterque nouissimus decesserit atque ita extiterit omnimodo conditio fideicommissi, nec quicquam referat aut matris superstitis, quæ vtrique succedit ab intestato, aut fideicomissarij, an huius vel illius portio ei restituatur, siquidem ponimus hereditarias portiones æquales fuisse, ex quibus fuerant instituti. Si enim poneres factas inequales, difficilius esset vt vel hanc vel illam partem fideicommissarius peteret posset ni probaret vel hunc vel illum posteriorem decessisse. Quamquã si ea portione, quæ minor esset, contentus esse vellet non video quid ei posset obiici, quominus hanc saltem cõsequi deberet, qui alioquin, id est, si negares nouissimum hunc decessisse qui minorem portionem habuerat, hoc ipso maioris petendæ ius nancisceretur. *arg. l. heredes mei 57. §. cùm ita ad SC. Trebell.* Quid ergo illud est quod fideicommissarium hũc possit in totum excludere, vt ad neutram partẽ admittatur, qui ad nouissimi partem vocatus est, vtroq; licèt nouissimo defuncto? Vna certè ratio illa est, quòd cùm non sit vocatus nisi ad partem hereditatis, neque totam hereditatem consequi, vt iam diximus, potest, neq; partis fideicommissum petere, nisi probet præcisè quis ex liberis postremus decesserit, quod aliter fieri nullomodo queat vt restituatur ei hereditas ex Trebelliano, nec proinde vt in eum translatio actionum fiat, sine qua tamen cogi matrem ei restituere, nec æquum, nec testatoris voluntati consentaneum esset. Itaque si poneres sub eadem verborum conceptione factam substitutionem pupillarem, id est, in parte tantùm hereditatis, hoc etiam si voles expressim addito, ne tota hereditas ad substitutum peruenire posset, non perinde tamen dicendum esset, substituto nullam partem deberi, si non probaret quis nouissimus decessisset, dummodo vel partes factæ essent æquales à testatore, vel factis inæqualibus ipse minore contentus esse vellet: nempe quia hîc de transferendis actionibus quæri non oporteret, nisi de iis quæ ex potestate legis duodecim tabularum à testatore in heredem transferuntur, ad quarum translationem nihil aliud exigitur, nisi vt heres sit is, qui esse & voluit & potuit. In proposito autem is qui substitutus esset in parte nouissimi, quamuis probare non posset vter ex impuberibus diem suum postremus obiisset, probaret tamen facilè vel alterutrũ, vel vtrumq; nouissimũ

deces-

decessisse,& ita pupillaris substitutionis conditionem extitisse, quia alterutrũ euenisse omnino necesse est, vt vel vterq; vel saltem alteruter nouissimus decesserit. Nec aliud admitterẽ in vulgari substituto, si fingeres Titio & Sempronio institutis heredibus, substitutum fuisse Mæuium in parte duntaxat illius qui ex institutis nouissimus ante aditam hereditatem decessisset, quia illo etiam casu tractandum esset de transferendis in Mæuium actionibus, non quę fuissent vnius ex institutis, (nec enim vllas habere potest institutus qui non adiit, cùm non transeát actiones in institutum quatenus institutus, sed quatenus heres est) sed quæ testatoris, quod ipsum sicut ex solius legis duodecim tabularum potestate fit, non ex senatusconsulti Trebelliani autoritate, ita ne fiat, nihil impedit. Et hinc quoque petenda est interpretatio constitutionis Iustinianeæ, quæ extat in *l. sancimus. pen. C. ad SC. Trebell.* vbi septem casus proponuntur in quibus placet Iustiniano transferri actiones in fideicommissarium, quæ olim transferri non poterant, quòd iis casibus non restitueretur hereditas eo ipso modo quo restitui testator voluisset. Primus casus est, si hereditas quæ pupillo restitui ex fideicommisso debuit, restituta sit soli tutori, cùm pupillus adhuc fari non posset, nec proinde restitui hereditas pupillo ipsi, autore tutore. Secundus est, si pupillus hic fari quidem possit, sed absens sit. Tertius si hereditas furioso restituenda, restituta sit ipsius soli curatori. Nã furiosus nec vocem habere, nec præsens esse creditur. Quartus, qui tres implicitos continet, si vel pupillus, qui aut fari non potest, aut absens est, vel furiosus rogatus fuerit de restituenda hereditate, eámque vel tutor pupilli vel curator furiosi restituerit. Quintus, si heres rogatus de restituenda hereditate celauerit se dolo malo, nec cogi posset ad adeundum & restituendum, siue ante, siue post litem contestatam. Sextus, si morte præuentus hic heres post aditam quidem hereditatem, sed ante restitutam eam decesserit, nullo penitus relicto successore. Septimus & postremus casus est, si primus fideicōmissarius alteri hereditatem restituere rogatus sit: qui casus ad eum de quo nostra disputatio est, propiùs accedit, quia nec alia ratio erat propter quam olim non possent in secundum fideicommissarium transferri actiones à primo, quàm quòd senatusconsultum Trebellianum de primo tantùm, non etiã de secundo fideicommissario locutum esset, itémque de fideicommissi restitutione quæ ab herede fieret, non de ea quæ à fideicommissario. Cæteris verò omnibus quoque supradictis casibus sicut commune illud est vt in iis non fiat restitutio, quomodo testator voluit, ita & ante Iustinianum, vt ex eiusmodi restitutionibus actiones transferri non possent, ob idque fideicommissum intercidere necesse esset. Hodiè transferuntur, postquam ita placuit Iustiniano, cuius autoritati absurdum esset minùs tribui, quàm potestati senatusconsulti Trebelliani, cui sanè fatendum est fuisse conditione illa maximè derogatũ, sed multo magis eiusdem Iustiniani *Nouel. 1. de hered. & falcid.* quæ induxit, vt nec hereditatem ipsam ab herede rogato adiri necesse sit, sed eo vel recusante, vel cunctante liceat ipsi fideicommissario vniuersali, adeóque si talis nullus sit, legatario cuilibet aut fideicommissario singulari adire, sibíque acquirere hereditatem: post quam constitutionem vix dici potest, quonam casu supersit aliqua vel necessitas, vel vtilitas senatusconsulti Trebelliani, prætérquàm si heres institutus sponte adierit hereditatem, eámque paratus sit restituere secundùm testatoris sui voluntatem. Hunc enim casum omnes Iustiniani constitutiones intactum reliquerunt, quibus tamen cessantibus, nihil

aliud dici poteſt niſi vt ius vetus incorrectū manſiſſe fateamur. Atqui ſpecies quam tractamus, ad hunc caſum pertinet, non ad vllum ex aliis qui Iuſtiniani legibus continentur. Ponimus enim Titium ſponte adiiſſe hereditatem, vt neque de ſenatuſconſulto Pegaſiano tractandum ſit, quod iam alia Iuſtiniani conſtitutione ſublatum erat, tranſlatumq; in Trebellianum, neque de nouo iure inducto per dict. *Nouell.1.* ſed tantùm de ſenatuſconſulti Trebelliani autoritate. Rurſum ponimus deceſſiſſe Sempronium cui Titius hereditatem reſtituere rogatus erat, ſolúmque ſupereſſe Mæuium, cui reſtituere Sempronius tantum debuerit; Titio verò nihil. Quæ ſpecies nihil commune habet cum ſupra relatis, in quibus placuit Iuſtiniano transferri actiones ipſo iure in commodum eius ipſius, cui hereditatem reſtitui teſtator voluerat: Hîc verò transferrentur in eum, cui nihil teſtator reliquiſſet ab herede reſtitutionem faciente, & conſequenter longè aliter quàm quomodo teſtator voluiſſet, ac quod magis eſt, citra ſenatuſconſulti Trebelliani aut Iuſtinianeæ legis autoritatem. Quo igitur iure obſecro, aut quonam colore dicemus tranſlationem fieri actionum, aut ſine tranſlatione reſtitutionem? Nec obiici poteſt, quod vnum ſuperioribus fortaſſe quis obiicere velit, eum qui poſt mortem ſuá reſtituere hereditatem rogatus eſt, ſi antequàm moriatur, hereditaté reſtituat, benè reſtituere, ita vt in fideicommiſſarium tranſeant actiones *l. post mortem 12. C. de fideic.* quo tamen caſu nō eo ipſo modo reſtituitur hereditas quo teſtator voluit. Nam immò verò reſtituitur hoc caſu quomodo voluit teſtator, cùm nihil referat an rogetur quis reſtituere poſt mortem ſuam, an cùm morietur, an cùm incipiet mori, an pridiè q̃ morietur. Hinc namq; eſt quod ex ipſa etiá voluntate, ne dicam ex verbis quoque teſtatoris qualibet die reſtitui hereditas poteſt ab eo, qui, quod prudētiſſimi hominis eſt, ſic in ſingulos dies viuit, quaſi poſtridiè moriturus, quíque, ſi verum amamus, & philoſophari volumus, tùm etiá cùm viuit, quotidie moritur, vt plurib. explicauimus *lib.18. Coniect. cap.5.* Minùs obſtat ſi quis obiiciat quod ſcriptum eſt in *l. ſi ſeruum 28 §.1. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* eum qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditaté ab inteſtato poſſidet, ſi hereditatem reſtituere rogatus fuit, nō minùs eſſe cogendum vt reſtituat quàm vt præſtet cætera legata & fideicommiſſa ſingularia. Nam & hoc caſu reſtituitur hereditas ſicuti teſtator voluit cùm fideicōmiſſum hoc ſicut cætera non alio colore conſeruet prætor quàm quaſi adita ex teſtamento hereditate, *l. ſi filius 23. in fin. eod. tit. cum l. ſeq.* Quid ergo eſt quod interpretes fefellit, vt ſine lege tam erroneam ſententiam inuexerint? Illa primùm ratio, quam nos in ſuperioribus iam refutauimus, quòd vulgari ſubſtituto fideicommiſſarium æquiparandum eſſe crediderūt. Sed illud magis, quòd putarunt hoc eſſe conſequens alij conſtitutioni Iuſtiniani in *l. vnic. §. pro ſecundo. C. de caduc. tollend.* vbi generaliter conſtituit vetus ius corrigēdo, inquit, vt ſi qua relicta defecerint viuo teſtatore, maneant quidem apud eos, à quibus, ſi non defeciſſent, præſtari deberent, ſiue heredes illi ſint, ſiue legatarij, aut alij qui fideicōmiſſo grauari poſſunt, niſi in hunc caſum vel ſubſtitutus, vel coniunctus eos antecedat: ſed tamen omnes perſonæ quibus lucrum per hunc ordinem defertur, etiam grauamen quod ab initio complexū fuerat, ſentiant, ſiue in dando ſit cōſtitutum, ſiue in quibuſdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacumque via excogitatum. Id enim ſi ita eſt, quid aliud in propoſita ſpecie dicere poſſumus, quàm vt fideicommiſſum quod Sempronio præſtari debuerat à Titio herede, ac

rurſus

rurſus reſtitui Mæuio à Sempronio, maneat quidem penes Titium prædefū-ćto Sempronio, ſed cum onere illud ipſum reſtituendi Mæuio; cui reſtituere debuiſſet Sempronius, ſi nō prædeceſſiſſet? At videamus ne conſtit. illa Iuſtin. quantūlibet generalis eſſe videatur, ad fideicōmiſſa ſingularia tantùm pertineat, nec ad heredit. fideicōmiſſariá aptari poſſit; de qua diſputamus. Diuerſitatis enim manifeſta ratio illa ſemper ſubeſt, quòd in fideicōmiſſis ſingularibus non eſt quod de actionū tranſlatione quæratur, non magis quàm in legatis, cùm nec fideicommiſſarij ſingulares, nec legatarij ſucceſſores ſint iuris *l. quædam 9. §. nihil intereſt. D. de edend.* In vniuerſali autem fideicommiſſo tractandum neceſſariò eſt de actionibus transferendis, quæ porrò ſine alicuius legis, aut ſenatuſcōſulti autoritate trāsferri non poſſunt ab eo qui nō fuit rogatus in eū cui alius reſtituere debuit. Alioqui reſtituta hereditate eueniret, vt commodum hereditatis fideicommiſſariæ totum transiret in eum cui reſtitueretur; incommoda verò & onera omnia per eum remanerent qui reſtituiſſet, quod quàm alienum futurum eſſet, non ſolùm à teſtatoris mente, ſed etiam à Iuſtiniani propoſito, apparet ex ea ipſa ratione qua mouetur Iuſtinianus, vt nouæ conſtitutioni colorem quærat, nempe quòd ferendus non ſit is qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum recuſat. Quis ergo ferre debeat Mæuium petentem ſibi ex fideicommiſſo reſtitui hereditatem, ex cuius reſtitutione totum ille lucrum ſenſurus ſit, Titius verò totum dānū? Locuti verò ſumus huc uſque de vulgari & de fideicommiſſaria ſubſtitutione ad differentiam pupillaris, quam fatentur omnes ex ſola graduum interruptione vitiari. Nam cùm is qui habebat filium & filiam impuberes, filio herede inſtituto filiam exheredaſſet, & filio, ſi intra pubertatem deceſſiſſet, filiā ſubſtituiſſet; filiæ verò, ſi antequàm nuberet, moreretur, vxorem ſuam ſubſtitutam voluiſſet, deinde filia impubes prior, poſtmodùm filius quoq; impubes deceſſiſſet; Scæuola reſpondit non poſſe filij hereditatem ex ſubſtitutione ad vxorē teſtatoris pertinere. *in l. qui habebat 47. D. de vulg. & pup. ſubſt.* nempe quia per pupillarem ſubſtitutionem is qui ſubſtitutus eſt, ſuccedit impuberi, id eſt in hereditate impuberis cui fuit ſubſtitutus, *l. ſed ſi plures 10. § filio. & §. ad ſubſtitutos. De vulg. & pupill. ſubſt.* Alia autem eſt hereditas primi inſtituti, alia primi ſubſtituti, & conſequenter non poteſt fieri vt ſubſtitutus ſubſtituto videri poſſit ſubſtitutus inſtituto, cùm pupillaris ſubſtitutio eſt. Ideo autem in hac ſpecie apud Scæuolam tractatā ponimus filiam quæ prior deceſſit, impuberem deceſſiſſe, Florentinam lectionem ſecuti, quoniam ſi cum vulgo interpretum legeremus *pubes* pro *impubes*, in illis verbis, *cùm filia impubes prior deceſſerit*, nō ea tantùm ratio ſubſtitutionem irritam faceret quātum ad filii hereditatem, quòd præſcripti à teſtatore gradus interrupti eſſent, ſed illa etiam quòd conditio, ſub qua teſtatoris vxor ſubſtituta filiæ proponebatur, defeciſſet, vt nec ad ipſius filiæ hereditatem admitti iure ſubſtitutionis poſſet. Sicut & à Papiniano reſponſum legimus in *l. coheredi 41. §. penult. eod. tit.* cùm pater impuberi filiæ, quæ nouiſſima diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, ac impubes filia ſuperſtite ſorore pubere vita deceſſiſſet, irritam factam eſſe ſubſtitutionem: in perſona quidem prioris, quia non nouiſſima deceſſit, in alterius verò, quia puberem ætatem compleuerit. At apud Scæuolam non dubito quin dicendum ſit admitti vxorem ſubſtitutam ad hereditatē filię, quia tametſi filia prior deceſſiſſet, impubes tamen deceſſerat, quod vnum requirebatur ad implendam ſubſtitutionis conditionem, cùm

apud Papin. è contrario requireretur vt & impubes & nouissima decederet. Ob idque de sola filij hereditate dubitat Scæuola, quòd eam non aliter substituta vxor habere posset, quàm si vel ipsi filio substituta reperiretur, vel filij hereditatem in filię, cui substituta erat, hereditate inueniret: quorũ vt prius dici nõ poterat propter interruptos, vt diximus, substitutionis gradus, ita nec posterius præmortua sorore viuo fratre, cuius nulladum erat hereditas.

ERROR TERTIVS.

De transmissione conditionali fideicommissi ex coniecturis inducenda.

SVAVES mehercule sunt interpretes nostri, qui pro certo habentes quod falsissimum esse probauimus; Fideicõmissum vniuersale, cuius dies viuo fideicommissario cesserit, ad fideicommissarij heredem trãsmitti posse, eique restitui oportere, de hoc tantùm dubitant; Vtrum si fideicommissum conditionale fuerit, & ante cedentem fideicommissi diem fideicommissarius decesserit, fideicommissi transmissio saltem ex aliqua voluntatis coniectura inducatur, vt heres fideicommissarij perinde admitti debeat ad petẽdam hereditatis restitutionem, atque fideicõmissarius ipse si viueret admitteretur. Etsi enim non ignorant, quod nemo nescit, eorum omnium quæ sub conditione relicta sunt, naturam illam esse, vt mortuo pendente conditione, cui relicta fuerunt, intercidant, quippe quorum dies numquam cessisse dici possit *l. 1 nic. §. fin autem aliquid sub conditione C. de caduc. toll. l. intercidit 59. & pass. De condic. & demonstr. l. 4. §. & pass.* D. *quand. dies legat. ced. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fisc.* adeò vt fideicommissarius aut legatarius conditionalis quandiu pendet conditio, creditor dici nullomodo possit, id est, ne quidem cõditionalis, *l. is cui 42. D. de oblig. & action.* putant tamen ex voluntate testatoris fieri posse transmissibile ad heredes id quod alioqui ex sui natura non sit transmissibile, *ex l. in conditionibus 19. §. 1. vbi Imol. & Socin. sen. num. 3. & seqq. De condic. & demonstr. post Bald. in l. vnic num.* 10. *C. de his qui ant. apert. tabul. & in l. vnic. num. 1. C. vt action. ab hered. & contr. hered.* indéque paulatim etiam eò dilabuntur, vt existiment in eam rem sufficere quamlibet tacitam testatoris voluntatem, quæ ex coniecturis colligatur, nec se cruciant nisi in quærendis, & inuestigandis coniecturis ex quibus hoc induci possit, dũ prætextu voluntatis tuendæ alij alias & leuissimas quasq; comminiscuntur, tandémque arbitrio iudicis rem relinquunt, vt solent hodie cætera ferè omnia etiam quæ sint iuris certissimi & constituti. Quamquam fatẽtur debere aut necessarias esse, aut multum probabiles, siue ex iis quæ in testamento scripta sunt deducãtur, siue ex iis quæ testator dixerit aut fecerit ante vel post conditum testamentum, cum hac tantùm distinctione, quòd quæ ex ipso testamento deducuntur, vt plurimùm contenta sunt sola prudentũ interpretatione, aut duobus ad summũ testibus: quæ verò extrinsecus colliguntur, quasi nouam dispositionem faciant septem testes requirunt, vt ex communi Doctorum traditione refert Francisc. Mantic. *lib. 11. De coniect. vltim. volunt. tit.* 20. Ego verò illud primùm à iuris ratione prorsus alienum esse arbitror, vti liceat testatori quantumcumque expressis verbis cauere vt legatum vel fidei-

commissum

commiſſum conditionale ad heredem tranſmittatur. Quid enim hoc aliud eſt quàm cauere vt legati vel fideicommiſſi conditionalis dies ſtatim cedat, non ex tempore impletæ conditionis? An non verò hoc vtrumque eſt cauere ne leges in teſtamento ſuo locũ habeant? quod tamen à nemine caueri poſſe certum eſt, *l. nemo poteſt 55. de legat.* 1. vbi exemplum ponitur ſi teſtator præceperit, vt vel tempore, vel loco, vel conditione obligatio heredis legatorum nomine finiatur. Legatum enim quod ſemel deberi cœpit, fieri nequit vt ad certam vſque conditionem, aut ad certum vſque diem locúmve debeatur, cùm neq; tẽpus, neque conditio, neq; locus ſit tollendæ obligationis, nõ magis quàm inducendæ *l. obligationum ferè* 44. §. 1. D. *de obligat. & action.* idque adeò verum eſt vt quamuis ſtipulator qui ad certum vſque tempus tantum ſibi deberi voluit, ſi poſt tempus petat, ſummoueri poſſit exceptione pacti cõuenti vel doli, non idem tamen de legatario dici poſſit, ſi poſt tempus quod finiendæ legatorum obligationi teſtator præſtituit, legatum perſequatur, *d. §. 1. verſ. planè. iunct. d. l. nemo poteſt.* Et ratio differentiæ eſt, quia contractus valent ex contrahentium voluntate, & quamuis autoritate iuris ciuilis adprobentur, cuius fuit certas inducendis perpetuandiſque & finiendis obligationibus formas inducere, ſumunt tamẽ vires ſuas ab æquitate naturali & à iure gentium, quatenus ex conſenſu æſtimantur. At legata ſicut & cęteræ omnes vltimæ voluntatis ſpecies nullomodo valent niſi ex indulgentia & diſpoſitione legum, quæ homini permiſerunt vt de bonis ſuis legem facere poſſet, ac pro arbitrio diſponere in id tempus quo nec dominus eſſet, nec vllus, *l. verbis legis* 120. D. *de verb. ſignific. l.* 1. D. *ad leg. falcid. l. Stichus* 39. D. *de manum. teſtam.* Cur ergo teſtatori licere poſſit, aut debeat cõtra leges teſtari, aut legibus ipſis legem dicere, qui nõn niſi ex legibus teſtandi facultatem habet, eámque certis legibus conſtrictam, quibus ſi patère nolit, beneficium legum abiicere cõpellatur? Tanta verò hac in re vis & autoritas legum eſt, vt nec pactiones, ſi quę in contrarium factæ ſint inter viuos, valere patiantur, proptereà quòd priuatorum conuentiones legum autoritate non debeat cenſeri, *l. quod bonis* 15. §. 1. D. *ad leg. falcid. l. vlt.* D. *de ſuis & legit.* Quanto minùs igitur licebit teſtatori cauere vt quod alicui ſub conditione reliquerit, poſſit ad ipſius heredẽ tranſmitti etiamſi pendente conditione deceſſerit? Qui enim ita teſtatur, eum fateri neceſſe eſt, vel pugnare cum legibus, ſi relictum conditionale, quod tale maneat velit eſſe tranſmiſſibile, priuſquàm dies eius ceſſerit, vel etiam cum ſeipſo, ſi idem legatum aut fideicommiſſum & pro conditionali & pro puro haberi velit. Non nego teſtatoris voluntatem in conditionibus primum locum obtinere, *d. l. in conditionibus* 19. D. *de condic. & demonſtr.* indéque fieri facilè poſſe, vt quamuis verba vim & poteſtatem conditionis prę ſe ferant, conditio tamen nulla ſit, ſi fuerit teſtator ea mente vt non faceret cõditionem, aut cõtrà, quemadmodum in ſpecie §. 1. *eiuſd. leg. in conditionibus.* (qui vnus locus eſt quo in hanc ſentẽtiam interpretes abutuntur) id eſt, ſi teſtator ita ſcripſerat, *ſi primus heres erit, damnas eſto dare.* Hanc enim ſcripturã ait Vlp. pro conditione accipiendam non eſſe, quia magis demonſtrauerit teſtator quando legatum debeatur, quàm conditionem inſeruerit, niſi fortè, inquit, hoc animo fuerit hic teſtator vt faceret conditionem. Quo exemplo fatebor etiam legato ita relicto, *Illi, ſi volet, Stichum do, lego*, legatum quidem eſſe conditionale ſui natura, ideóque non aliter ad heredem legatarij legatũ tranſmitti, quàm ſi legatarius voluerit ad ſe pertinere, *l. ſi ita legatum* 65. §. 1.

*de legat.*1.quasi conditione iniuncta personæ, *l.si ita expressum* 69. *De condic. & demonstr.* sed tamen posse fieri ex testatoris voluntate vt non sit legatum conditionale, si testator noluerit ea verba *si volet* facere conditionem, quia licèt sæpenumero mutetur rei effectus, quamquam id expresserit, quod etsi nō fecisset, inesset tamen, vt Marcellus ait in *l.seruo* 47. *& Modest. in l.nonnumquam* 54.*eod tit.* nihilominus facilè est testatori assequi, vt quæ futurum erat vt tacitè inessent, ea si expresserit per modum conditionis, non idcirco faciat conditionem. Quandoquidem & regulare illud est, vt quæ tacitè insunt, non faciant actum conditionalem, *l.aliquando* 107.*eod.l.3. de legat.*1. Denique vt legatum sit conditionale necne, testator pro arbitrio facere potest, quia est illud voluntatis & facti: sed vt quod conditionale est sit transmissibile ad heredem, facere non magis potest, vt iam diximus, quàm vt idem legatum & conditionale sit & purum, quia hoc meri iuris est, non facti; nec igitur volūtatis, quia quod voluntatis est, facti est, non iuris, *l.voluntatis* 7. *C.de fideic. iunct.l.ordinę* 15.D.*ad municip.* Et exemplum quod adferre nostri solent de testatore, qui sub conditione aliquid legauerit ei, de cuius heredibus in alia testamēti parte locutus fuisset, vt tractat Bald.in *l. si pater. num.* 19. *C.de instit. & substit.* prorsus improbabile est. An enim legatum aut fideicommissum eo minùs erit conditionale, ac proinde tale quod ante conditionis euentum sit non transmissibile? Nisi fortè hoc Baldus sensit, istius heredes, quorum nulla mentio facta sit in legato aut fideicommisso, perinde tamen habendos acsi essent nominati, quasi ex alia eiusdem testamenti parte appareat per errorē omissam eorum mentionem potiùs, quàm quòd legatario ante cōditionem impletā defuncto, nihil ipsius heredibus acquiri testator vellet. Sed hęc sententia, quamuis interdum admitti in fideicommissis possit, vt in specie *l.cùm proponebatur* 64.*de legat.* 2. vbi rationem Papinianus reddit quòd in causa fideicōmissi vtcumque precaria voluntas quæratur, admittenda sit cōiectura, in legatis tamen locum similiter habere non potest quæ voluntatem habent non precariam, sed directam & imperatiuam, ideóque non nisi apertissimis verbis iísque directis & imperatiuis exprimendam, vt is ipse Papiniani locus ostendit. Et si verò sublata hodie ista verborum differentia est, vt & legatorum, ac fideicommissorum ex Iustiniani constitutionibus in *l.* 1. *&* 2. *C. commun.de legat.* eam tamē retinere iuuat ad refutādos interpretes, qui cùm relicta conditionalia ex voluntate testatoris transmissibilia fieri posse volūt, non magis distinguunt ius nouum à vetere, quàm legata à fideicōmissis, vt vel ex hoc maximè appareat, nulla illos satis certa iuris ratione moueri. Sed & si de fideicōmissis tantùm loquerentur, in quibus nō quidem inducendis, vt iidem malè putant, sed interpretandis, fateor cū Papiniano multùm posse coniecturam voluntatis, non tamen nisi ineptè possunt ex eadem coniectura quam Papinianus probauit, iùs transmissionis inducere, quia heredes huius cui fideicommissum sub conditione relictum fuisse ponimus, dicendi essent ipsi fideicommissarij potiùs quàm, vt loquūtur, transmissarij, si ob id tātùm essent admittendi quòd eorum mentionem in alia testamenti parte expressam testator in clausula fideicommissi per errorem omisisset: sicut & apud Papinianum ij quorum omissa fuerat in fideicommisso mutua substitutio, nihilominus habentur pro mutuò substitutis, acsi, quod per voluntatis coniecturam duntaxat colligitur, nominatim expressum reperiretur. Et sanè admittam multo faciliùs legatarij aut fideicommissarij heredes, de quibus testator

ftator nihil dixerit pro legatariis aut fideicōmissariis esse habēdos (etsi quàm absurdum & ridiculum id futurum sit, nemo non videt) quàm vt legati vel fideicommissi conditionalis ius ad eos pendente conditione transmittatur. Priore enim casu violatur tantùm volūtas testatoris cui potest imputari cur non eam declarauerit, aut aptius, aut apertiùs, si quid sit in testamento tam obscurum, vt dubitationi & coniecturę locum relinquat, alioqui certum est, si in verbis nulla sit ambiguitas non esse admittendam coniectutam, ac ne quidem quæstionem voluntatis, *l.ille aut ille 25.§.1.de leg.3.* Posteriore autem casu ratio ipsa iuris, & à testatore, & à iudice violaretur, quod numquam ferendum est. Quòd si poneres testatorem nominatim præcepisse vt legatum vel fideicommissum conditionale ad legatarij vel fideicommissarij heredes transmitteretur, tanto esset apertius eam fuisse ipsius voluntatem vt vel iuris ratio peruerteretur, quod proculdubio facere non potuit, vel vt ipsis quoque heredibus idem legatum vel fideicommissum relictū esse intelligeretur: quo admisso, non iure transmissionis admitterentur, sed ex propria persona, vt dici solet, cùm quis in legato aut fideicommisso alteri substitutus est, siue expressim siue tacitè, vt supradicto loco tractat idem Mantic. num.7. Nam & in proposito legatarij aut fideicommissarij heres, quisquis ille sit, substitutus intelligitur, si ea testatoris voluntas fuit vt ad eum relicti commodum perueniret post mortem illius cuius heres esset, arg. *l. fideicommissa 11.§.hac verba. iunct.§.plerumque.& §.interdum.de legat.3.l.vt heredibus 50. De legat.2.* Qua sententia recepta paulatim, de illo etiam quæri incipiet, An impleta quoque conditione viuo legatario aut fideicommissario, eóque testatoris liberalitatē consecuto, aliud fideicommissum inducēdum sit in fauorem heredum ipsius legatarij aut fideicommissarij, vt de eadem re ipsis restituenda rogatus esse videarur. Nec deerunt qui hoc quoque audacter dicturi sint arg. *d. §.hac verba & l.filiofamilias 42. De condit.& demonstr.* præsertim postquàm inducto per Iustinianum inuentarij beneficio factum est vt possit heres saluis actionibus quas habuit contra debitorem suum, à quo fuerit institutus, hereditatem ipsius adire *l.vlt.§.in computatione.C.de iur.de lib.* Ita fiet, vt legatum vel fideicommissum quod re vera intercidisse dicendum esset, non solùm pariat nouum fideicommissum in gratiam heredum legatarij vel fideicommissarij ab eo ipso pręstandum, qui legatario aut fideicommissario, si viueret, pręstare id deberet, sed etiam duplex, id est, aliud quòd ab ipso quoque legatario aut fideicommissario heredibus suis deberetur, si quod sibi relictum fuerat, esset ille consecutus. In summa nihil interetit an testator iusserit legatum aut fideicōmissum conditionale ad heredes transmitti, an verò conditionali legatario aut fideicommissario ipsius heredes substituerit dupliciter, id est, & vulgariter & per fideicommissum in casum scilicet & non agniti & agniti fideicommissi vel legati, acsi toti familiæ legatarij aut fideicommissarij relictum esset, vt in specie *l.omnia 32.alias.l.cùm ita §.in fideicommisso.l.Titia Seio 87.§.Seia libertis de legat.2.* Quæ omnia cùm absurdissima futura sint, concludamus planè nullius momenti esse voluntatem testatoris si præcipiat expressim vt legatum vel fideicommissum conditionale ad heredes pendente conditione transmittatur. Etsi enim negari non potest quin sit in testatoris potestate facere vt quamuis relicti conditione pendente decesserit legatarius aut fideicommissarius, nihilominus ad heredes ipsius perueniat id quod relictum fuerat, debuit tamen aliis verbis id facere, quàm iis quæ iuri & legibus

aduersaretur, cùm posset iubere vt eo casu essent ipsi legatarij aut fideicõmissarij, non transmissarij. Hoc verò si ita est vt neque verbis expressis possit legatum vel fideicommissum conditionale fieri transmissibile, quanto minùs ferendum erit vt tale fieri possit per nudas coniecturas volũtatis, vtque maiorem potestatem habeat tacitum quàm expressum? Ac quoniam quæ adhuc diximus non pertinent nisi ad legata & ad fideicommissa singularia, quę passim legatis æquiparantur, consideremus, obsecro, quàm longè improbabilior sit hæc tam trita interpretum traditio, si ad fideicommissa vniuersalia, de quibus possent illi tractare, accommodetur. Nam si verum est quod superioribus capitibus probauimus, fideicommissum vniuersale nõ posse transmitti ad heredem fideicommissarij, adeóque nec ad secundum fideicommissariũ, ne tum quidem cùm fideicommissum ab initio purum fuit, eiúsque dies vtiliter cessit, omnino certè consequens fit vt multo minùs transmitti vllo casu possit cùm ab initio fuit conditionale, decessitq; fideicommissarius ante impletam conditionem. Quid enim aliud facere potest voluntas testatoris fideicommissum conditionale transmitti iubentis nisi vt non minùs iuris habeat fideicommissarius ad transmittendum fideicommissum, quàm si purum esset. Dicet aliquis, Imò hac parte diuersam esse & fauorabiliorem causam fideicommissi conditionalis, quod testator transmitti posse voluerit, & eius quod ab initio sit purum: quia puri transmissionem secundùm ea quæ diximus, illa tantùm ratio impedit quòd non possint transferri actiones ex fideicommissariæ hereditatis restitutione, nisi restitutio fiat ex testamento, & eo ipso modo quo testator voluit: quæ ratio cessat in fideicommisso conditionali, si ponas iussisse testatorem vt ad heredem transmitteretur. Restitueretur enim hęc hereditas sicuti testator voluit, cùm ex ipsius voluntate restitueretur heredi præmortui fideicommissarij. At huic ego respõdeo, cessare primùm hác obiectionem in eo casu, quo ius transmissionis non inducatur nisi ex tacita testantis voluntate. Cùm enim necesse sit restitui hereditatem sicuti testator rogauit, vt loquitur *l. sed etsi ante 10. D. ad SC. Trebell.* quis potest dicere quomodo testator rogauerit hereditatem restitui heredibus fideicommissarij, si de eo nihil expressè dixerit? Velle aliquid testator potest, etiamsi voluntatem suam non exprimat disertis verbis, sed rogare heredem vt fideicommissarij heredibus restituat, non potest, quin precariis verbis vtatur *l. quidam 46. ibi. nec quicquam ab eo petitum est*, & in illis sequentibus *non aliter tamen ab eo fideicommissum peti posse quàm si & ipsum testatorem fidem eius secutũ esse probaretur. D. de hered. instit. l. Lucius 78. §. tres heredes*, eo loco respondit nõ proponi Seium rogatum vnciam restituere *D. ad SC. Trebell. §. vlt. Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* Igitur hoc saltem fatendum est, falsum esse quod interpretes volunt, fideicommissum vniuersale ex sola tacitæ voluntatis coniectura transmitti posse. Cùm verò testator expressim iussit vt transmittatur, iam diximus non solùm eam voluntatem non valere, quæ legibus tam apertè refragetur, sed etsi valeret, ita accipiendam, vt hoc ipso inuitati heredes videantur ad aliud nouúmque fideicõmissum quod petere possint ex propria persona: vt proinde non de fideicommissi transmissione quæri hoc casu oporteat, sed perinde tractari omnia acsi in fideicommisso substituti essent. Cessante autem expressa substitutione, aut ea saltem verborum formula quæ expressæ substitutioni æqui polleat, transmissioni locum esse non posse, videtur mihi apertissimè probari ex eo Papiniani responso, quod extat in *l. heredes mei*

des mei 57.§.cùm ita.D.ad SC. Trebell. in cuius specie perleganti concurrebant plerǫque ex iis coniecturis quas pro efficacibus habere solent nostri,vt fideicommissum transmissibile faciant, nec eo magis tamen putat Papinianus ad præmortui fideicommissarij heredes transmitti quicquam posse. Illa primùm aderat coniectura quòd heres fideicommissarij erat ex descendentibus testatoris,videlicet nepos ex filio & quidem instituto simul & substituto. Quod vnum sufficere multi putant,vt fideicommissum conditionale siuè singulare,siuè vniuersale transmittatur,secuti glos. in *d. l.is cui 42. D.de oblig.& action.ex l.vnic.C.de his qui ant.apert. tabul.* etsi eam sententiam frequentiore calculo improbatam esse refert Gabriel.*lib.4.commun.opin.tit.De hered.instit.conclus.2.num.*10.*post glos.Cin.Bart.& alios ad d.l.vnic.* Secundò aderat etiam illa coniectura,quòd testator fecerat plures gradus substitutionum: quam coniecturam admittēdam esse post alios multos concludit idem Gabriel. *dict.conclus.2.num.33.* & defendunt ij omnes,qui eandem sufficere volunt vt liberi positi in conditione vocati esse intelligantur. Multo enim plus est substitutos esse,quàm transmissarios,licèt multo sit facilius, meo iudicio,vt testator faciat eos fideicommissarios quàm vt transmissarios. Tertiò illa quoque quòd filius prædefuncti fideicommissarij positus fuerat in conditione fideicommissi,cùm sic relictum esset fideicommissum,vt qui ex filiis prior sine liberis diem suum obijsset,partem suam superstiti fratri restitueret. Qua coniectura passim mouētur interpretes vt liberos in conditione positos non tantùm pro transmissariis habeant, sed etiam pro substitutis,vt ex iis videre est quos refert & congerit Mantic.*dict.lib.11.cap.2.& seq.& dict.cap.20. num.15.& 16.* vbi quamuis non audeat concludere hanc coniecturam omnimodo esse recipiendam ad inducendum ius transmissionis fideicommissi cōditionalis,præsupposita,inquit, eorum sententia qui negant eam sufficere vt liberi videantur substituti,concludit tamen esse recipiendam si qua alia coniectura sit,aliáve indicia & adminicula quibus sustineatur, vt quæ non prosunt singula,saltem multa collecta iuuent. Atqui in specie Papiniani præter superiores duas coniecturas quas attulimus, quòd & fideicommissarij heres esset ex descendētibus,& testator ad plures gradus substitutionum digressus esset,illa etiam concurrebat,quam nos pro quarta computabimus,quòd non semel tantùm,sed bis heres ille positus erat in conditione, scilicet in vtraque substitutione:in priore quidem iis verbis quæ retulimus, in posteriore verò istis,*quòd si vterque sine liberis diem suum obijsset.* quæ geminatio, mirum est quantis apud interpretes nostros fulgeat miraculis,quoties occurrit vt in ore habeant *l.Ballista 32.* qua potissimùm in hanc rē abuti solent, *D.ad SC. Trebell.* Sed addamus etiam quintam coniecturam omnium fortissimam, si iisdē interpretibus credimus,quòd substituta erat per fideicommissum ea persona quæ non fuerat dilectior testatori,quàm heres fideicommissarij prædefuncti: imò minùs dilecta cùm eam testator non aliter substitutam voluisset vltimo filio decedenti,quàm si ambo filij inuicem substituti sine liberis præmorerētur.Sic enim vulgo nostri,non solùm vt heredes fideicommissarij prædefuncti faciant transmissarios,sed etiam vt liberos in conditione positos habeant pro substitutis,teste Mantica *dict.cap.20.num.21.& ca.3.num.13.vers. tunc etiā maximè.* Etsi enim apud Papinianū substituta non erat persona extranea, sed neptis testatoris,nostri verò loqui solent de substituto extraneo,eadem tamē vtriusque casus ratio est,quoties non solùm ij quibus substitutus cōmuniter

datus fuit, sed eorum quoque liberi & heredes dilectiores fuerunt substituto. Nec enim loquimur de substituto extraneo, nisi quoniam minùs diligi solet substitutus qui extraneus est. At in specie quam Papin. tractat, tales erãt personæ & oneratorum & liberorum in conditione fideicommissi positorum, vt non posset dubitari quin omnes fuissent dilectiores nepte substituta, cùm ij qui onerati erant, liberi essent primi gradus, illa neptis in secundo gradu cõstituta, illi instituti, hæc substituta, *l. Publius* 36. §. 1. *De condic. & demonstr.* Rursum liberi oneratorum, in eodem quidem gradu, in quo & neptis, id est, in secundo, sed tamen nepotes ex masculis qui solent esse dilectiores, illa verò, vt credibile est, neptis ex filia: illi nepotes ex prædilectis: ergo hoc ipso dilectiores ea quæ fuit neptis ex minùs dilecto, etiam si fuisset ille masculus. Deniq; illi positi in conditione vt neptem hanc substitutam excluderent: ergo dilectiores ea quam per ipsos excludi testator voluit, *l. Lucius* 86. *in fin. D. de hered. instit.* Concurrebant igitur apud Papinianũ coniecturæ quinque, & quod obseruatione dignum est, omnes ex iis quas interpretũ plerique singulas sufficere volunt, non solùm ad inducendam fideicommissi conditionalis transmissionem, sed etiam ad faciendum vt fideicommissarij grauati filius in cõditione positus censeatur substitutus: quarum verò duas, si concurrant, sufficere debere omnes consentiunt post Iulium Clarum in §. *testamentum. quæst.* 79. *in fin. & Mantic. dict. cap.* 3. *num. vlt.* Et tamen non dubitat Papinianus quin liberi in illa specie nec transmissarij sint, nec fideicommissarij, cùm & primam substitutionem cessare dicat, & in portione nouissimi qui sine liberis decessit, neptem liberis prædefuncti fideicommissarij anteponat. Illa ergo sola nobis electio relinquitur, an cum interpretibus, an verò cum Papiniano sentire malimus. Sed sentiant cæteri, qui volent cũ cæteris. Apud me nunquã interpretum omnium conspirans & conglobata autoritas tanti erit, quanti vnius Papiniani. Etsi memoria teneo fuisse mihi ré aliquando cum pragmatico magno nostrate qui Baldum vnum, etiam solum, toti Papiniano anteponere non erubescebat. Adeo sibi placebat ille in receptis interpretum ineptiis, tum etiam cùm ad Papinianum respondere non poterat, defendendis.

ERROR QVARTVS.

De coniecturis, ex quibus fideicommissi conditionalis transmissio induci posse creditur.

AT, inquies, sunt etiam aliæ coniecturæ ex quibus volunt interpretes fideicommissum cõditionale transmissibile fieri posse, quæ tamen in Papiniani specie non aderant, puta si testator ad fideicommissum inuitauerit non modò substitutum, sed etiã ipsius heredes, si descendentibus suis substituerit omnino extraneum, eiúsque heredes, si futurum esset vt extraneus anteponeretur descẽdentibus testatoris, nisi fideicommissum transmissibile intelligeretur: si aliis in eodem gradu constitutis per fideicommissum prospexerit, si appareat testatorem agnationi prouidere voluisse, si prohibuerit alienationem adiecta ratione quòd vellet bona sua deuenire ad suos descendentes in infinitum, si denique verisimile sit (quæ omnium periculosissima & perniciosissima con-

iectura est) testatorem ita responsurum fuisse, si de eo fuisset interrogatus. Hę siquidem ferè coniecturæ omnes sunt, quas ab interpretibus receptas video, & à Mantica supradicto loco cumulatas. Verùm respondeo ex his omnibus coniecturis alias tam leues esse, vt nullius momenti esse debeant, alias verò tam graues vt ius fideicōmissi debeant inducere potiùs quàm ius transmissionis. Leuis illa est, si testator non modò substitutum extraneum, sed etiam eius heredes ad fideicommissum inuitauerit post filios. Nam præter id quòd nulla ratio est argumentandi à secundi fideicommissarij heredibus, ęquè per fideicommissum expressim substitutis, ad filiorum, eorumdemq; priorum fideicommissariorum heredes, qui & perinde extranei esse possunt, & substituti nullomodo fuerunt, adeóque nec possit in conditione (nec enim omnia fideicommissa conditionalia illam habent conditionem *si grauatus decedet sine liberis aut sine herede*: nostra verò disputatio generaliter de quolibet conditionali fideicommisso instituta fuit) illud etiam considerandum est, si ea cōiectura reciperetur, vt in priorum fideicommissariorum heredes transmitti fideicommissum deberet, vt ob id solùm quòd posterioris fideicōmissarij heres essent substituti, fore vt posteriori fideicōmissario iniuria fieret, cui prioris heredes præferrentur, atque ita posteriori noceret quod eum testator tantopere dilexisset vt ipsius contemplatione futuros, & alioquin incertos & incognitos eius heredes etiam inuitasset. Nec enim posset capi hæc coniectura in fauorem heredum prioris si nihil de posterioris heredibus scriptum esset. Igitur secundùm hanc sententiam fiet deterior conditio posterioris fideicōmissarij, ob id quòd fuerit ille magis dilectus, quod tamē nec quemquam ex interpretibus vnquam dicturum fuisse crediderim, si cogitassent id fore consequens ei, quòd dicerent, non debere heredes prioris fideicommissarij qui dilectior fuisset, deterioris esse conditionis, quàm heredes posterioris, quem vtique minùs quàm priorem testator dilexisset. Id enim duntaxat egerunt, vt quam proportionē affectionis testator inter fideicōmissarios ipsos seruauerat, eandem inter ipsorum heredes inducerent, nec animaduerterunt id fieri non posse inducto tacitè transmissionis iure, quin hoc ipso facerent iniuriam posteriori fideicommissario, per ius illud tacitū transmissibilitatis, vt loquūtur, excludendo: quem tamen, sicuti fateor, minus dilectum fuisse quàm priorem, cùm ex ordine vocationis ordo etiam affectionis colligatur *l. Publica 36.§.1. D. de condic. & demonstr. l. omnia 32. alias l. cùm ita. §. in fideicommisso. de legat. 2. l. heredes mei 57. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* ita nec negare illi possunt fuisse magis dilectum, cùm expressim fuerit vocatus, quàm heredes prioris fideicōmissarij, qui nullomodo ne quidem per coniecturas vocati proponantur. Tractamus siquidem cū interpretibus eū casum, quo fideicommissarij prioris heredes non fuerint, aut expressè, aut tacitè substituti, & quærimus duntaxat an transmissionis iure admittendi sint. Quamquam etsi nihil de posteriore fideicommissario tractādum esset, sed tantùm de facienda inter prioris & posterioris fideicommissarij heredes comparatione, hanc tamen coniecturam illa etiā explodere deberet, quòd si bona esset, ęquè substitutos dicere oporteret heredes prioris fideicōmissarij, atque heredes posterioris, cùm fuerint isti substituti, quāuis personæ minùs dilectæ successerint. Quod si admittas, quid aliud inferendū superest, nisi vt nihil iam interfuturum sit, hoc casu an sub conditione fideicommissum alicui, aut eius heredibus relictum fuerit, an ipsi duntaxat, nullā penitus heredum facta mētione? Nec minùs ea leuis alia

coniectura est, si futurum esset vt extraneus aliquis anteponeretur descendẽtibus testatoris, nisi fideicommissum trãsmissibile intelligeretur, licèt plures autores habere videatur, soleátque confirmari ex eo quod à Iustiniano disertis verbis expressum est in *l. cùm acutissimi* 30. *C. de fideic.* non esse verisimile testatorem suæ posteritati alienam sobolem anteponere voluisse. Nam, vt nonnulli ante nos iam obseruarunt, huic coniecturæ locus est cùm id agitur vt faueatur liberis grauati descendentibus à testatore contra substitutum, quisquis ille sit, siue suus, siue extraneus, sed in portione patris duntaxat, non etiam vt faueatur liberis fideicommissarij cõditionalis ante cõditionem impletam defuncti & in portione alterius quàm patris contra substitutum, siue patruus ille sit, vt in specie *l. cùm auus* 102. *De condic. & demonstr. siue extraneus, vt in d. l. cùm acutissimi.* Sic enim & bene, si quid vnquam bene Francisc. Rip. in *l. heredes mei. §. cùm ita. nũ. 66. vers. præterea. D. ad SC. Trebell.* In eóq; duplex interpretum vulgarium error est, quoties eo Papiniani responso quod extat in *d. l. cùm auus* miserè abutuntur. Primus idem qui fuit Triboniani in *d. l. cùm accutissimi*, quòd existimant Papinianum ea ratione motum fuisse vt pro liberis grauati contra fideicommissarium responderet, quia non sit credendus quisquam alienas successiones propriis anteponere, cùm tamen in specie Papiniani nepos patruo eidémque testatoris filio primi gradus hereditatem restituere rogatus proponeretur, non extraneo. Alter, quòd putant coniecturam pietatis, qua sola moueri se Papinianus profitetur, explicandam esse ex adfectione testatoris erga liberos grauati qui erant ex descendẽtibus, cùm è contrario vim suam desumat ex eiusdem testatoris animo & affectu erga grauatum ipsum, qué siue sit filius, siue nepos, & siue filio alteri testatoris, siue extraneo restituere rogatus, credibile est adeò dilectum fuisse, vt in ea saltem portione, in qua fuit institutus, noluerit testator grauatum eũ esse in eum casum quo liberos habeat, ne possit eam ipsis, si malit, relinquere siuè ex testamento, siue ab intestato, vt in præcedentibus Decadibus à nobis explicatum est. Sed quod ad propositum nostrum attinet, multo grauior in eo error est, quòd volunt isti conditionem illam tacitam, quæ inest fideicommisso simpliciter iniuncto vni ex descendentibus, *si sine liberis decesserit*, inuitare ipsius liberos ad fideicommissum, iure noui fideicommissi ab ipso etiam patre præstandi, qui tamen etiamsi in expressa conditione positi essent, videri non deberent inuitati ad fideicommisum aliquod inuito patre consequẽdum, quin potiùs patri prodesse, ne is fideicommisso à se alioquin præstando teneretur, vt suo loco probauimus. Quòd si tum quoque cùm liberi positi sunt in expressa conditione fideicommissi, nullomodò sunt vocati, ne quidẽ ad patris sui portionem, quanto minùs dici potest transmitti in eos ius fideicommissi conditionalis, quod non ipsis, sed ipsorum patri relictum fuerat, & cuius verbis non solùm in dispositione non sint illi positi, sed nec in conditione? Est sanè multo facilius vt de iis cogitasse testator videri debeat in fideicommisso quod ab ipsorum patre reliquit, quàm in eo quod ipsorum patri, quia prioris cõiecturæ effectus non alius est quàm vt fideicommissum à patre præstandum eludat, possintque ipsi post patrem ad ipsius portionem admitti eodem planè iure quo si fideicommisso nullo grauatus pater fuisset. Posterioris verò effectus ille esset vt & voluntatem testatoris & rationem iuris violaret admissis ad fideicommissum conditionale iis de quibus nihil in fideicommisso dictum fuisset. Hoc enim est, transmissibile fieri fideicõmissum. Den i-

ſum. Denique transmiſsio fideicommiſsum extendit, & quodammodo perpetuat, ſubintellecta extrinſecus perſona, quã ſolet dici numquam eſse ſubintelligẽdam, *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus in fin. D. de verb. oblig.* Cõditio autem illa, *ſi ſine liberis*, ſiuè exprimatur, ſiuè ſubintelligatur, fideicõmiſſum duntaxat reſtringit. Illud verò multo difficilius eſt, quia odioſius, hoc verò facilius, quia fauorabilius, cùm fideicommiſsum ſit onus. Tertia cõiectura leuior ea eſt, ſi teſtator aliis perſonis in eodem parive gradu conſtitutis in quo ſit filius, aliúſve quilibet heres fideicõmiſsarij, ipſis proſpexerit. Ex eo namque potiùs inferri oporteret, tanto igitur minùs dilectum hunc fuiſse cui non proſpexit, cùm præter hũc defectum volũtatis nihil prohibuerit quominùs etiam huic proſpexerit, cui æquè proſpicere poterat ſi voluiſset, *l. vnic. §. vbi autem. verſic. ſin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend.* Nec quod mutua ſubſtitutio interdum per errorẽ omiſsa colligitur ex alia parte teſtamenti, ex qua eædem perſonæ fuerint inuicem ſubſtitutæ, vt in ſpecie *l. cùm proponebatur 64. de legat. 2* facere poteſt vt ſimiliter videri debeat teſtator de vnius fideicommiſsarij herede cogitaſse ob id ſolùm quod de alterius ſenſerit & ſcripſerit. Eſset namque illa extenſio de perſona in perſonam, quæ multo improbabilior & abſurdior eſt quàm de caſu ad caſum, *dict. §. Chryſogonus. l. ſi quis ita 16. §. ſi quis cùm ignoraret D. de teſtam. tutel.* nec noſtri ipſi diffitentur ad *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm. de liber. & poſthum.* Sed & admiſſa eiuſmodi extenſione dicendum eſset fideicommiſsarium eſse hunc heredem nõ tranſmiſsarium, quandoquidem illi ex quorum perſonis hæc coniectura ſumitur, non tranſmiſsarij ſunt, ſed fideicommiſsarij. Alioquin dum id agunt interpretes, vt faciant iſtos æquales, faciunt euidenter inæquales. Sequentes verò duæ coniecturæ, quas præpotentes ſolent illi appellare, ſi teſtator agnationi ſuæ prouidere voluerit, aut ſi bona ſua prohibuerit alienari, adiecta ea ratione, quòd vellet ea conſeruari in familia & ad deſcendentes in infinitum peruenire, ſicut expreſsam inſtámque teſtatoris voluntatem præ ſe ferunt, ita dignæ ſunt quæ alio quàm coniecturarum nomine appellẽtur, cùm ſufficiat ad inducendum fideicommiſsum in eorum gratiam qui ſunt ex familia, & agnatione, perinde acſi diſertis verbis fideicommiſſum agnationi & familiæ relictum eſſet, vt in *d. l. omnia 32. alsàs l. cùm ita. §. in fideicommiſſo de legat. 2. l. vlt. C. de verb. ſignific.* ſoláque illa quæſtio ſupereſt quæ tractatur in *d. §. in fideicommiſſo*, & de qua ſeparatim aliquando diſſeremus, quis ex agnatis præferri debeat, aut tanquam prior nominatus, aut tanquam proximior agnatus. Et hoc quidem expeditum eſt, vt & Mantica fatetur, ſi teſtator expreſſerit vt fideicommiſſum ad deſcendẽtes in infinitum perueniat. Quibus enim verbis apertius fideicommiſſum relinqui omnibus potuit? Sed quod aiunt interpretes, & nos probauimus, de teſtatore qui agnationi prouidere voluit, non ita ſimpliciter & indiſtinctè, vt iidem putant, accipiendum arbitramur. Volunt enim illi ſufficere vt teſtator de maſculis deſcẽdentibus locutus ſit, vt præſumatur reſpexiſſe ad fauorem agnationis, & fideicommiſſum traſmiſſibile feciſſe: quod ego ferre non poſſum. Nam nihil prohibet teſtatori dilectiores fuiſſe maſculos, adeóque ob hoc ipſum, quòd per eos non per fœminas familia conſeruetur ac perpetuetur, nec eo magis tamen maſculos ad fideicommiſſum inuitatos videri, aut trãſmiſſarios fieri, ſcilicet ſi teſtator nec eos ſubſtituerit, nec de fideicõmiſſo quod alij reliquerat in eos tranſmittendo quicquam præceperit. De quo etiam in præcedentibus diſputauimus, cùm pro-

bauimus liberos in conditione fideicommissi positos etiam adiecta qualitate masculinitatis, vt loquuntur, non idcirco censeri substitutos. Quod si censerentur substituti, quæ receptior Doctorum opinio esse creditur, frustrà est quod iidem volunt, esse etiam transmissarios, quia transmissarij esse non possunt, nec eo iure indigent, qui ex propria persona vocantur ad fideicommissum. Tantum abest vt ad commentitium hoc ius transmissionis inducẽdum permitti debeat, certissimam perpetuámque, si qua vlla perpetua est, iuris regulam violare. Igitur agnationi prouidere tunc voluisse testator dicendus est, cùm iussit fundum in familia & agnatione remanere, qui casus differt ab illo quo prohibita est fundi alienatio, vt in familia remanere possit, quia prius fideicommissum purum est, posterius verò cõditionale, si contra prohibitionem testatoris alienatio fiat, vt suo etiam loco diximus. His coniecturis, eo, quem volumus modo, acceptis, illa similis est quam primo loco posuimus, si testator ad fideicommissum vocauerit non modò substitutum sed etiam ipsius heredes. Nam si ita intelligunt vt in ipso fideicommisso facta sit mentio heredum, quænam obsecro coniectura hæc est quæ tam apertis & indubitatis verbis exprimatur? Et verò ne absurdum hoc eueniat, cogitur Mantica fateri sic accipiendam esse Baldi sententiam, qui primus hanc coniecturã induxit, vt heredum mentio facta sit, non in scriptura ipsa clausulaque fideicommissi, sed in qua alia parte testamẽti. Quasi verò ea sola res facere possit, vt qui fideicommissum præstare iussus est certæ personæ, nec nisi in casum euenientis conditionis, idem etiam heredibus fideicommissarij prædefuncti præstare illud ipsum teneatur: quod tamen, quoniam nec iuris, nec voluntatis colore vllo probabili defenditur, concludit tandem Mantica iudicis arbitrio relinquendum esse. Qui hodie vsitatissimus & facillimus apud imperitos interpretes & iudices modus est difficillimus, & controuersas quasque iuris quæstiones expediẽdi, cùm arbitrio iudicantium relinquitur, quod quale sit, sola iuris ignoratione nascitur. An non verò iam satis deplorandum erat his nostris tẽporibus testamenta, quòd plerumque fiant, nullo adhibito, vt olim, Iureconsulto, fieri ex barbarorum & rudium notariorum potiùs quàm ex testatorum arbitrio, nisi etiam illud adderetur, vt defuncti hominis verba tuẽdæ voluntatis incognitæ prætextu, cuiuslibet iudicis quantumlibet insulsi arbitrio suppleri possent, aut potiùs euerti? Multùm verò ad hanc rem iuuit, quod solent nostri passim iactare, Pro scripto & expresso habendum esse id omne, quod verisimile est responsurum fuisse testatorem, si de eo fuisset interrogatus, ex *l. Titius 25. §. Lucius. de lib. & posth. l. vlt. C. de post. hered. instit. l. 3. C. de inoff. testam. l. quoniam 4. C. de natur. liber. l. qui gratis 11. D. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2. l. mulier 22. D. ad SC. Trebell. l. tale pactum 40. §. vlt. vbi glos. D. de pact.* Inde namque passim videas consulentes & pragmaticos nostros inferre, omnia quæ in defunctorum voluntatibus interpretandis quantumlibet temerè ineptéque diuinant, pro expressis habenda esse, quia, inquiunt, si de eo interrogatus testator fuisset, ita respondisset. Hoc ipsum verò, quod fuerit defunctus ita responsurus, quod vnum maximè probandum esset, ideò pro bene probato haberi volunt, quod probare nullomodo possunt. Itaque vt initio præfatus sum, est hæc coniectura omnium periculosissima & reipublicæ perniciosissima, quæ si à scholis & tribunalibus explosa esset extra eos casus qui in libris nostris tractantur, & alios non vsque adeò dissimiles, quin eadem maiórve voluntatis ratio iis accommodari

moderari possit, vix vlla litium materia, quæ hodiè tam multæ sunt circa vltimas voluntates, superesset. Fateor plerumque fieri vt pars vna testamenti per aliam declaretur *l. qui filiabus 17. de legat. 1. l. quæsitum 12. §. antepen. de instruct. vel instrum. legat.* & vt eleganter scriptum est in *dict. l. quoniam 4. C. de natur. liber.* desideria morientium ex arbitrio viuentium æstimanda esse. Sed nego in arbitrio cuiusque siue priuati, siue iudicis positum id esse oportere: alioqui non tantùm iura omnia, sed etiam testamenta subuertentur, hactenus saltem vt nihil certi & explorati de hominis mortui volũtate adstimari possit, si cuique liceat de illa, quicquid velit adfirmare. Suntque ista longè differentia. Æstimari voluntates morientium, eorũmque desic etia ex arbitrio viuentium, & æstimari ex arbitrio cuiusque viuentis. Prior propositio vera est, nihilq; habet incommodi, quia vix est, vt obscurum esse possit id in quo viuẽtiũ omniũ, qui aliquo iudicio præditi sunt arbitrium cõsentiat. Posterior autem falsa est, & iis indigna qui ius nostrum tractant, à cuius dignitate & vtilitate nihil alienius est, quàm vt quod reuera certum & finitum est, incertum & infinitum esse existimetur. *l. 2. D. de iur. & fact. ignor. d. l. ordine 15. D. ad municip.* Quàm verò ex his brocardicis facta sint perplexa & incerta omnia inter nostros, quoties de vltima defuncti voluntate disputant, cùm ex innumeris consiliorum voluminibus constat, quorum mole non ipsa tantùm iurisprudentia nostra, sed etiam respublica miserè obruitur, tum vel ex iis maximè quæ in hanc rem diligenter & methodicè congerit illustriss. D. Mantic. lib. 3. tit. 19. Et sanè quis non miretur tam multas ab iis excogitatas cumulatásque coniecturas, ex quibus fideicommissum conditionale transmitti debeat in heredem, cùm in tot iuris nostri locis, qui sunt de fideicõmissis conditionalibus, nullibi transmissionis mentio fiat, cuius quippe non solùm ius, sed etiam nomen hoc casu incognitum fuerit adeò vt nec vnquam dubitauerint prudentes, An aliquo casu aut ex aliqua causa fideicommissum conditionale ad heredem fideicomissarij trãsmitteretur. Aut igitur imprudẽtes sunt, aut prudentibus ipsis prudẽtiores nostri, qui non solùm dubitationes istas nouas induxerunt, sed nouam illam opinionem, quæ facit vt plures hodiè casus sint in quibus fideicommissum conditionale transmittatur, si interpretibus credimus, quàm quibus nõ transmittatur. Illud miror cur nõ iidem induxerint, vt fideicommissum quod in persona fideicommissarij fuit conditionale, trãsmittatur ad heredes purũ, præsertim si conditio non tam legato quàm personæ iniecta proponatur, vt in specie *l. si ita expressum 69. De condic. & demonstr* fideicommisso ita relicto alicui, *si voluerit.* Hoc enim casu necesse est vt vel fideicommissum transmittatur purum & sine conditione vel nullomodo transmittatur. Nam vt conditio mera personalis quæ fuerat iniuncta personæ fideicommissarij transeat in heredem ipsius, non magis dici potest, quàm vt heredis persona sit in diuiduo persona ipsissima defuncti, aut quod idem est, vt voluntas defuncti sit voluntas heredis, quod disertè negat *d. l. si ita expressum. l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius. de ver. oblig.* Et tamen quis vnquam admittere possit, fideicommissum, quod fuerit conditionale in persona fideicõmissarij, transire purum in heredem? atque ita plus iuris habere heredem transmissionis iure & ex persona defuncti quàm defunctus ipse habuerit? Annon id manifestam implicaret contradictionem? Sed & si eam sententiam admitteremus vt fideicommissum conditionale ad heredem fideicommissarij cum sua conditione transmitteretur, eodem errore fatendum esset præmortuo e-

tiam herede antequàm conditio impleretur, in ipsius quoque heredem transmissum iri ius idem fideicommissi conditionalis, atque ita per multorũ personas ambulaturum non modò ius fideicommissi quod certæ personæ relictum fuit, sed etiam, quod difficilius est, ius conditionis implendæ, quod personalissimum esse constat, nec ad heredem etiam primum transire, nedũ ad heredem heredis *l. ab omnibus* 104. §. 1. *De legat.* 1. *l. à testatore* 109. *De condic. & demonstr.* quia impleri debet in forma, vt loquuntur, specifica *l. qui heredi* 44. *l. Mæuius* 55. *eod.* quod fieri non potest mutata persona eius cui conditio fuerat adscripta. Eadem enim subesset ratio transmittendi in heredes omnes in infinitum vtriusque iuris, & fideicommissi, & conditionis implendæ, quandoquidem heres heredis in gradu quantumcumque remoto dicitur heres testatoris *l. vlt. C. de hered. instit. l. paterfamilias* 46. *De vulg. & pupill. substit.* Nec tamen negari potest quin si primi quoque heredis persona est incerta, quoniã quis ille futurus sit, à testatore ignoratur, *l. sciendum* 70. *De verb. signif.* ob idq; nec dicitur venire ex iudicio testatoris, sed fortuitò *l. qui liberis* 8. §. 1. *l. sed si plures* 10. *in princip. De vulg. & pupill. subst.* multo incertior videri debeat persona illius qui secundus aut tertius fideicommissarij heres est. Quæ alia & noua ratio est propter quam defendimus fideicommissum conditionale nullomodo nulloque casu ad heredem posse transmitti. Cur enim, aut quomodo transmitteretur etiam ex testatoris voluntate in eum, cui nec si voluisset testator expressim quicquam relinquere aut legati aut fideicommissi iure potuisset? Illa siquidem & veteris iuris regula est & noui, Incertis personis relinqui nihil posse, nisi relinquatur incertæ personæ ex certis §. *incertis. Instit. de legat. & apud Vlp. tit.* 24. *De legat.* §. *incertæ, & apud Paulum lib.* 3. *sentent. tit.* 6. §. *legatum. l.* 4. *&* 5. *l. si quis* 14. *D. de reb. dub. l. quis plures* 18. *D. de vsufr. legat.* excepto eo si quid pauperibus fuerit relictum, *l. id quod pauperibus* 24. *C. de episc. & cleric.* quasi pauperes sint ad instar collegij quod certæ personæ vicem repræsentat, vt ad eum locum Baldus notat. Et ratio huius regulæ est, vt alibi monuimus, quia certum esse debet iudicium & consilium testantis tanquam qui dicatur legem facere cùm testatur, *l. qui in testamento* 14. *D. qui testam. facer. poss. iunct. l. verbis legis* 120. *in verb. legassit. D. de verb. signific.* certum verò iudicium & consilium esse non potest quod in personam incertam cõfertur: adeò vt dubitatum sit an conditionis quoque implendæ gratia possit quid conferri in personam incertam, *l.* 3. §. *Paulus respondit. D. de reb. dub.* vbi tamẽ ex Paulo traditur non minùs incertis, quàm certis personis dari debere vt fideicommissi petitio posit competere, nempe quia quod implendæ conditionis causa capitur, non capitur ex iudicio testatoris, quomodo legatũ *l. si quis sub conditione* 8. *D. si quis omiss. causs. testam.* neq; iure testamenti, *l. Mæuius* 55. *in fin. De condic. & demonstr.* sed mortis causa tantùm, & ex voluntate potiùs eius qui dat, *l. qui pretio* 8. *D. de mort. caus. donat. & capion. extra casum l. pro herede* 20. §. *Papinianus. D. de acquir. hered.* Et quod dicitur in *l. omnibus* 9. *De mort. caus. donat.* omnibus mortis causa capere permitti, qui legata videlicet capere possunt; non ita generaliter accipi debet è contrario vt incertę personæ possint legata capere ideò quia & mortis causa capere possunt, aut vt prohibeantur mortis causa capere ob id solùm quòd iis legari nõ potest (vtrũq; n. falsum est) sed ita scriptum fuit, ad exclusionẽ eorum duntaxat qui ex testamento capere prohibentur, cuiusmodi erant olim cœlibes apud Vlp. *tit. De cœlib. orb. & solit. damnatis in metallum l.* 3. *D. de his quæ pro non scripc.*

deportati

deportati l. 1. *C. de hered. instit.* hodie verò etiam apostatæ *l.* 3. *C. de apost. collegia illicita l. collegium* 8. *c. de hered. instit. heretici l.* 4. *C. de haeret.* liberi eius qui læsæ maiestatis crimine condemnatus sit, *l. quisquis* 5. *C. ad leg. Iul. maiest.* nati ex incestuoso concubitu *Nouell.* 89. *quib. mod. natur. effic. sui. §. vlt.* nimirū si quid iis relinquatur vltra causam & necessitatem alimentorum, *cap. cùm haberet. Extr. de eo qui dux. in matrim. quam poll. per adult.* At incertæ personæ in istorū numero non sunt quia quod iis legari, aliterve relinqui nihil potest, non ob eorum personam fit quod capere prohibeātur, sed ex parte testatoris, cuius, vt diximus, certum iudicium esse debet: ideóque si quod iis relictū est, solutum fuerit, repeti non potest. Id enim sacris constitutionibus cautum fuisse refert Iustin. in *dict. §. incertis. in fin.* quia scilicet capaces sunt acquisitionis, quod in incapacibus diuersum est, quibus non magis acquiri potest quod implendæ conditionis causa datur, quàm si legati vel fideicommissi iure iis relictum esset *d. l. Meuius.* Ob idque nec dubito, quin quod iis datum est, repeti possit, si eum qui dedit, pœniteat, nec iam velit consequi quod sibi relictum fuerat sub ea dandi cōditione. Repeti, inquam, non per condictionem cùm dominium nummorum qui dati fuerunt nō transierit in accipientem, sed per vindicationem nisi fuerint consumpti nummi, vt in *l. interdum* 29. *D. de cond. indeb.* Planè quisquis id quod sibi relictum est vult consequi, cogitur implere cōditionem, siue incertæ personæ, siue incapaci dare debeat, in eóque causæ istæ similes sunt, quia cōditionibus omnibus commune illud est, vt & actū suspendant, & impleri debeant in forma specifica *d. l. Meuius.* & *l. qui heredi* 44. *eod. tit.* Sed hoc obiter dictum sit, ne quis fortè contra nos defenderet *ex d. l. omnibus,* posse incertis quoq; personis legari ob id quod in eorum personam conditio dandi conferri possit. Cùm ergo certissimum sit neque legatum, neque fideicommissum incertæ personæ relinqui posse, cur volumus fideicommissum quod personæ certę relictum fuit sub conditione, cui nec acquisitum nec debitum vnquam fuerit, transmitti posse in personā heredis ipsius incertam, cui neq; ab initio relinqui vtiliter potuisset? Plusne poterit commentitium hoc ius transmissionis, quàm legatum vel fideicommissum expressa voluntate subnixum? Aut si ad violandas iuris regulas omnes, nihil aliud exigimus, nisi vt de voluntate testatoris etiam tacita qualitercúque constet, quidni eadem audacia dicimus posse testatorem facere vt hereditas etiam non adita in heredis scripti heredem transmittatur? Quo admisso quid superesset nisi vt ex libris nostris deleamus sententiam Pomponij in *d. l. nemo potest* 55. *de legat.* 1. & quotquot alij iuris loci sunt ad hanc rem pertinentes, atque in contrarium cōcludamus, quod tamen hucusque qui ausus sit dicere, nemo tam impudens aut imperitus fuit, testatori cuilibet licere testamento suo cauere ne leges in eo testamento locum habeant, adeóque ad subuertendam legum omnium potestatē sufficere posse quodcumq; indiciū tacitæ voluntatis?

ERROR QVINTVS.

De transmissione fideicommissi conditionalis vniti cum iure adcrescendi.

EST etiam hæc vna ex iis coniecturis, quarum potestate volunt interpretes fideicommissum conditionale in heredem transmitti posse, sed digna quæ separatum habeat tractatum. Si fideicommissum conditionale, inquiunt, vnitum sit cum iure adcrescendi. Exemplum adferunt, Si filij erant instituti & inuicem substituti sub conditione, si sine liberis decederent. Hic enim substitutio fideicommissaria fuit coniuncta cum iure adcrescendi, & ideò quemad-

modum qui liberos, eosdémque heredes reliquit prædefuncto, ius adcrescendi quod in coheredis portione habere poterat, si superuixisset, ad heredes ipsius transmittitur, *l. si ex pluribus 9. D. de suis & legit. l. qui ex duabus 53. in princip. &* §. 1. D. *de acquir. hered. l. vnic. C. quand. non petent. part. petent. adcresc.* ita & fideicommissum, quamuis conditionale, quod cum eo adcrescendi iure vnitum fuit, ad eosdem heredes transmitti necesse est, si fortè frater superstes post fratris præmortui mortem sine liberis moriatur. Huius verò sententiæ argumentum vnicum quidem, sed vt putant fortissimum, & vt Baldus loquitur, mirabile desumunt ex *l. qui patri 59. D. de acquir. hered.* quasi in eius legis specie substitutio pupillaris, quæ sui natura non magis est transmissibilis ad heredes, quàm conditionale fideicommissum, *l. qui liberis* 8. §. 1. *l. sed etsi 10. in princip. l. penult. De vulg. & pupill. substit.* fiat tamen transmissibilis ob id quod vnita esset cum iure adcrescendi. Proponebatur enim idem à patre, & in ipsius hereditate patris institutus, & filio impuberi exheredato substitutus. Hunc verò Neratius ait, si patris hereditatem adierit, non posse pupillarem pretermittere, idque sic accipiendum etiamsi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit. Nam is qui patri heres extiterit, erit pupillo quoque heres necessariò (sic enim lego adiecta dictione *erit*, & ex posterioribus liberis præcedentis dictionis *extiterit* repetita. Nam si ipsum inuitum pupillaris hereditas, vt eam cùm viuit, repudiare non possit, consequens est vt paternæ hereditati coniungatur, & adcrescendi iure cuicunque patris heredi acquiratur. Vsque adeò autem hęc sententia, quæ tam fideicommissi cōditionalis, quàm pupillaris substitutionis transmissionem inducit, interpretibus nostris placet, vt si quando cōtingat, substitutionem quę ab initio pupillaris fuerat, conuersam esse in fideicommissariam, vt in specie *l. quærebatur 19. r D. de testam. milit. l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell.* itémque secundùm interpretes in specie *l. precibus* 8. *C. de impu. & aliis subst.* noua hæc fideicōmissaria assumat secūdùm eos naturam pupillaris substitutionis quæ vnita fuerat cum iure adcrescendi, fiatque transmissibilis. Sic enim *Socin. sen. cons. 6. n. 14. vol. 3. & ad l. heredes mei. §. cùm ita. nu. 13. D. ad SC. Treb.* cuius opinionem licèt à nonnullis improbatā magis tamen communiter receptam esse refert, fatetúrq; Mantica *d. lib. 11. tit. 20. nu. 12. &* 13. Quod sanè mirarer ego, nec facilè crederé, si non iampridem exploratum apud me esset id passim vsuuenire interpretib⁹ nostris, vt quo alienior à iure aliqua opinio est, eo sit illa receptior. In proposito autem tractatu accidisse ostendemus facilè, si iuris rationi locus aliquis relictus videri potest. Nam vt hinc exordiamur, tum quoque cùm fideicommissum conditionale vnitum est hereditati, adeóque iam acquisitæ, quā proinde in heredem heredis transmitti necesse est: certum tamen est non eo magis transmitti posse cōditionale fideicommissum, ne quidem singulare, puta si testator qui ab herede certas res legauerat Titio, eúdem Titium subinde rogasset vt si sine liberis moreretur, easdem res eidem heredi restitueret: mortuo enim ante Titium herede, nihil ad heredis heredem trāsmittetur. Textus est in *l. in causæ 16. §. Pomponius. de minor.* Quid autem potest facere ius adcrescendi plus quàm acquisitio hereditatis? An fortè magis transmissibile est ius adcrescendi, quàm hereditas iam acquisita? Deinde aut quid fideicommissum, quidve ius adcrescendi sit, non intelligo, aut fieri nullo casu potest vt fideicommissum siue purum, siue conditionale cum adcrescendi iure vniatur. Siquidem fideicommissum, siue vniuersale sit, siue singulare, nec

aliter

aliter nec priùs valere potest quàm adita sit hereditas, ideóque contra ipsas etiam regulas iuris induci necesse fuit, vt heredem, qui de fideicommissaria hereditate restituẽda rogatus esset, nolẽte adire damnosam fortasse aut quoquomodo suspectam hereditatem, cogere posset fide commissarius per prætorem & ex senatusconsulto Pegasiano vt adiret *l.4.& pass. D.ad SC.Trebell. iunct. l.nec emere 16.C.de iur.delib.l.ea quam 14.C.de fideic.l.si nemo 9.D.de testam.tutel.* Nec rursum sufficit aditam esse hereditatem, vt debeatur fideicommissum quod ab alio quàm ab herede relictum est, nisi etiam illud concurrat, vt qui grauatus est fideicommisso, & honoratus fuerit, & quod sibi relictum fuit, perceperit *l.ab eo 9.C.de fideic.l.fideicommissum 78.l.filiusfamilias 114 §.apud Marcellum.de legat.1.l.1.§.si is qui quadringenta D.ad SC.Trebell.* Atqui ius adcrescendi numquam in portionibus agnitis locum habet *l.vnic. §.his ita definitis C. de caduc.tollend. solo excepto vsufructu, l.1.§. interdum,* vbi ratio diuersa est, is eáque pe[illegible] legans redditur, *D.de vsufr.adcresc.* Ergo fieri nequit vt ius adcrescendi vnitum sit cum iure fideicommissi in eadem portione fratris suppe[illegible] s, qui & posterior, & sine liberis decesserit. Nam si is portionem suam agnouit, ex ea de ius adcresce[illegible] di in ea nullum esse potuit: si non agnouit, fideicommissum ex [illegible] repudiatæ portionis euanuit, vt verè dici possit generationem alterutrius corruptionem esse alterius. Ita fit vt quamuis frater qui prior decessit transmissurus fuerit ius adcrescendi ad heredes, si decessisset ante agnitam à fratre portionem hereditariam, eámque posteà frater repudiasset, non tamen inde possis inferre ius quoque fideicommissi eum transmisisse. Sed contrà potiùs, hoc ipso quòd ius adcrescendi transmisit, non transmisisse ius fideicommissi, cùm fideicommisso locus nullus esse potuerit, nisi in eum casum quo ius adcrescendi desineret locum habere posse. Ex hoc enim rectissimè ac necessariò infertur vnius transmissione alterius transmissionem impediri, & vtrumque ius simul transmitti numquam. In eoque differentia peruidenda est fideicommissi & pupillaris substitutionis, cuius comparatione in hanc rem nostri abutuntur, quia pupillaris substitutio non eo minùs locum habere potest, quod pupillus, cui facta est, decesserit ante aditam portionem suam, ex qua fuerit institutus. Et idcirco nihil impedit quominùs coheres pupilli, eidémque substitutus, si ante agnitam à pupillo hereditatem decesserit, cùm ipse iam portionem suam agnouisset, transmittat in heredem & ius adcrescendi & pupillarem substitutionem. Nihil enim aliud requirit pupillaris substitutio, nisi vt patris hereditas adita sit ex aliqua vel minima parte ad hoc vt paternum testamentum tanquam principale confirmetur. *l. Papinianus 8.§.sed nec impuberis.in fin. D.de inoff.testam.l.ita tamen 27.§. qui suspectam & §. à patre in fin. D.ad SC.Trebell.iunct.l.2.§.1.l.sed si plures 10.§. si ex asse.de vulg.& pupill.subst.* Sed tamẽ pupillari quoq; substitutione facta tractari de iure adcrescendi non aliter potest, quàm si duo pluresve heredes instituti proponantur, quorum alterutrius portio deficiat, & coheredi adcrescat, vt in ea specie quam interpretes proponunt. Quæ tamẽ species multum distat ab ea quam Neratius tractat in *d. l.qui patri,* vbi solus proponebatur institutus ille qui idem filio impuberi fuerat substitutus. Etsi non nego idem responsurum fuisse Neratium, si institutus coheredem aliquem, siue pupillũ ipsum, siue alium habuisset. Eadem enim ratio locum habuisset omni casu, quòd quisquis patri heres exstitit, si idem filio impuberi substitutus sit prætermittere impuberis hereditatem nullomodo possit, siue patri fuerit ab initio

heres necessarius, siue voluntarius. Nam & qui volũtarius fuit antequã hereditatẽ adiret, per aditionem fit necessarius, cùm ex eo tẽpore hereditatẽ repudiare ampliùs non possit, *l. 4. C. de repud. vel abstin. hered. l. 1. §. 1. decretalis D. de success. edict.* Quisquis autẽ patri necessarius heres est, siue ab initio, siue ex postfacto eundem filio quoque impuberi, cui substitutus fuerit, necessariũ heredem esse necesse est quodam velut adcrescendi iure, scilicet adcrescente pupillari hereditate paternæ hereditati, acsi vna tantùm esset patris & filij hereditas, & pupillaris nihil nisi portio quædam esset paternæ. Etsi enim non quemadmodum prudentibus placuit patris & filij vnum esse testamentum *l. paterfamilias 28. D. de reb. autor. iudic. possidend.* aut saltem duo illa patris & filij testamenta vnius loco haberi tam prætorio quàm ciuili iure, *l. patris & filij 20. De vulg. & pupill. substit.* ita & illud dici potuit, patris & filij vnam dũtaxat hereditatem esse, cùm re vera duæ sint hereditates diuersis temporibus deferendæ diuersarũ personarũ diuersis tẽporibus morientium, *§. igitur. Inst. de pupill. substit.* Possunt tamen duæ illæ hereditates etiam vnius loco censeri, quod ad hoc vt qui paternam adquisijt, non magis pupillarem posteà repudiare possit, quàm si de vacua vel deficiente aliqua pupillaris hereditatis parte repudianda tractaretur, cùm vtraq; non tantùm ex vno eodẽmq; testamẽto deferatur, sed etiam quod certius, & ad rem nostram aptius est, ex vno eodẽmque eiusdem testatoris iudicio. Nam & illi ipsi qui duo testamenta esse dicerent, quam sententiam plerique ex ipsis etiam prudentibus secuti videntur, præsertim Vlp. in *l. 1. §. 1. D. si cui plus quàm per leg. falcid.* nõ tamen negarent vnum & idem iudicium esse, scilicet patris. Quomodo enim posset iudicium esse filij impuberis, etiam quantum ad pupillarem hereditatem, cùm impubes iudicium prorsus nullum habere intelligatur? *l. pupillus 9. D. de acquir. hered.* Indéque nimirum est, quod de inofficoso filij impuberis testamẽto mater quantumuis immerenter exheredata, aut etiam, quod effectu idem est, præterita, dicere non potest, vt ex Papiniano subtiliter scribit Vlpianus in *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis. D. de inoff. testam.* quia, inquit, pater hoc ei fecit, id est, quia licèt filij testamentum sit, non patris: tamen patris, non filij iudicium est: Sicut è contrario, si pater qui fratrem habebat filio suo impuberi turpem personam substituisset, non posset frater contra fratris iudicium proponere querelã inofficiosi testamenti, vt ibidẽ subiungit Vlp. quia quáuis sit iudicium patris, tamen filij testamentum est. Quisquis autem agit querela inofficiosi, conqueritur de testatoris iudicio, quasi fuerit ille insanus & furiosus potiùs quàm iudicij compos: atque ita ipsius testamentum euertit *l. 2. 3. & 4. D. eod. tit. De inoff. testam.* ac proinde vt querelę locus esse possit, necesse est vtrumque cõcurrere, id est, & iudicium & testamentum eius esse, cuius & iudicium & testamentum actori liceat impugnare. Hoc autem probato, quòd patris filijq; testamentum, nonnisi vnum idémque sit patris iudicium, succedit certissima iuris regula quæ non patitur induci vnquam diuisionem iudicij & voluntatis, *l. eum qui 18. §. vlt. D. de his quæ vt indign. l. legatarius 38. de legat. 1. l. nam absurdum 7. D. de bon. libert.* Ergo qui iudicium patris agnouit in eo quod ipsius hereditatem adiit, non poterit idem iudicium improbare repudiando pupillarem, quoniam ita faceret vt idem eiusdem hominis iudiciũ partim confirmaretur, partim euerteretur, aut saltem destitueretur, quod ęquè absurdum esset. Quid enim refert an pupillare testamentum euertatur, an destituatur? Hoc ipso igitur quòd patris hereditatem adit ille qui filio impuberi

puberi etiam substitutus est, se exinde obligat, vt quandocunque morituri postea impuberis hereditatem agnoscere compellatur, siue interim & ante pupillum decedat ipse, siue superuiuat. Et quemadmodum lex cùm patris mortui testamentum confirmat, hoc ipso confirmat etiam tabulas pupillares, nõ vt ex iis iam tum deferat pupilli hereditatem, quæ adhuc viuente illo nulla est, sed vt defuncto quandocumq; pupillo nulla pupillaris substitutionis cõfirmatione noua opus futurum sit ad ipsius hereditatem substituto deferendam; & è contrario non confirmato tunc per legem patris testamento, pupillare neque tunc neque posteà vnquam confirmari posset, vnde etiam est quòd mortuo patre, licèt viuo pupillo dies legatorum à substituto pupillari datorum statim cedit, *l. heredis 7. §. tantundem & seq. D. quand. dies legat. ced.* Ita & cùm per aditionem paternæ hereditatis testamentum patris ab homine confirmatur, quæ secunda testamenti confirmatio est, eáque omnino necessaria, ne prior illa quam lex fecerat omnino inutilis maneat, fatendum est pupillares quoque tabulas intelligi confirmatas, vsque adeò vt impubere postea defuncto nulla sit opus noua aditione, tanquam sufficiẽte priore quãuis per eam non fuerit hereditas pupillaris acquisita, sed paterna tãtùm. Nam & idẽ eueniret, si is qui adiit, fuisset institutus ex parte hereditatis paternę purè, ex alia verò parte sub conditione, aut etiam coheredi quem in alia parte habuisset vulgariter substitutus. Nemo enim diceret egere hunc noua aditione, si quando substitutionis conditio exiſtat, *l. si tu ex parte 76. l. si solus 80. in prin. & in fi. D. de acquir. hered.* multo minùs verò si in alia parte nõ fuerit substitutus, sed sub conditione institutus *d. l. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1. eod.* cùm nec euentum conditionis tanquam superuacuæ cogatur hic expectare, *l. si quis ita 33. D. de hered. instit.* Cùm igitur vna sufficiat aditio, nihil sanè est quod impediat transmissionem, quam ea sola ratio impedire posset, quòd ius adeundæ hereditatis transmitti ad heredem non possit. Proinde parũ refert, an qui à patre institutus fuisset, idemque impuberi substitutus decesserit ante pupillum, an post: & quod dici solet, substitutionem siue vulgarẽ siue pupillarem non transmitti tanquam quę in bonis nostris non sit priusquàm eius conditio extiterit, *l. toties 81. de acquir. hered. l. substitutio 42. De acquir. rer. domin.* non potest hoc casu locum habere, in quo iam antequàm conditio substitutionis existat, reperitur obligatus substitutus, ne substitutionem, si quando competat, repudiare possit. Quid enim aliud est, nõ posse repudiare, quàm esse iam factam acquisitionem? Quamquam inter vulgarem & pupillarem substitutionem etiam hac parte differentia est: Vulgaris enim quæ non fuit delata, non transmittitur, nec si vnita sit cum iure adcrescendi, *d. l. si ex pluribus 9. De suis & legit.* nempe quia non ex eo inducitur diuisio volũtatis, cùm portio deficiens, quæ substitutionis iure adquiri nondum potest, nec proinde ad heredem transmitti, sequatur adquisitam portionem, eique adcrescat iure substitutionis, & consequenter iure voluntatis. At pupillaris substitutio non potest sequi paternam hereditatem, nec ei adcrescere iure institutionis, cùm alia sit hereditas, ideóque is qui in hereditate paterna scriptus est, nihilominus in pupillari scriptus videri possit, nisi ponas in ea quoque separatim & expressim fuisse institutum, quod non fit nisi per pupillarem substitutionem. Itaque diuideretur necessariò iudicium testatoris, si is qui patri heres extitisset, pupillo etiam necessariò heres non esset. Vt autem necessariò heres sit pupillo, præsertim si ante pupillum decesserit, non aliter fieri potest, quàm si pu-

pillaris hereditas paternæ adcrescat:in eámque rem manco iure substitutionis inducendum necessariò est ius adcrescendi, quia portio adcrescit portioni velut alluuio, *l. si Titio 33. in fin. D. de vsufr.* substitutio autem omnis adquiritur personæ, non portioni; persona porrò nulla est, quæ iá mortua reperitur.

ERROR SEXTVS.

De differentia pupillaris & fideicommissariæ substitutionis cùm de transmissione agitur: itémque de differentia pupillaris substitutionis & iuris adcrescendi.

EAQVE proculdubio & sententia & ratio est dictæ *l. qui patri.* quam proinde iam intelligimus nonnisi ineptè ad fideicommissariam substitutionem extendi posse: siquidem ea neque testamentum est, neque pars testamenti, cùm testamentum non æstimetur nisi ex institutione *l. 2. §. prius autem. de vulg. & pupill. subst. l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* fideicommissum autem, siue vniuersale sit, siue singulare, neque institutio dici possit, neque pars institutionis. Qua enim ratione soleo defendere, substitutionem fideicommissariam substitutionem dicendam non esse, quia substitutio secunda institutio est, aut secundi heredis, vt apud Vlpianum & Caium in Instit. scriptum est, fideicommissarius verò institutus nullomodo est. Neque verò si testator vni ex pluribus heredibus aliquid per legatum aut fideicommissum reliquerit, prohibetur ille etiam post agnitam portionem hereditariam fideicommissum repudiare, nec quisquam dixerit inuito ei adcrescere id debere, quia sicuti ius adcrescendi non est inter eos qui ex diuerso iure succedunt, *l. sed cùm patrono 6. D. de bon. poss. l. 1. C. de testam. mil.* non magis quàm inter eos, qui ex duobus testamentis veniunt, *l. si sub conditione 16. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* ita nec inter eas portiones quæ ex diuerso iure vni eidémque personæ deferuntur, puta, quarum vna ex institutione, altera ex legato vel fideicommisso deferatur. Alioqui non posset coheres, cui per preceptionem aliquid relictum esset repudiata portione sua hereditaria, legatum petere, aut amisso legato partem hereditariam retinere, & contra quod tamen vtrumq; falsum est, *l. & quidem totù m 18. iunct. §. vlt. l. preced. de legat. 1. l. ex parte 21. D. de adim. legat. l. si Titius 96. de legat. 3.* Et sanè tantum abest vt fideicommissum possit vnquam sequi, aut concomitari ius adcrescendi, vt nec ius adcrescendi possit vnquam sequi fideicommissarium particularem, *d. l. si Titius. Extra casum l. Papinia- 43. D. ad SC. Treb.* id est, præterquàm si is qui ex parte fuerat institutus, eáq; Sempronio restituere rogatus, cópulsus adierit, vt ideò sit indignus qui ex eo testamento quicquam consequatur. Nam neque hereditas potest dici pars fideicommissi, nec fideicommissum pars hereditatis, quomodo hereditas pupillaris videri potest, vt diximus, pars quædam hereditatis paternæ. Denique si pupillaris hereditas non adcresceret paternæ, non haberet pupillus heredé ex testamento, quæ res impugnaret pupilli vtilitatem, cuius vtique interest testamentarium heredem habere potiùs quàm legitimum, *l. Iulianus 43. D. de acquir. hered.* atque ita ex duabus institutionibus, quæ vno eodémque testamento continerentur vna valeret, alia non valeret, quod tam absurdum esset, quàm si quis diceret vnum idémque testamentum partim valere posse,

partim non valere, aut ex vno eodem que testamento hereditatem pro parte acquiri, pro parte non acquiri, aut denique vnum & eundem testatorem decedere pro parte testatum, pro parte intestatum. Iam enim diximus vnum & eundem testatorem esse, videlicet patrem, qui & de sua & de pupilli hereditate eodē testamento disponit cùm & sibi & filio heredem facit. At in fideicommisso quodcumque tandem illud sit, nihil tale tractari potest, nec aliud vllū absurdum sequitur, etsi fideicommissum ad fideicommissarium non perueniat, multo minùs etiamsi ad fideicommissarij heredem non transmittatur, quia remanet eo casu penes illum qui fuit rogatus. Quid ergo necesse est vt violemus iuris regulas ad hoc vt ad fideicōmissum conditionale porrigamus ea quæ in pupillari substitutione constituta è contrario ob hoc ipsum, ne iuris communis regulæ pupillique vtilitates impugnarentur. Sed & vereor ne in eo decipiantur interpretes, qui pupillarem substitutionem fideicommisso conditionali æquipararant, quod pupillarem substitutionem conditionalem esse putant, (quò enim alioqui hæc comparatio pertineret?) cùm tamen sui natura si nullam extrinsecus conditionem testator induxerit, pura institutio sit, nō conditionalis, *l. qui liberis 8. in princip.* D. *de vulg. & pupill. subst.* Illa enim verba quæ in omni substitutione pupillari apponi necesse est, *si filius meus impubes decesserit*, licèt conditionem præ se ferre videantur, re vera tamen nullam continent, quoniam non testamenti pupillaris verba sunt, quippe quod incipit à sequentibus illis verbis, *Titius heres esto*, iisque cōcluditur, sed patris veluti præparatio quædam, ea est accingētis se ad faciendum filio testamētum, & præfantis non aliter se velle filio facere testamentum, quàm si decedat ille impubes, quia nec aliter ex legibus potest. Quare si quis me roget, cur substitutio pupillaris mortuo ante pupillum substituto non transmittatur, non illā rationem adferam, quam adferrem in quæstione concepta de fideicommisso conditionali, quòd conditionalia non transmittantur, sed quia viuentis pupilli nulla est hereditas quæ substituto deferri possit *l. 2. §. interdum. de vulg. & pupill. subst. l. ita tamen 27. §. à patre.* D. *ad SC. Trebell. iunct. l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* tantum distat vt transmitti possit ea quæ adita nō fuit, *l. vnic. §. in nouissimo, C. de caduc. tollend.* quæque, nec si extitisset conditio pupillaris substitutionis quę cōditionalis fuisset, trāsmitti tamen posset etiā præmortuo pupillo, si alius ei substitutus fuisset, quàm qui heres patri extitisset. Vt verò apertius fiat, quantopere fallantur interpretes, cùm tractant de pupillari substitutione vnita cum iure adcrescendi, finge in specie *d. l. qui patri*, Semproninm patris heredem eundémque filio impuberi substitutum, nō ex toto asse institutum fuisse, sed ex semisse duntaxat: ex alio verò semisse coheredem habuisse ipsum impuberem qui tamen scriptus fuerit sub ea cōditione, *si volet heres esse*. Hoc enim ponēdū necessariò est vt impubes qui fuit suus heres patri (alioqui pupillariter ei substituere pater non potuisset) ex necessario herede factus sit voluntarius, *l. verba hæc 12. D. de condit. instit.* qualem eum esse necesse est, vt de iure adcrescendi tractari possit, aut de vulgari substitutione, cùm in portionibus agnitis & acquisitis, nec iuri adcrescendi locus relinquatur, nec substitutioni vulgari, *d. l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend. l. post aditam §. è. de impub. & aliis subst.* acquisita verò sit hereditas, quæ ipsum & necessarium heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert.* Finge rursum Sempronium hunc tacitè rogatum fuisse à patre, vt portionem illam suam hereditariam Mæuio

incapaci restitueret, eámque fidem suam in id accõmodasse contra leges, & ita post mortem testatoris adita per eum hereditate fisco locum factum fuisse qui semissem illũ ei abstulerit, *l. 3. ita fidei 40. & pass.* D. *de iur fisc.* mox pupillum se à patris hereditate abstinuisse, subinde in pupillari ętate decessisse, vt proinde & iuri adcrescendi locus factus sit, & pupillari substitutioni. Quæro an deficientem & adcrescentem pupilli portionem habebit Sempronius iure adcrescendi? Minimè verò, quia rem non videtur habere, inquit Vlp. in *l. si totam eam partem* 83. D. *de acquir. hered.* id est, quia cùm portio adcrescat portioni velut alluuio, vt suprà diximus, non potest videri portionem vllã habere cui pupilli coheredis portio possit adcrescere, is cui fiscus abstulit eã partem quam habebat. Etsi enim non eo minùs heres manet qui semel fuit, ac proinde heres ex parte, qui fuit institutus ex parte, *l. ex facto* 43. §. *Iulius Longinus.* D. *de vulgar. & pupill. substit.* rem tamen non habet, id est, effectu ipso heres non est, ideoque nec partem vllam habere intelligitur. At pupillarem substitutionem ideóne fortassis amiserit? Immò succedet pupillo non tantùm si expressim sub Sempronij nomine fuerit substitutus (qui casus idcircò minorem habet dubitationem, quòd is cui fiscus hereditatem aufert, nihilominùs Sẽpronij nomen retinet) sed etiam si facta sit substitutio pupillaris, quomodo fieri olim solebat his verbis, *Quisquis mihi heres erit. d. §. Iulius.* vbi quãuis rationem illam Paulus reddat, quòd is qui in fraudem legum fidem accommodat adeundo heres efficiatur, nec desinat heres esse, licèt res quæ ita relictæ sunt ei auferantur, quodque satis punitus sit in eo in quo fecit contra leges. Subiungit tamen, quod mirabilius est, idem fore dicendum etiamsi heres esse desineret, quemadmodum, inquit, in eo intelligẽdum est, qui cùm scriptus esset heres, postquàm adiisset hereditatem in seruitutem redactus est, ac postea libertate donatus. Nam & huic permissum est ad substitutionem quamlibet siue vulgarem siue pupillarem peruenire, quæ fuerat ei testamento relicta. Licèt enim hereditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, id est, quãtum amiserit, percipere debet. Et quidem inuitus, adeò vt idem ius transmittat ad heredem, faciátq; eum heredem pupillo necessarium, si fortè institutus ipse ante pupillum decesserit, *d. l. qui patri.* Sic enim accipienda sunt generalia illa eius legis verba, *cuicumque patris heredi*, vt comprehendant quisquis aliquando heres fuit, siue heres manserit, siue heres esse desierit. Ex quo intelligimus, quæ in eadem lege præcedunt *adcrescẽdi iure acquiri* (quod vnum fefellit interpretes, vt circa ius hoc adcrescendi tã multa absurda commenti sint) non tam sic accipi debere, vt hereditas pupillaris adcrescat paternæ, sicut portio portioni, quàm ita vt institutio facta in testamento pupillari adcrescat institutioni factæ in paterno. Alioqui non magis posset substitutio pupillaris adcrescere heredi qui portionem amisisset, siue ius & nomen heredis retinuisset, siue etiam amisisset, quàm deficiens portio ex qua pupillus fuerat institutus. Quod cùm ita sit, apparet tum quoq; cùm pupillaris substitutio vnita est cum iure adcrescendi, non ideò fieri trãsmissibilem, quòd vnita sit, adeoque si quando transmissibilis sit, talem per se eam esse, quamuis ius adcrescendi non modò transmitti non possit, sed nec locum habere. Ergo non propter ius adcrescendi, sed propter solam voluntatem testatoris, cum iuris ratione coniunctam, ne & hereditas & institutio à testatore facta diuidatur. Sed illud multo absurdius est, quod iidem nostri addunt de pupillari substitutioné cõuersa in fideicommissariam. Primùm quia

non alium casum agnosco in quo fieri possit vt pupillaris substitutio conuertatur in fideicommissariam, aliáve directa in precariam, præter eum quem tractat Scæuola in *l. 76. D. ad SC. Trebell.* de cuius sententia & ratione scripsi *lib. 13. Coniecturarum, captie 14.* & alium quem Vlp. in *l. querebatur. 19. D. de testam. milit.* Nam quæ illi solent in hanc rem congerere de substitutione compédiosa à pagano facta puberi, verbis, vt vocant, communibus, vel à milite verbis directis, planè commentitia & absurda sunt, vt à nobis eodē Coniecturarum libro probatum fuit. Deinde quoties id euenit vt pupillaris substitutio, quæ directa ab initio & pura fuit conuertatur in fideicommissariam, ipsum quoque fideicommissum purum esse necesse esset, si pupillaris substitutionis naturam indueret. Et tamen conditionale esse constat, idcóque nec ad fideicommissarij heredem transire, sed si plures substituti fuerant, ad eos solos peruenire qui conditionis existentis tempore in humanis repetiuntur, *d. l. Scæuola 76. in fin.* Ratioque differentiæ non obscura illa est, quod cùm pupillaris substitutio testamentum sit filij, mors ipsius filij quam præcedere necesse est, non magis, potest facere conditionalem substitutionem, quàm esset conditionalis illa institutio à testatore facta *si ego decessero, Titius heres mihi esto.* Quid enim refert an ita loquatur pater faciens heredem sibi, an verò ita, *si filius meus in pupillari ætate decesserit,* cùm facit heredem filio, & filij nomine loquitur? At fideicommissum in quod pupillaris substitutio cõuertitur neque filij testamentum est, neque pro eo fideicommisso habetur, quod filius ipse fecerit, sed pro eo quod pater à legitimo filij herede reliquerit sub ea cõditione si filius impubes moreretur, *d. l. Scæuola. l. si fundum 92. aliàs l. si Titio, §. vlt. cum l. seq. de legat.* 1. Idque apparet non solùm ex eo, quòd huiusmodi fideicommissum pubertate filij extinguitur, sicut & pupillaris substitutio finiretur, *l. quod fideicommissum 93. de legat.* 1. sed ex illo etiam quod ab exheredati herede legitimo tale fideicommissum relinqui non posset, *l. planè 94. l. ab exheredati 120. eod.* quod tamen proculdubio valeret, si haberetur pro relicto ab ipso exheredato, sicut & ipsi exheredato substitui pupillariter potest *l. 1 §. substituere. l. sed si plures 10. §. ad substitutos. de vulg. & pupill. substit.* Igitur fideicommissum hoc conditionale esse necesse est, cùm habeat conditionem illam tacitam duplicem si & morietur filius, & impubes morietur, quamuis secundùm verborum figuram purum videatur, purúmque esset sanè si à filio ipso non à patre relictum esse crederetur. Nō est ergo bona consecutio à pupillari substitutione ad fideicommissum in quod pupillaris substitutio cõuertitur, vt ex ea comparatione debeat sumi argumentum ad inferendam transmissibilitatem fideicommissi conditionalis, ob id solùm quòd ius pupillaris substitutionis sit transmissibile aliquando, siue dicamus tunc esse transmissibile cùm habet vnitum ius adcrescendi, siue quo alio casu. Posse enim esse transmissibile ius adquirendæ hereditatis pupillaris, tum quoque cùm de adcrescendi iure tractari non potest, præter ea quæ iam diximus colligi etiam potest ex eo, quòd si is qui à patre institutus fuit, eique heres extitit, idem sit proximus impuberis agnatus, nō minùs impuberi necessariò heres esse cogitur, quàm si fuisset ei pupillariter substitutus. Hęc náq; videtur mihi esse sententia Iuliani in *d. l. planè,* vbi disertè scribit, si pater filium impuberem exheredauerit, & ab eius legitimo herede fideicommissum reliquerit, ita demum deberi fideicommissum ab eo herede legitimó, si & patri heres idem fuerit. Quo enim iure fideicommissum præstare cogi posset, quod ab eo non nisi tā-

quam à legitimo herede relictum fuit, si non etiam heres esse cogeretur? Aut cur melioris, quàm si expressim substitutus esset, cōditionis erit in hoc vt pupillo heres necessariò esse cogatur? Siquidem nec alio colore hic fideicōmissa debet quàm quòd institutus tacitè videatur *l. conficiuntur* 8. *& l.* 3. *D. de iur. codicill.* & eo ipso iure, quo si scriptus fuisset, vt loquitur Paulus in *d. l. ab exheredati* 126. *de legat.* 1. Neque tamen inutile fuerit casum hunc addidisse ad *d. l. qui patri*, quem nescio an alius adhuc obseruauerit vt tantò certiùs appareat pupilli heredit. acquiri heredi patris, & accrescere lōgè alio sensu aliáque ratione, quàm cùm tractamus de iure adcrescendi vnito cum iure fideicommissi conditionalis. Semper enim illo casu ponendum est plures fuisse personas heredum, & quod est consequens, plures ipsorum portiones, quarum altera alteri in coheredis fauorem possit adcrescere, itemque vnam & eandem fuisse causam succedendi in vtraque portione, aut ex testamento, aut ab intestato. Nam vt fit ius adcrescendi inter eos quorum vnus succedat ex testamēto, alius ab intestato, vt contingere in militis hereditate facilè potest, inauditū est, *l.* 1. *C. de testam. milit.* In eo autem casu quem nunc tractamus de pupilli hereditate adcrescente legitimo pupilli heredi qui idem fuerit à patre heres institutus, neutrum hoc contingit: quia nec plures heredum personę sunt, sed vna, nec idem ius succendi filio & patri, cùm idem ille vtriusque heres succedat patri ex testamēto, filio verò ab intestato, vt nec illud videatur esse hoc casu verum quod supra diximus institutionem factam in pupillari hereditate alteri institutioni adcrescere, nisi quod sicuti tacitam institutionem hîc pro expressa habemus, ita eam expressæ institutioni adcrescere admittimus, idque non ab intestato, sed testamenti iure. Illa tamen differentia est inter eū casum quo heres à patre institutus idem pupillo fuerit substitutus, & hunc quo sit ille legitimus heres pupillo, quòd priore casu non tātùm sit heres necessariò ipse pupillo, adeoque citra nouam vllam aditionem, sed etiam cùm præmoritur transmittit pupillarem substitutionem ad heredem. Qui verò non nisi legitimi heredis iure potest succedere pupillo, si præmoriatur, nihil ex pupillari hereditate ad heredem suum transmittit, quia nec legitimus heres pupilli vnquam fuisse videri potest is qui ante pupillum decessit, fecitque moriens locum agnato sequentis gradus, vt moriente pupillo posset reperiri proximus agnatus, ac proinde legitimus pupilli heres ille, qui alioquin non fuisset.

ERROR SEPTIMVS.

De conciliatione l. si filius 12. *de vulg. & pupill. subst. cum l. qui patri* 59. *de acquir. vel omit. hered.*

At supradictæ Neratij sententiæ & ijs omnibus quæ diximus hucusque ex *d. l. qui patri*, valdè contrarium illud esse videtur quod Papin. respondit in *l. si filius* 12. *D. de vulg. & pupill. sub.* Si filius, qui patri ac posteà fratri ex secundis tabulis heres extitit hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri eum debere. Iustiùs enim prætorem facturum si fratri separationem bonorum patris concesserit, cùm ei propositum sit & esse debeat liberos ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, nō

inuitos

multos ab hereditate remouere. Neque verò conciliationis ineundæ rationē sumere quis possit ex eo quod Papin. loquitur de suo herede, vt ex verbis ipsis liquidò apparet. Quasi Neratius ideo sit intelligendus de extraneo, qui apud prętorem minùs fauorabilis esse solet. Illa enim prima Neratij verba, *qui patri heres extitit*, non solùm suo quoque heredi conueniunt perinde ac extraneo, sed etiam magis propriè quàm extraneo. Suorū enim heredum est existere & apparere, extraneorum verò fieri, quoniam indigent extranei aditione, qua non egent sui *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. D. de suis & legit.* Sed &, quod sequitur apud Neratium *cuicumque patris heredi*, annon apertè distinctionem hanc sui & extranei heredis excludit? Dicendum igitur est multum interesse, an qui patri heres extitit, idemq; ue impuberi substitutus fuit, pupilli hereditatem retinere velit aut acquirere, paternam verò recusare vt apud Papinianum, an contrà recusare pupillarem, & paternam retinere, vt apud Neratium. Hoc enim posterius ne quidem filio permitteretur, non magis quàm extraneo, quia nec Papiniani ratio hoc casu locum haberet, quæ illa est quòd liberandus sit filius ab oneribus non sponte susceptis. Siquidem spōte suscipit onera non tātùm paternæ, sed etiam pupillaris hereditatis ille qui paternam hereditatem, à qua posset abstinere, si vellet, mauult retinere. Cùm sciat, aut scire debeat pupillarem hereditatem tanquam accessoriam esse, ac veluti sequelam quandam & onus paternæ hereditatis, sicut & pupillare testamentum sequela est paterni testamenti, *l. penult. D. testam. quemadm. aper.* ideoque quemadmodum is qui patri necessarius est, si filio impuberi substitutus sit, idem necessarius filio heres est, *l. 2. l. sed si plures 10. §. quos possum. de vulg. & pupill. subst.* ita si ad necessitatem iuris adiiciat suam voluntatem immiscendo se hereditati paternæ à qua potuerat abstinere, sicut fit, quodāmodo voluntarius heres patris, ita & ex voluntate sua, spontéque videtur subire onera pupillaris hereditatis, proindéque dignus non est cui succùrratur. Priore verò casu, cùm institutus idémque substitutus patris hereditatem recusat, pupillarem verò retinere mauult, distinguendum est an suus heres sit, an extraneus, &, si extraneus, an solus, an cum coherede. Si suus heres sit & necessarius, cùm citra aditionem heres sit, non alia eget aditione vt fiat heres ad cōfirmandas tabulas pupillares, nec vt fratri suo sit heres ex pupillari substitutione, cui etiam necessarius heres est citra immixtionem, *l. si filius 41. D. de acquir. hered.* Ideoque permittere illi prætor debet, vt recusata hereditate paterna fraternam tamen, si malit, retineat, non eum inuitum ab hereditate fraterna remouere, hoc prætextu, quòd paternam retinere nolit, cùm non, quemadmodum pupillaris substitutio sequela est paterni testamenti, & similiter pupillaris hereditas sequela ac veluti onus quoddam paternæ hereditatis: ita vice versa paterna hereditas possit dici sequela aut onus pupillaris hereditatis, nó magis quàm paternum testamētum pars & sequela pupillaris. *l. ex pupillari 44. de vulg. & pupill. substit.* prçsertim verò quòd hic filius remotis quoque secundis tabulis hereditatem fratris ab intestato habiturus esset, vt Papinianus ratiocinatur. At si extraneus sit qui scriptus fuit, siquidem non habet coheredem, non aliter heres pupillo esse potest ex substitutione, quàm si patris hereditatem sibi ex testamento acquirat, ne alioqui necesse sit destituto patris testamento corruere etiam pupillare, *l. 2. in princip. & §. 1. d. l. sed si plures 10. §. si ex asse. eod.* Nam etsi filius institutus esset, & extraneus tātùm substitutus, non posset tamen sola sui heredis existentia confirmare tabulas pu-

pillares, filióque abstinēte non permitteretur substituto adire ex substitutione nisi prius acquisita in necessarium antecedens patris hereditate, *l. paterfamilias 28. de reb. autor. indic. possid.* de cuius sententia & emendatione scripsimus lib. 2. Coniect. cap. 2. siue poneres substitutum fuisse simpliciter sub illa conditione, *si filius ante pubertatem decederet,* vt in *d. l. paterfamil.* id est, non præcedentibus illis verbis quæ præcedere solent, *si heres non erit, vel si heres erit,* siue poneres addita ea verba, quotū vtique vis illa & potestas esse creditur, vt ex necessario herede faciant voluntarium, *d. l. verba hac 12. D. de condic. instit.* Nemo enim dixerit sola sui heredis, qui voluntarius fit, existentia confirmari tabulas pupillares, *l. quæsitum 40. l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus. de acquir. hered.* Si verò extraneus hic non solùm substitutus, sed etiam institutus habuit coheredem, & quidem à quo fuerit adita hereditas patris, cùm hoc ipso perinde sint confirmatæ tabulæ pupillares, atque si is qui adiit, fuisset ex toto asse institutus, cui scilicet deficiens portio adcresci etiam inuito, pupilli vtilitas exigit sanè vt qui ei substitutus est, pupillarem hereditatem consequi possit omissa paterna, ne aliter posito iure eueniat, vt metu onerum patris timidiùs quis adeat hereditatem impuberis, cuius tamen interest testamentarium potiùs quàm legitimum heredem habere, *d. l. quæsitum. d. l. Iulianus. l. ita tamen 27. §. qui suspectam. & §. à patre. vers. quod si duo. D. ad SC. Trebell.* Et ita quæstio hæc tota fortè perobscura, meo iudicio, explicanda est, non quomodo nostri vulgò explicant post Bart. ad *d. l. qui patri,* vbi vult ille coniuncto iure adcrescendi cum substitutione pupillari, non tantùm substitutionis pupillaris naturam immutari, vt ex personali & non transmissibili fiat realis & transmissibilis exemplo iuris adcrescendi, sed etiam ius adcrescendi alterius naturæ & conditionis fieri, quàm cuius esse solet illud quod idem Bart. simplex vocat, id est, quod cum pupillari substitutione coniunctum non sit. Vt nimirum & locum habeat inter eos, qui eo diuerso iure succedunt, & post agnitam quoque hereditatem transmittatur. Sic enim eludit Bart. obiectiones omnes quibus opinionem suam impugnari posse videt, siuè ex pupillaris substitutionis, siue ex iuris adcrescendi natura desumantur, vt procedant in pupillari substitutione simplici, & in adcrescendi iure simplici, non autem eo casu quo ius adcrescendi vnitum sit cum pupillari substitutione. Ideoq; Neratij sententiam restringit ad illam speciem, in qua filius impubes cui pupillaris substitutus datus fuit, coheres datus fuerit suo substituto, vt possit tractari de iure adcrescendi trāsmittendo à coherede ante impuberē defuncto, etiam post agnitam ab impubere patris hereditatē, ad finem & effectū trāsmittendæ quoque pupillaris substitutionis. Hoc etiam addito, quod & repetit in *l. toties 8. eod. tit.* vt patris hereditatem ab impubere agnitam esse necesse sit, iunctámque patris hereditatem cum hereditate filij, ad hoc vt per auxilium iuris adcrescendi substitutio pupillaris transmitti possit ad heredem substituti. Cùm tamen verba Neratij præ se ferant, eam potiùs speciem tractari, in qua pupillus fuerit exheredatus, & extraneus institutus, idémque pupillo substitutus: quo casu licèt ius adcrescendi tale non sit, quod inter personas aliquas locum habere possit, vnico herede instituto, tale tamen est, vt inter diuersas hereditates locum possit habere, adcrescente videlicet pupillari hereditate paternæ, secundùm ea quæ suprà diximus. Quamquam nec illud nego, Instituto quoque pupillo ex parte, eique substituto ipsius coherede portionem pupilli præmortui quantumlibet agnitam ad substitutum peruenire, vt di-

vt disertè scriptum est in *l.quidam elogio* 20.*C.de iur.deliber*, at non iure adcrescendi, quod vult Bartolus, sed ex substitutione pupillari; tanquam quæ iuncta esse cœperit cum patrimonio impuberis, & ex hereditaria facta sit hereditas pupilli. Quid enim necesse est iura omnia violare vt substitutus habeat tanquam coheres & iure adcrescendi portionem pupilli, quam iure ordinario potest habere tanquam substitutus? Violantur siquidem iuris regulæ cùm inducitur ius adcrescendi ex diuerso iure, cùm item in ea portione quæ fuit agnita, cùm denique ius adcrescendi in hereditate patris trahitur ad bona quoque impuberis. Nec sanè quicquam verius à Bartolo vnquam dictum putarem, quàm quod ille ait, nouam esse legem illam Neratij, & singularē, nec habere parem, nec concordantem, si eius interpretatio admittenda esset. Verùm sicut errat Bartolus in eo quòd hanc tam nouam interpretationem amplectitur, ita & in hoc, quòd ait huic Neratij sententiæ nullam aliam legem conuenire. Nam immò verò conuenit adprimè constitutio Iustiniani in *d.l.quidam elogio*, nisi quod in eius legis specie pupillus fuerat cum substituto suo institutus, quod apud Neratium fingere nō est necesse. Suauior verò Baldus est, qui mirabile vocans quod falsum debuit dicere, addit non facilè hoc credituros vllos nisi legistas bene fundatos in iure. Nam hic passus, inquit, est de apicibus iuris. Dixisset veriùs, esse supra apices iuris, nec ab iis capi posse, qui in iuris nostri principiis nonnisi bene sint versati. At nihil fit contra vulgares regulas, cùm substitutio pupillaris transmittitur ad heredem substituti, qui iam heres extitit ex institutione, quia licèt sua natura non sit transmissibilis, hoc tamen casu talem eam esse necesse est ne inducatur diuisio voluntatis. Neque aut lex, aut ratio vlla est, quę huic Neratij sententiæ refragetur. Illud verò multo minùs ferendum est quod vult Accursius, & Bartolus probat, non aliter pupilli portionem & hereditatem transmitti ad heredem substituti præmortui, quàm si alij nulli sint qui substitutionis iure admitti possint siuè quòd nulli vnquam fuerint, siue quòd iam exclusi repetiantur, ratione, inquit, illa, quòd potior sit caussa substitutionis, quàm iuris adcrescendi *l.* 2.*§.si duo D.de bonor.poss.secund.tabul.* Nam immò verò si alia ratio nulla vrgeret, etiamsi poneres pupillo substitutos plures datos, inter quos Titium à patre quoque siuè solum siuè cum pupillo institutum: Titium verò adita patris hereditate decessisse ante impuberem, qui posteà in pupillari ætate decesserit superstitibus cæteris substitutis: non dubitarem, quin cum cæteris illis substitutis perinde admitti deberet heres Titij etiam inuitus, quod magis est, atque in solidum admitteretur si alij nulli essent, nec substituti, nec coniuncti, cùm, vt diximus, admittatur iure pupillaris substitutionis adcrescentis paternæ siuè institutioni siuè hereditati. Eadémque Neratij ratio locum habet vtroque casu, quòd si agnitio hereditatis paternæ obligat institutum, eūdemque pupillo substitutum, ne pupillarem substitutionem quandocumque sibi delatam repudiare possit, eadem obligatio necesse est vt transeat in quēlibet ipsius heredem, ne alioqui habeat heres plus minúsve iuris, quàm defunctus, si viueret, fuerat habiturus. Sed tamen fateor quod vult Accursius, si plures fuerint pupillo substituti, qui etiam à patre fuerant instituti, & quidam ex illis postquàm heredes patri extiterunt mortem obierint viuo adhuc pupillo, solos illos qui moriente posteà impubere superstites reperiuntur, heredes ei esse pro rata partium quas habent ex institutione, nec quicquam valere substitutionem ex persona defunctorum. Ita enim scriptum est in *l.sed si*

plures 10. *in princip. de vulg. & pupill. subst.* Verùm hoc lôgè alia ratione quàm quæ placet Bartolo. Illa nimirum, quod pupillaris substitutio numquam trãsmittatur ad heredem, nisi ex necessitate, id est, eo tantùm casu quo alioqui futurum esset vt eiusdem testatoris voluntas per heredem diuideretur: quod contingeret si ex eodem testamento in quo pater & sibi & filio heredem fecisset, esset pater testatus pro parte, id est, pro sua hereditate: pro parte verò, id est pro filij hereditate intestatus. Cùm enim vnus tantùm sit testator, videlicet pater cuius circa vtramque hereditatem solius iudicium est, indéque fiat, vt patris & filij non nisi vnicum testamentum existimetur, non minùs absurdum est mori patrem testatum pro vna hereditate, pro alia verò intestatum, quàm si vna tantùm esset hereditas: maximè verò si absurdum hoc emergat ex facto solo & voluntate instituti eiusdemque substituti diuidentis iudiciũ testatoris. Nam & eadem ratio inducit ius accrescendi inter coheredes testamentarios, licèt non habeat illa locum defuncto patrefamilias intestato, vt in prima Chiliadis parte contra interpretes à nobis disputatum est. Porrò nulla subest necessitas faciendi vt pupillaris substitutio velut adcrescendi iure transmittatur in heredem substituti præmortui, quamuis heres ille extiterit patri, cùm alij supersunt substituti qui pupillo heredes voluntarij esse possunt: multo magis si sint illi necessarij, vt in specie *d. l. sed si plures*, id est, cùm qui substituti sunt, iidem fuerunt instituti, patrique heredes extiterunt. Sunt enim isti pupillo heredes, non quidem necessarij, sed necessariò, nisi quidam ex iis vltro malint soli heredes esse, deferantque consubstitutis conditionem vt hereditatem pupilli repudiare possint si velint, *d. l. qui patri.* Sufficit enim vt heredem aliquem habeat pupillus ex eodem testamẽto, ex quo habet iam pater, ne qua ex parte testamentum illud quod vnicum & consequenter indiuiduum est, destituatur. Nam neq; inter coheredes testamentarios inuitos ius adcrescendi in vna eademq; hereditate locum haberet, si ex coheredibus quidam essent qui deficientes portiones sibi totas acquiri vellent, aliis ius idem adcrescendi repudiantibus: acquireretur enim volentibus in totum, quæ non possent acquiri inuitis nisi pro parte cuiusque hereditaria. Itaque cùm heres à patre institutus, idémque pupillo substitutus hereditatẽ patris adit, se quidem obligat: heredémque suum ne pupillarem hereditatem possit recusare, sed non ideò sibi ius acquirit vt possit etiam volens transmittere ad heredem ius pupillaris substitutionis, si alium heredem ex eodem testamento habere pupillus possit. Ius enim hoc pupilli & testatoris gratia comparatum est, & ad euitãdum absurdum, non vt substituto præmorienti faueatur. Quod autem contra Accursium idem Bartolus ponit agnitam fuisse à pupillo hereditatem patris, iunctamque cum hereditate pupilli, neque aliter Neratij sententiam obtinere posse, mihi non modò commentitium videtur, cùm lex neque dicat institutum à patre pupillum, neque agnitam ab eo patris hereditatem, sed etiam falsum, quia legis ratio perinde locum habet in pupillo abstinente aut exheredato atque in instituto se immiscente. Nẽpe quòd institutus heres à patre quisquis ille sit, siuè suus, siuè extraneus, hoc ipso quòd patris hereditatẽ agnoscit, se obligat ne pupillarẽ heredit. quandocũque sibi deferẽdam repudiare vnquã possit quasi ea cõditione adire videatur vt & in specie *l. si duo* 38. *D. de acquir. hered.* quæ obligatio cùm ex facto ipsius nascatur & ex quasi contractu, transit proculdubio ad heredem vt cęterę obligationes omnes quæ ex contractu, vel ex quasi contractu nascuntur, *l. 3. §. vlt. D. quib. ex*

cauſ.in poſſ.eat.l.5.§.heres quoque.D.de oblig.& act.iunct.l.2.& tot.tit.C.de hered.act. Neque verò hoc Bartolus ignorauit qui obiectionem hanc ſibi finxit, ſed respondet obligationem hanc eſſe perſonalem, ideoq; non tranſmitti ad heredem niſi vnita ſit cum iure adcreſcẽdi, quaſi verò perſonales quoque obligationes in heredem non tranſmittantur. Niſi fortè intellexit ille hanc obligationem eſſe adeò merè perſonalem vt ad heredem tranſmitti non poſſit, quomodo ſolemus dicere de priuilegiis perſonalibus, ea non tranſmitti ad heredem *l.quia tale* 14. *D.ſolut.matrim.l.ex pluribus* 42. *D. de admin. tutor.* Sed multum refert an de priuilegiis, an de obligationibus loquamur. Nec enim memini vllo me iuris loco legere tales eſſe vllas obligationes, præſertim verò ex iis quæ ex contractu, vel quaſi contractu proficiſcuntur, quæ extinguantur cum perſona, nec ad heredem tranſire poſſint. Scio & obligationes & actiones quaſdam eſſe quę incipiunt ab herede, & contra heredem, de quibus in *tit.C.vt action.ab hered.& contr.hered.incip.l.hereditarium* 7. *D.de reb.autor.iudic.poſſid.l.hereditariarum* 40. *de obligat.& action.* Itemque pleniorē interdum actionem competere heredi vel aduerſus heredem quam competierit defuncto, aut contra defunctum, vt in *l.ſi per imprudentiam* 51.*§.non mirum.D.de euict.* Sed vt obligatio ex contractu vel quaſi contractu profecta finiatur cum perſona, neç tranſeat contra heredem, inauditum ſanè eſt, ſoliuſque Bartoli ſubtilitati accepto ferendum. Quem illud ſanè fefellit, quòd nõ aliter ſibi viſus eſt poſſe iis ſatisfacere quæ videbat poſſe obiici aduerſus cõmentum illud de iure adcreſcendi, quia, inquit, ſi pupillus non adiuniſſet paternam hereditatem, ius adcreſcendi non eſſet vnitum cum pupillari ſubſtitutione, immò diuerſa reſpicerent, quia ius adcreſcendi hereditatem paternã reſpicit, ius verò ſubſtitutionis hereditatem pupillarem. In eo ſemper errans, quod putat Neratium tractare de iure adcreſcẽdi in hereditate patris, cùm è cõtrario loquatur de pupillari hereditate adcreſcente paternæ: itẽ per conſequentiam, in eo quod exiſtimat hoc ius adcreſcendi vniri cum ſubſtitutione pupillari per agnitionem hereditatis paternæ, cùm fiat illa vnio ſola poteſtate iudicij teſtatoris, quod indiuiduum eſt: nihil autẽ referat quod ad illam, vt ita dicam, indiuiduitatem iudicij & voluntatis, an pupillus inſtitutus fuerit, an exheredatus, & an cùm inſtitutus fuit, paternam hereditatem agnouerit per immixtionem, an verò ab ea ſe abſtinuerit. Dico *per immixtionem*, non quomodo loquitur Bart. *per aditionem.* Nec enim ſui heredes dicuntur adire, ſed ſe immiſcere, & heredes exiſtere, non fieri cùm ſtatim & ipſo iure ſint heredes, *l.in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit.l.1.§. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ.teſtam.l.neceſſariis* 57. *D.de acquir.hered.l.etſi ex modica* 6.*§.ſi filius D.de bon.libert.* Vſque adeò autem nec aditio nec immixtio requiritur in perſona ſui heredis inſtituti, ad faciendum eum heredem ex teſtamento, vt quamuis ſe ab hereditate patris abſtinuerit ex edicto prætoris, non eo minùs tamen ex teſtamento heres eſſe & manere, ob idque patris & filij hereditas iuncta eſſe intelligatur, *l.cum quaſi* 30.*§.ſed etſi ſuus D.de fideic.libert.* quia verum eſt aliquando heredem eum ex teſtamento fuiſſe, *d.§.qui ſunt in poteſtate*, illum verò qui ſemel heres fuerit ſemper heredem manere, *l.ei qui ſoluendo* 88. *de hered.inſt.præterquàm in caſu l.circa* 24. *D.de inoffic.teſtam.l.ex facto* 43.*§.vlt.de vulg.& pupill.ſubſt.* Id nimirum faciente exiſtentia ſui heredis, de qua etiam dicendum nobis aliquid eſt, contra receptiſſimos eiuſdem Bartoli & ſequacium errores, qui tractatus & vtiliſſimus eſt, & omnino neceſſarius ad ele-

gantem illam Papiniani sententiam assequendam, quæ extat in *d.l.si filius* 12. *D. de vulg. & pupill. subst.* Si ergo ponamus cum Accursio & Bartolo in specie *d.l.qui patri*, pupillum à patre institutum fuisse, hoc vnum sufficere debet ad hoc vt patris & filij hereditas iungatur, nec quicquam causæ est cur paternæ hereditatis aditionem à pupillo fieri debuisse dicamus, si nihil aliud agimus, nisi vt hereditatem vtramque iungamus. Fuitque certè hic crassissimus error Bartoli, etiamsi cætera omnia quæ ille scripsit tam malè ad *d.l.qui patri*, pro veris haberemus.

ERROR OCTAVVS.

De sui heredis existentia ex ratione iuris ciuilis, siue is substitutum habeat, siue coheredem.

ETSI aliis plerisque & Coniecturarum & Decadum nostrarũ locis multa iam attigimus quæ ad hunc de sui heredis existentia tractatum pertinent, digna tamen res est, de qua hic separatim tractemus. Receptissima est traditio Bartoli ad *l. si filius* 12. *num.* 5. & 6. *D. de vulgar. & pupill. subst.* distinguentis more suo & subsistinguentis, ac primùm ius ciuile à prætorio separantis. Iure ciuili, inquit, si filius in potestate habeat vulgarem substitutum sibi expressim datum existentia sui heredis nihil operatur, *l. si filius heres* 16. *de liber. & posthum.* quia ei substituendo videtur hanc dare facultatem, vt non cogatur esse heres ex institutione, siue alium ei, siue eum ipsum sibi substituerit, *l.*1.*§. si proponatur. D. si quis omiss. causs. testam.* Et in hoc ego aliâs sensi cum Bartolo, sed malè, vt ex iis apparebit quæ dicemus in Error. 6. Decad. seq. Sanè cum Bartolo sentio in eo quod addit idem esse si suus heres institutus sit sub ea conditione, *si voluerit*. Conditio enim illa fecit ex necessariis voluntarios, *l. verba hæc* 12. *D. de condic. instit.* quia ius necessariorum heredum, cùm non propter heredes ipsos introductum sit, sed propter testatores ipsos vt eorum famæ consuleretur, ex testatorum quoque arbitrio pendére debet, non vt ex voluntariis possint facere necessarios, sed contrà vt ex necessariis voluntarios. Sed tamen vereor ne non satis bene loquantur nostri cùm dicunt post Bartolum sui heredis existétiam hoc casu nihil operari. Aliud enim est, suum heredem esse filium, aliud verò esse necessarium; neque quòd filiusfamiliâs sit heres patris ipso iure, & inuitus quoque, nõ ex eo fit, quòd ille sit suus, sed quòd necessarius. Nam & idem euenit in seruis propriis olim cum libertate, hodie etiam sine libertate institutis, vt quamuis sui heredes non sint, tamen & inuiti & ipso iure fiant heredes, quia sunt necessarij. Et è contrario quod filiusfamiliâs non sit necessarius iis casibus quibus pater ei dedit abstinendi facultatem, non facit quominus iisdem ipsis casibus remaneat suus heres, ita vt si declaret nolle se abstinere, nulla egeat aditione vt heres fiat, quasi qui non tam in patris hereditate quàm in liberiore proprij patrimonij administratione succedere videatur, *l. in suis* 11. *D. de liber. & posth.* qui tamen aditione proculdubiò indigeret, si suus heres non esset: vnde & versa vice, si heres esse nolit, non repudiare dicitur, quomodo extraneus quilibet, sed abstinere, quod proprium verbum est eorum qui à rebus suis & iam quæsitis sibi temperant, non eorum qui ab alienis, *l. cùm hereditate* 55. *l. pen. & vlt. D. de acquir. hered. l.*1.*§. si nemo. D. ad SC. Tertyl. l. iam dubitari* 86.*§. non abs re. D. de hered.*

hered.instit. ex quo loco etiam apparet quātūm intersit inter suum heredem, quem pater ex necessario voluntarium fecerit, & heredem extraneū sub qualibet alia conditione, quàm sub hac, si heres esse voluerit (in hac enim nō differunt) institutum. Extraneus namque institutus sub ea conditione, si decem Titio dederit, vel, si Capitolium ascenderit, quamuis paruerit conditioni, quę fuit posita in ipsius voluntate ac potestate, non ideò tamen heres fit, nisi post impletam conditionem id etiam faciat per quod hereditas acquiri solet, id est, nisi hereditatem adeat, vel pro herede gerat, quia conditionis implementum nihil aliud facit nisi vt hereditas pro eo habeatur, ac si purè data fuisset, *l. ei qui 13. D. de condic. instit.* hereditas autem extraneo relicta purè, non idcircò prius ei acquiritur, quàm se heredem esse velle declarauerit, *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. 4. D. ad SC. Treb.* At si ponas suum heredem sub vna ex supradictis conditionibus institutum, aut sub qua alia quæ sit in ipsius potestate (aliter enim sub conditione institui non posset, quin sub contraria exheredaretur, *d. l. iam dubitari. in princ. & l. 4. in princip. D. eod. tit. de hered. instit.*) conditioni verò paruisse, nullo alio ipsius facto opus est, vt patri suo heres sit, & quidem necessarius, non tam vi conditionis expletæ quàm iure potestatis, vt subtiliter ratiocinatur Paulus in *l. 5. D. de condic. & demonstr.* & Pomponius *in l. si pupillus 26. de condic. inst.* quibus locis hanc ob causam respondent pupillum à patre suo sub tali conditione scriptum posse conditioni parere sine tutoris autoritate, quod vtique falsum esset, si per solum conditionis implementum heres fieret, quia certum est non posse pupillum acquirere sibi hereditatem, vt nec aliter obligari sine tutore, *l. moré 8. & seq. D. de acquir. hered.* Quemadmodum nec seruus alienus sub simili conditione institutus conditionem implere posset sine iussu domini, si cōditionem implendo acquireret hoc ipso hereditatem domino, quippe quem ignorantem obligare non posset hereditati, inuitum multo minùs, cùm domini iussum idcircò præcedere oporteat, *l. qui in aliena 6. in princ. eo. tit.* Atqui permissum ei est, vt etiam ignorante domino conditionem implere possit, itémque filiusfamilias iniussu patris, *d. l. 5. in fin. de condic. & demonstr. l. sub conditione 25. D. de condic. instit.* si modò tollas negationem, quæ & in Pandectis Florent. bene circumscripta est tanquam ineptitia, vt docuit Cuiac. lib. 2. Obser. cap. 16. nempe quia quod à filiof amiliâs, vel seruo impletā conditio est, non facit hoc ipso heredem patrem vel dominum, sed tātùm vt quasi purè data hereditate in patris vel domini potestate sit iubere filio vel seruo vt adeat, in quo patris & domini commodum tantùm, non etiam incommodum versatur. Et tamen suus heres qui paruit conditioni potestatiuæ & promiscuæ, vt loquitur Paulus in *l. si iam facta. 11. §. 1. de condic. & demonstr.* vsque adeò reperitur hoc ipso heres patris, vt nec abstinendi beneficium postea implorare vnquam possit, *d. l. iam dubitari. in fin.* quod ego sic intelligo, nec si pupillus proponatur, si modò tutore autore paruerit. Tutoris enim autoritatē necessariā esse puto ad hoc vt pupillus abstinendi beneficium amittat, quod alioquin ex prætoris edicto perpetuo perpetuum habiturus esset, si purè institutus fuisset, *d. l. necessariis. iunct. l. pen. D. de autor. tutor. l. ex contractu 44. D. de re iudic.* quanuis non sit illa autoritas necessaria, vt pupillus heres fiat, quemadmodum proximè diximus. Ratio verò propter quam suus heres etiam pupillus abstinendi beneficium amittit parendo cōditioni, nō alia est quàm quæ à Mætiano redditur in *d. l. iam dubitari*, q̄ suus heres ita institutus, si cōditioni paruerit, iam nō vt necessarius,

sed sua spōte heres extitisse videatur. Quanquā autē de suis heredib. dūtaxat Mætianus loquitur, dubitādū tamē nō est quin idē sit in necessariis cæteris qui sui non sunt, vt si cōditionem quæ in ipsorum potestate fuit impleuerint, separationis beneficium posteà impetrare non magis possint, quàm si bona patroni attigissent, *l.1.§.vlt. D.de separat.* ne alioqui melioris in hoc sint conditionis, qui in aliis omnibus deterioris sunt quàm sui. Sed de iis nihil dixit Mæcianus, ideò fortasse, quod rarò eueniebat vt necessarij heredes sub huiusmodi conditionibus instituerentur per quas fierent voluntarij, cùm nec institui, vel substitui olim solerent, nisi cùm vel suspecta, vel euidēter nō soluēdo esset hereditas vt dominorum existimationi prospiceretur. Cæterùm ex his apparet errare Bartolum, cùm scribit suum heredem institutum sub conditione *si decem dederit*, non idcirco fieri ex necessario voluntarium, ex *d. l.5. de condic.& demonstr.* Pugnat enim apertissimè cum Mætiano in *d.l. iam dubitari §.1.* & Bartolum fefellit quòd ius necessarij heredis à sui heredis iure non distinxit. Filius institutus sub conditione potestatiua voluntarius heres est, non necessarius, quia in ipsius arbitrio est an conditioni parere velit: sed non eo minùs remanet suus heres, si modò heres esse velit, indeq; fit, vt cùm institutio, quæ conditionalis ab initio fuit, postea pura facta est per implementū conditionis, filius reperiatur heres ipso iure, non quasi necessarius (nec enim necessarius vnquam fieri potest qui semel voluntarius fuit) sed quasi suus sublato iam impedimento conditionis, quæ sola faciebat ne filius ipso iure heres esse posset. Addit Bartolus, nihil etiam operari existentiam sui heredis, quoties pater dedit coheredem suo heredi extraneum, in iis scilicet, inquit, quæ dependent ex ipso testamento: ex *l.apud Iulianum 11.§.idem Iulianus D.ad S C. Trebell.* vbi Vlpianus ex Iuliano scribit si duo fuerint à patre instituti cum filio eius impubere, & iidem filio substituti, sufficere ei qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, vnum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem. Hoc enim facto, confirmatisque, inquit, patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire, & restituere hereditatem. Et hoc quoque malè. Nam suus heres non eo minùs & suus & necessarius heres est ipso iure, quòd habeat extraneum coheredē, *l.3.C.de iur.delib.* quàm licèt Bart. intelligat, in iis quæ extrinsecus veniunt, id est, aliunde quàm ex testamento, nihil tamen aut ex verbis legis, aut ex ratione iuris adferri potest propter quod videri debeat eius legis sententia non esse generalis. Nec si admitteremus quod eidem Bart. placere suprà diximus, suum heredem, cui vulgatis substitutus datus est, ex necessario fieri voluntarium, idem tamen dicēdum putaremus dato ei extraneo coherede. Quod enim coheres veluti tacitè substitutus esse dicitur in *l.si Titio 61.§.Iulianus. de legat.2.* fit ex iuris interpretatione potiùs quàm ex testatoris voluntate, propter ius adcrescendi quod inter coheredes non modò inuitos, sed etiam inuito testatore locum habet. Sola autem testatoris voluntas illa est quæ ex necessario herede voluntariū facere potest. Quid ergo ad supradictam Iuliani sententiam respondebimus? Ea namque est sine dubio quæ Bartolum decepit. Nam si suus heres tùm etiam cùm coheredem habet, nihilominùs heres necessarius est, quid necesse sit coheredem cogi adire ad patris tabulas confirmandas quæ per nudam sui heredis existentiam fuerint confirmatæ? Et sanè ita est, vt non debeat cogi. Sunt enim satis cōfirmatæ tabulæ patris hoc solo quòd pater habet suum heredem quamuis se abstinentem *l.filius 12. D.de vulg.& pupill.subst.l.filius 4.*

di.

de acquir.hered. multo magis si non declarata voluntate sua filius decesserit, vt in *d.l.3.C.de iur.delib.l.apud hostes* 8.*C.de suis & legit.d.l.paterfamilias* 28. *de reb.autor iudic.possid.* in cuius specie cùm filius impubes ex toto asse institutus esset, ac patris hereditate abstinuisset, nihilominus substitutus pupillaris admittitur, non alia ratione quàm quòd nuda sui heredis existentia confirmauerit tabulas pupillares confirmando tabulas patris. Nec obstat quod in ea specie non permittitur substituto adite impuberis hereditatem ex substitutione, quin paternis creditoribus obligetur. Non enim id rationem illam habet, quasi substitutus paternam hereditatem adire cogatur in necessarium antecedens vt impuberis heres esse possit, sed quia, vt lex ait, uncta cœpit esse hereditas patris, & filij, factáque vna impubere moriente, cùm filius patri suo heres extitisset, atque ita paternam hereditatem in proprium patrimonium suum conuertisset: nec quæ ratio facit vt parcendum sit honori filij qui se abstinuit, eadem locum habet in substituto, quia filio qui se abstinuit non potest imputari cur sit heres patris, cùm sola iuris ratio & potestas eum fecerit heredem, non proprium ipsius factum: At substituto qui pupillarem hereditatem sponte adit imputari potest, non quidem cur pupilli hereditatẽ cum paterna facto suo coniunxerit, quę iam inde à quo tempore pupillus patri heres extitit, coniuncta pupilli patrimonio fuit, sed cur eam adierit adeũdo pupillarem, cum qua iam tum erat sic vnita vt planè vna esset. Poterat enim non esse heres patris, si filij esse noluisset, ob idque nocere illi debet etiã quod ad patris hereditatem ne possit eam prętermittere, quod filij heres esse voluit. Sicque explicanda Iauoleni sententia est in *d.l.paterfamilias*, & coniectura nostra de illius loci emendatione lib.2.Coniect.cap.2. Addamus nihil in illa specie interesse an substitutus datus fuerit sub ea simpliciter conditione quam legis verba præ se ferunt, *si filius ante pubertatem decessisset*, an sub illa vulgari formula, *si filius heres esset, ac in pupillari ætate decessisset*. Vtroque enim casu filius quem institutum ponimus, & suus & necessarius heres est, at nõ etiam si ponas substitutum ei datum in vulgarem casum expressum, siue generaliter, *si heres non esset*, siue specialiter designato casu voluntatis & impotentiæ hoc modo, *si heres esse nolles vel non posset*, quia, vt supra diximus, vulgaris substitutionis ea vis esse creditur, vt ex necessario herede faciat voluntarium, quamuis non faciat ex suo herede non suum. Quod si ita est (ita verò non esse ostendemus in Err.6. Decadis seq.) refert valdè an substitutio vulgaris facta pupillo expressa sit, an tacita, vt vocant, quæ ex Diui Marci cõstitutione subintelligatur, *l.4.de vulg.& pupill.subst.* Tacita enim illa prodest quidem ad substitutum perinde admittẽdum ad hereditatem pupilli, si modò alius quispiam heres sit qui patris testamentum sustineat, sed non æquè ad faciendum suum heredem ex necessario voluntarium, quoniam verba illa patris filio substituentis, *si heres erit & in pupillari ætate decesserit*, non faciũt potestatem filio ne heres sit, quomodo illa facerent secundùm Bartolum *si heres non erit*, sed eum potiùs casum demonstrant quo filius sit superstes patri, quia si præmoreretur, substitutio pupillaris euanesceret. Non item illum quo superstes quidã sit, sed abstineat, quia & eum qui abstinuit, perinde verum est, heredem esse, atque si se immiscuisset, *d.l.cùm quasi* 30. §.*sed etsi suus de fideic.libert.* atque ita non facit abstentio filij, vt deficiat conditio pupillaris substitutionis, etiam circumscripta Diui Marci constitutione, vt cernere est in iis casibus, in quibus ea constitutio locum non habet, vt puta in militis

testamento, *l. precibus 8. C. de impub. & alijs subst. l. in testamento 6. c. de testam. milit.* aut cùm ex duobus filijs testatoris inuicem substitutis vnus pubes fuit, alius impubes *d. l. 4. de vulg. & pupill. subst.* aut vnus in potestate, alius non in potestate, vt in *l. Lucius 45. eod. tit.* Nec supradictam Iauoleni sententiam impugnat, quod ex Marcello contra Iulianum disputat Vlpianus in *l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus D. de acquir. hered.* vt sequenti Decade dicemus, ne tractatum hûc interrumpamus: Iam ergo respondeamus ad obiectionem Bartoli ex *d. l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus ad SC. Trebell.* Dico locum illû ad quæstionem nostram non pertinere, quia fuerat in illa specie impubes exheredatus non institutus. Idque probo ex *l. ita tamen 27. §. à patre vers. quòd si duo D. eod.* vbi eadem ipsa refertur, aut potiùs ex Iuliani ipsius liberis proponitur, Iuliani sententia. Nemo autem iam mirabitur filium exheredatum nô posse tabulas patris confirmare, cùm neo si vellet, heres tamen esse posset. Atqui, inquies, repugnant euidenter verba *d. § idem Iulianus*, quæ illa sunt, *si duo fuerint à patre instituti cum filio eius impubere.* Nec sanè alia sunt perquirenda quæ Bartolum fefellerint. Nam & nos ipsos quoque aliquando fefellerunt: sed posteà comperimus non sic esse illa accipienda, quasi filius impubes fuerit etiam heres institutus, at ita potiùs acsi scriptum esset pluribus, quomodo scribi potuerat & debuerat apertioris sensus gratia, *si duo fuerint quos pater heredes scripserit, fuerit etiam filius impubes idémque tamen exheredatus.* Nec tamen curiosus fuit Iulianus aut Vlp. vt ita loqueretur, cùm ijs temporibus, quibus florebat iurisprudentia, non posset incidere suspicio, vt quisquam ex prudentibus tam imprudens esset, qui putaret tractandum de adeunda patris hereditate ad confirmandas tabulas paternas primùm, deinde pupillares, eo casu quo pupillus ipse fuisset institutus. Indéque nimirum proficiscuntur difficultates omnes quotquot supersunt in Iureconsultorum responsis interpretandis, (eos semper locos excipio quos tam multos Tribonianus corrupit) quòd crassissima iuris ignoratione non supplemus & supponimus pro certis ac indubitatis ea quæ vel minimi leguleij eo tempore supplenda & supponenda esse non ignorassent. Itaque torquemus nos & insudamus, non in disputando de ratione iuris, An veteres illi prudentes benè senserint, aut an quid melius subtiliúsve dici potuerit, in quo sanè opera nô nisi frustrà collocaretur, sed quod deplorandum, & ad inscitiam nostram detegêdam arguendámque præcipuum est, in quærendo & inuestigando quid illi senserint acsi peregrinis aut obsoletis verbis suam sententiam aperuissent, nô ijs quibus nulla elegantiora & significantiora fingi possunt. Tantum abest vt in nobis ea sit iuris scientia, non dicam quæ in illis fuit, sed quæ saltem in illis omnibus esse deberet, qui se iurisperitos ausunt dicere, ad leges ipsas non modò interpretandas, sed etiam, si opus esset, nunc primùm aut ex integro conscribendas. Redeamus ad Bartolum.

ERROR NONVS.

De potestate existentiæ sui heredis ex iure prætorio cùm is se immiscuit, aut tacuit, id est, nec immiscuit se, nec abstinuit.

POSTQVAM tractauit Bart. de potestate existentiæ sui heredis ex iure ciuili, contra ipsam tamen vt vidimus iuris ciuilis rationem, pergit ille quærere, quid de iure prætorio, & an beneficium abstinendi

nendi introductum à prætore eneruet vires existentiæ sui heredis. Respondet verò quando filius se immiscet expressim paternæ hereditati, tunc beneficiũ prætoris nihil operari ex *d.l.si filius*, in illis verbis, *non sponte susceptis.* Hoc verò si absolutè & indistinctè dicatur, falsum est. Nam & filius qui se immiscuit potest abstinendi beneficium habere, & quidem citra restitutionem in integrum si sit pupillus, licèt se immiscuerit tutore autore, beneficio autem restitutionis, si immixtionis tempore fuerit minor annis vigintiquinque, *d. l.necessariis.l.1.C.si min.ab heredit.se abstin.* Nec semel tantùm, sed sæpius si pupillus, vt è contrario filius qui se abstinuit etiam sæpius, immò quod plus est, etiam maior potest se immiscere quandiu bona defuncti non sunt vendita, *l.si quis suus* 8. *D.de iur.delib.* ratione scilicet iuris veteris inspecta. Nam hodiè non licet ei qui iam maior factus se abstinuit, postmodum se immiscere, nisi intra triennium. Minori verò datur triennium post quadrienniũ, quod petendæ restitutioni indulgetur, si bona non sint vendita, adeóque etiã post venditionem, si venditio facta est in minori ætate, *l.vlt.C.de repud.vel abstin. hered.* tametsi ius vetus incorrectum remaneat in eo, quòd maior qui se immiscuit, non potest se abstinere nisi beneficio Principis ex magna aliqua causa, vt in *l.penult.D.eod.* Nempe quia qui post immixtionem vult se abstinere, vult se haberi pro alio quàm re vera sit. Vult enim se haberi pro non herede, quantum ad prætorem, cùm re vera heres sit: qui verò post abstentionem vult se immiscere, vult se haberi pro tali qualis re vera est, id est, pro herede. Facilius itaque est vt audiatur is cuius desiderio veritas congruit, quàm vt is qui mendacé, vt ita dixerim, prætorem facit. Nam & solent nostri dicere nec falsò, facilem esse cuiusque rei reditum ad suam naturam, *l.si vnus 27. §. pactus ne peteret.in fin.D.de pact.* Ergo hæc Bartoli propositio in maiore tantùm vera est, nõn in minore, multo minùs in pupillo. Secundum membrum distinctionis Bartoli est, si filiusfamilias taceat, nec voluntatem suam declaret, an se immiscere velit, an abstinere: & in hoc rursum subdistinguit, an de ea re agatur quæ respiciat damnum & onus ipsius filij, an verò de ea quæ ad eius commodum & fauorem. Priore casu inquit, vt puta, si quæratur an hic suus heres teneatur creditoribus, beneficium prætoris operatur, vt eneruet vires existentiæ sui heredis ex supradictis verbis *d. l. si filius. ab oneribus hereditariis non sponte susceptis.* Non enim sponte suscipit onera hereditaria is qui se non immiscet, licèt nec se abstineat, & *d.l.1.C.si vt se ab hered.abstin. d.l.necessariis.* Posteriore verò operatur commodum & vtilitatem filij, puta cõfirmationem tabularum pupillarium, itemque dationem tutelę, ex *l. si nemo 9. D.de testam.tutel.l.2.C.eod.d.l.si filius*, itémque transmissionem hereditatis ad quoscumque ipsius heredes, *d.l.apud hostes* 8. *C.de suis & legit.* Hæc quoque distinctio falsa est ex vtraque parte. Ex priore quidem, quoniam certum est filiumfamilias, qui se nec immiscuit, nec abstinuit, teneri creditorib[us] hereditariis, non tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio, quamuis se possit abstinere. Nec. n. quòd se abstinere possit quicquã facit nisi re ipsa abstineat, *l.1.§.qui sunt in potest.D.si quis omiss caus.testa.* quandoquidem eum demùm suum heredem qui se abstinuit prætor habet pro non herede, non etiam eũ qui abstinere potest, *l.si filius* 12 *D.de interrog.an iur.faciend.* Alioqui nec enim qui se miscuisset in pupilli ætate, tutore autore, haberet pro herede, cùm possit is etiam abstinere, *d.l.necessariis.d.l.penult.D.de autor.tutor. d.l. ex contractu 44.D.de re iudic.* Neque verò lex vlla est quæ requirat sui heredis immix-

tionem ad hoc vt apud prætorem pro herede habeatur, sed hoc tantùm scribitur in iis præsertim legibus quas pro tuendo errore suo Bartolus adducit, filium qui se non immiscuit, habere beneficium abstinendi, vt ex quo die se abstinuit, conueniri à creditoribus hereditariis non possit. Nam quod Papin. ait in *d. l. si filius 12. de vulg. & pupill. subst.* propositum esse ius dicenti, liberos ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere: quo vno loco Bartolus passim abutitur, non ad alium suum heredem pertinet, quàm ad eum qui se abstinuerit, quia nec prætoris propositum est vt ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberet ignorantẽ, & liberari fortassis nolentem, sed tantùm vt liberet abstinentem ne inuitus cogatur subire onera quæ non sponte susceperit. Idque ita esse apparet euidẽtissimè ex eo, quod (vt mox dicemus) suo herede priùs defuncto, quàm sciret se patri suo necessarium heredem extitisse, transmittit ille nihilominùs hereditatem paternam ad heredem quemcumque, & quidem, quod est necessariò consequens cum omnibus oneribus hereditariis etiamsi hereditas non sit soluendo, adeo vt nepoti quoque necessarium sit abstinere se ab aui hereditate si nolit ab auitis creditoribus conueniri, *l. si quis filiumfamilias 7. §. 1. D. de acquir. hered.* quod tamen nulla ratione diceretur si filius ipse mortis suæ tempore non fuisset habendus pro herede etiam quod ad prętorem, cùm nec alio iure possit necessarium esse nepoti beneficium abstentionis, quàm quod alioqui posset ille ex patris sui persona ab hereditariis creditoribus conueniri, à quibus & pater ipse potuisset. Neque tamen possis dicere suum illum heredem se immiscuisse, quem ponimus decessisse priusquàm sciret necessarium se extitisse. Nullum enim hac parte priuilegium suus heres habet vt possit se immiscere, antequàm sciat defunctum patrem, quia nec extraneus pro herede gerere posset, *l. is qui heres 13. §. 1. l. qui hereditatem 19. l. heres institutus 32. D. de acquir. hered.* cum autem bonis se miscere conuenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur, *l. cum bonis 87. eod.* Posterior verò pars distinctionis Bartoli falsa quoque est, non in eo quòd vult sui heredis existentiam operari in filij commodum & vtilitatem, sed in eo quod restringit vim & potestatem existentiæ sui heredis ad illa quæ sunt ex filij commodo & vtilitate, cùm debuerit generaliter dicere sui heredis existentiam in omnibus & per omnia eosdem effectus habere iure prætorio quos iure ciuili habet quoties suus heres voluntatem suam non declarauit, siue id suo heredi commodum & vtile sit, siue onerosum. Item in eo quod hereditatis transmissionem ponit in numero eorum quæ sint vtilia suo heredi. Etsi enim potest id verè dici cùm hereditas lucrosa est; quid tamen si dãnosa sit, & non soluendo? In dubio autem illo an hereditas sit soluendo, necne, quod ipsum plerumque incertum est propter latens æs alienũ, nonne damnũ & incõmodũ, est potiùs q̃ cõmodũ, vt quis heres esse existimetur, atque ita æri alieno obligetur? Nam & hac ratione prohibetur pupillus hereditatẽ quantũuis lucrosam adire sine tutoris autoritate, *l. more 8. cum seq. D. de acq. her.* itẽmque fideicõmissariæ hereditatis restitutionem accipere, *l. restituta 37. §. vlt. cũ l. seq. D. ad SC. Treb.* cui tamen solet permitti vt etiã sine tutore sibi acquirat, suãque conditionem ex omnibus causis faciat meliorem, *l. obligari 9. in princip. iunct. §. hereditatem & seq. D. de tutor. & conf. tutor.* Ergo vel ex hoc maximè apparet verum esse quod proximè dicebamus, etiam in iis, quæ ad sui heredis onus & incommodum pertinẽt, haberi eum pro herede iure quoq; prætorio, cùm cer-

cùm certi iuris sit paternæ hereditatis transmissionem fieri à suo herede in quoscumque etiam extraneos ipsius heredes, vt & Bartolus ipse fatetur, & contra Accursium concludit in *l. ex militari* 11. *§. si filiusfamilias. D. de milit. testam. ex d §. filiusfamilias. d. l. apud hostes. l. de hereditate* 19. *§. filius. de castr. pecul. l. qui duos* 9. *§. cùm bello. D. de reb. dub. l. Lucius* 9. *D. de iur. fisc. l. liber. homo* 20. *§.* 1. *D. de stipul. seruor.* Reiecta etiam veterum quorũdam distinctione illa, An suus heres impeditus esset adire (sic enim illi loquebantur aditionis & immixtionis nomina iuráque imperitè confundentes) iusta ignorantia, vel quo alio iusto impedimento, necne. Indistinctè namque verum est transmissionem locum habere etiá iure prætorio, *l.* 2. *§ si quis ex liberis. D. ad SC. Tertyll.* nec ad hunc casum pertinere constitutionem Theodosij in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tab.* quæ ascendentium hereditates non agnitas nonnisi in descendentes transmitti patitur. Ius enim nouum ea constitutione induxit Theodosius in fauorem descendentium, qui sui heredes non essent vt eorum iura augeret, dato ipsis iure transmissionis ad descendentes, quod anteà non habebant, non etiam vt suorum heredum ius minueret quod semper habuerant. Et quamuis etiam de patris hereditate lex loquatur, id tamen sic accipi debet, vt vel de ea patre Theodosius senserit qui filium in potestate non haberet, vel nihil noui hac parte induxerit, quod & Bartolus benè vidit ad *d. §. si filiusfamilias.* Sed malè idem eo loco vt se extricet ab illa obiectione quòd hereditatis transmittendæ acquisitio possit damnosa esse pupillo, nimirum si hereditas non soluendo sit; respondet cum hereditate ipsa trãsmitti quoque beneficium abstinendi, quod haberet qui defunctus est si hodiè viueret, *ex d. l. si quis filiumfamilias* 7. *§.* 1. *de acquir. hered.* Hoc enim falsum est extra casum d. §. 1. id est præterquàm si ponamus duo concurrere, scilicet vt & decesserit suus heres antequàm sciret se necessarium extitisse, & paternam hereditatem transmiserit ad suum eundémque necessarium heredem, cuius meliorem quàm alterius extranei cuiuslibet heredis conditionem hac in re esse idcirco æquum est, quòd cùm sit necessarius heres patri suo, cuius hereditatem reperit iunctam cum hereditate aui, non potest ei imputari quod extraneo heredi imputaretur quare patris sui hereditatem agnoscẽdo aui quoque hereditatem susceperit, *d. l. paterfamilias* 28. *vers.* at cùm substitutus. *D. de reb. autor. iudic. possid. l. sed si plures* 10. *§. filio. de vulg. & pupill. subst.* Multo minùs autem possit ei imputari cur à patris hereditate non abstinuerit, quam ipso iure quæsitam habet. Quadratque optimè huic etiam casui ratio illa Papiniani in *d. l. si filius*, quòd prætoris propositum non sit liberos inuitos ab hereditate remouere, sed tantùm ab oneribus non spõte susceptis eos liberare. Si enim ei qui & patri suo & fratri impuberi vtriq; ex propria persona heres extitit, permittitur tamen ea ratione patris hereditatem recusare, fraternam autem retinere, vt ibi Papinianus ait, quanto magis permittendum est nepoti qui patri quidem suo ex propria persona heres extitit, sed auo suo nõnisi per mediam patris personam vt paternam hereditatem retineat, ab auita verò abstineat, à qua & pater abstinere potuisset? At finge patrem defunctũ postquam resciuerat heredem se patri suo necessarium extitisse, nec tamen declarata voluntate, an se immiscere vellet, an abstinere. An idem hoc abstinendi beneficium dabimus nepoti? Minimè, non magis quàm extraneo cuilibet heredi, quáuis pater habere potuisset, quem ponimus numquam se miscuisse, quia is qui nec immiscuit se, nec abstinuit, cùm sciret se iá ipso iure

heredem esse, credendus est hereditatem retinere potiùs quàm prætermittere voluisse. Ob idque non est ipsius heredi, siue suo, siue extraneo permittendum vt omittat ea hereditatem quam defunctus ipse, cùm posset omittere, non omisit, quod significare voluisse videtur Paulus in *d.l.si quis.§.vlt.* vbi post expressum supradictum casum specialem, De nepote, qui postquam patri suo necessarius heres extitit, abstinere vult ab aui hereditate, subiungit in contrarium, veluti generalis regulæ loco, in omni successione illum qui heres extitit qui Titio heres fuit, Titio quoq; heredem esse videri, nec posse Titij omittere hereditatem. Et verò aliter posito iure dicendum esset heredem quemlibet pupilli, etiam qui se tutore autore miscuisset, perinde transmissurum ad suum heredem etiam extraneum hoc beneficium abstinendi, quando & pupillus ipse, vt iam toties diximus, post immixtionem quoque beneficium illud haberet. Quod tamen ita esse nemo vnquam dixit. Est enim personale beneficium hoc quod pupillo datur etiam ante immixtioné, multo magis post immixtionem vt possit se abstinere, adeò vt dubitatum sit an filij qui se abstinuisset heres à creditoribus hereditariis conueniri posset; quasi abstentio filij, sicut facere non potuit, quominùs reuera filius heres & aliquando fuerit & semper manserit, ita nec debeat ipsius heredi prodesse, cuius persona non tantum quantum persona filij fauorem mereatur. Quamuis contrà placuerit filij abstentionem etiam heredi cuilibet prodesse, ne alioqui nec ipsi filio profuisse videretur, cuius hereditas ære alieno patris grauata vel nullum prorsus vel multo difficiliùs heredem esset inuentura, *l. Iulianus 42. aliàs l.si pupillus, iunct.l.si is qui 56. D. de acquir.hered.* Quanto minùs ergo dubitarunt prudentes, quin heres filij post immixtionem defuncti onera paternę hereditatis subire debeat, quæ filius ipse sponte susceperat viuus? Dico amplius, Si filius pubes fuerit qui paternæ hereditati se miscuit, isque postea filium suũ heredem & necessarium reliquerit, non magis permittendum nepoti quàm alij cuilibet extraneo, vt aduersus eam immixtionem impetret in integrum restitutionem, quamuis pater eius restitui potuerit, defunctus fortasse in minori ætate, aut intra tempora petendæ restitutionis, *d.l.necessarijs.* Nam quod dici solet beneficium restitutionis in integrum ex capite minoris ætatis dari etiam heredibus quamuis maioribus, *l.non solum 6.D.de in integr.restit.l.minor 18.§.vlt.cum l.seq.D.de minor.* ad hunc casum non pertinet, in quo nullũ ius habuit minor petendi restitutionem, nisi ex priuilegio & in eum duntaxat euentum quo mutaret voluntatem, mallétque postea abstinere: quod de illo dici non potest, qui post mixtionem decessit nullo dato indicio mutatæ volũtatis. Prius enim fuit vt qui se miscuerat mutaret voluntatem, quàm vt posset restitui in integrum ad se abstinendum. Mutandæ autem voluntatis facultas cùm personalissima sit, non magis transmitti potest à moriente in heredem quàm voluntas ipsa, quæ haud dubiè finitur morte, *l.si ita expressum 69.de cōdic.& demonstr.l.si ita 65.§.1.de leg.1.* Ergo nec in integrum restitutio ex iure defuncti, quæ in necessarium antecedens præsupponit mutatam à defuncto ipso voluntatem. Nec nouum est, vt quod vnius personæ beneficium præstatur, ad alium non pertineat, *l.cùm patronus 28.de legat.2. ac ne quidem ad heredem, l.quia tale 14. D.solut.matrim.l.ex pluribus 42.D.de admin.tutor.* Cùm igitur sui heredis heres siuè suus, siue extraneus non possit habere beneficiũ abstinendi eo casu quo defunctus sciuit se necessarium heredem extitisse, extraneus verò ne quidem illo casu quo suus heres ius suum ignorauit, quo dná obsecro

obſecro, ſui heredis commodum eſſe poteſt in eo quòd hereditatem paternã à qua ſe non abſtinuerit, omnimodo tranſmittit ad heredem quantumlibet extraneum? Incommodum certè & onus hoc eſt potiùs quàm commodum: ideóque ſi vera eſſet diſtinctio Bartoli, vtique fateri oporteret quod ille negat, ſui heredis exiſtentiam effectum ſuum non operari iure prætorio, quantum ad paternæ hereditatis tranſmiſſionem, ſaltem eo caſu, vt aliquid Bartolo largiamur, quo hereditas non eſſet ſoluendo. Quòd ſi de ea re agatur, quæ ad filij commodum aut incommodum nihil pertineat, adhuc quærit Bartolus an ſui heredis exiſtentia operetur, puta vt legata debeantur ex teſtamento paterno, item vt competant libertates. Et in ea opinione eſt vt concludat nihil operari ex *l.1.§.vlt.D.vt in poſſeſſ.legat.* vbi apertè ſcriptum eſt, ſi neceſſarij heredes abſtenti ſint, legata non deberi: itémque ex *d.l.etſi 6.§.ſi filius.de bon. libert.* vbi Vlp. ait, ſi filius liberti ab eo heres inſtitutus abſtinuerit, quamuis nomine ſit heres, patronum tamen admitti. Sed debuit animaduertere iis locis tractari de filio qui expreſſim ſe abſtinuerat, diſtinctionem verò ab eo propoſitam ad eum caſum pertinere quo filius tacuerit, nec ſuam voluntatẽ declarauerit an ſe immiſcere vellet, an abſtinere. Quo caſu proculdubio legata debentur, etiam à filij herede, ſiue ſuo, ſiue extraneo, in quem etiam hereditas ipſa teſtamentaria tranſmittitur *d.l.1.§.qui ſunt in poteſtate. D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.* Planè cùm filius ſe abſtinuit, legata quidem & libertates non eo minùs valent cùm & teſtamentum valeat ipſo iure, & filius qui ſemel ex teſtamento heres fuit, talis maneat etiam poſt abſtentionem *d.l.cùm quaſi 30.§.ſed etſi ſuus.D.de fideic.libert.* ſed tamen dicuntur non deberi, quia prætor, cuius ſolius eſt eas quoque actiones dare quæ competunt iure ciuili, nullas daturus eſt legatariis contra hunc ſuum heredem ſe abſtinentem, quem non habet ipſe loco heredis, *d.l.neceſſariis.* Contra eum verò cui actiones vtiles daturus eſt propter filij abſtentionem, multo minùs quia neque ex teſtamento heres ille eſt, neque fuit grauatus: ideóque obtinet in cæteris omnibus quæ pendent ex iuriſdictione prætoris: cuiuſmodi eſt ſucceſſio patroni in bonis liberti, de qua in *d.l.etſi.§.ſi filius.* item reſtitutio hereditatis ex Pegaſiano, cùm ſuus heres dicit ſuſpectam, nec vult reſtituere. Cogitur enim per prætorem fideicommiſſarium, non vt reſtituat citra immixtionem, ſed vt ſe immiſceat primùm, deinde reſtituat, *l.recuſare 6.§.ſed & ad filium D. ad SC. Trebell.* quia ſecum implicaret contradictionem prætor ſi putaret transferri poſſe actiones per reſtitutionem hereditatis quam cogeret facere illum quẽ pro herede non non haberet. Sed ſi prætoris autoritas non ſit neceſſaria fortè quòd nulla coactione opus ſit, parato filio hereditatẽ reſtituere etiam quam ſuſpectam dixerit, & cui nunquam ſe immiſcuerit, non eo minùs tranſibunt actiones ex Trebelliano *l.ita tamen 27.§.ſi pater filium.eod.* quoniam actionũ tranſlatio fit poteſtate iuris ciuilis non prætorij, cùm fiat poteſtate ſenatuſconſulti quod legis vim obtinet, ac iuris ciuilis partem conſtituit, iure autem ciuili verum eſt ſuum heredem eſſe filium etiam poſt abſtentionẽ: ſicq; loci illi qui alioqui valdè pugnare videntur conciliandi ſunt, non quomodo noſtri volunt, qui non alia ratione putant transferri actiones à filio ſe abſtinente in fideicommiſſarium citra immixtionem, quàm quòd potuerit per prætorem cogi vt ſe immiſceret. Nam ſi aliud nihil ſpectãdum eſſet, quidni eadẽ ratione diceremus poſſe illum cogi à prætore vt reſtituat nulla præcedente immixtione: Et tamen non ita eſſe apparet ex *d.§.ſed & ad filium.* Dices fortaiſſe,

redato. Ait enim non posse, quia, inquit, existẽtia sui heredis operatur confirmationem tabularum pupillarium in commodum filij abstinentis, siue ipse filius qui se abstinuit fuerit ei substitutus, siue facta ei fuerit substitutio, quorum neutrum est in proposita quæstione. At nos probauimus sui heredis existentiam semper operari in iis quæ pendent ex iuris ciuilis potestate, tametsi onerosa sint filio: multo igitur magis in iis quę nec incommodum, nec commodum vllum adferunt filio se abstinenti. Concludamus ergo contra Bart. in proposita specie cõfirmatam esse pupillarem substitutionẽ etiam in fauorem extranei substituti, quia semper verum est non esse sine herede testamentario patrem, qui suum heredem habet quamuis se abstinentem.

ERROR DECIMVS.

De creditoribus agẽtibus contra suum heredem qui se nec immiscuit, nec abstinuit: an habeant fundatam intentionem: & quid si expressim abstinuerit.

SVPERIORIBVS Bartoli erroribus ille etiam cõuenit, quem ex professo docet ad *d.l.necessarius 57. D.de acquir.hered.* vbi quærit, An creditores agentes contra suum heredem tanquã contra heredem patris habeant fundatam intentionem, nisi probet filius se abstinuisse. Et postquam admisit esse illum iure ciuili heredem, nec tantùm nomine, sed etiam effectu: concludit tamen si conueniatur à creditoribus tanquam heres, neque ex actis iudicij appareat quicquam ab eo factum quod immixtionem possit inducere, fortè si fuerit contumax, non posse illum cõdemnari, licèt nec abstinuisse illum appareat: mouetúrque hac vna ratione, quòd sicut ille qui obligatus est purè, si obligatio illa speratur nouari in conditionis euentum, non potest interim conueniri, *l.pecuniam 36.D.de reb.cred.* ita iste filius, licèt sit obligatus, quia tamen speratur tolli ista obligatio in conditionis euentum, scilicet si voluerit abstinere (nam & ita legendum est apud Bartolum. Bone verò Deus, quid hoc est, quòd in emendando quoque Bartolo laboramus!) interim conueniri non potest, nec habet necesse hoc opponere, quia ius hoc inducit. Subiungit confirmationem, quia id quod est verum à iure inductum, non est necesse exprimi per hominem. Et hic est casus, inquit per *l.1.C.si vt ab hered.se abstin. ibi. Fides veritatis verborum adminicula non desiderat.* & idem *in l.ei qui 12.sup.eod. tit.de acquir.hered.& in l.quæ sub conditione 8.in fin.D. de condic. instit.* Hæc verò germana Bartoli traditio est ipsissimis ipsius verbis concepta, quæ quoniam à cæteris communiter probata, & apud pragmaticos nostros passim receptissima est, & à nobis quoque tanto diligentiùs & exactiùs est confutanda, quod tamen iam satis superque factum esse fatebuntur, meo iudicio, qui legerint & intellexerint quæ in præcedentibus de sui heredis existentia disputauimus, si modò ad rationes & leges illas responderimus, quibus moueri se Bartolus profitetur. Ratio illa est quam attulimus petita ex comparatione puræ stipulationis nouandæ sub conditione, subtilis planè, vt minùs subtiliter intuentibus videtur, sed tamen meo iudicio parum apta. Est enim manifesta ratio differentiæ inter hos casus, quia stipulationis conditionalis interpositæ nouandi animo vis illa est, vt quandocunque existente conditione purum obligationem iam inde ex quo die conditionalis ipsa interposita est no-

uasse ac peremisse retrofingatur, *l. quoties 14. & l. nouatio 20. D. de nouat.* vbi additur stipulationem hanc, tametsi conditionalis sit, tamen etiam pendente adhuc conditione non tantùm valere, verùm etiam ius tribuere stipulatori, & quidem tale quod defuncto quoque stipulatore ante conditionis euentum transmittatur ad ipsius heredes. Proinde mirum non est interim agi nō posse ex præcedente obligatione pura, quæ in eo est, vt ex euentu possit videri iam tum perempta fuisse cùm ex ea agebatur. Ita enim ex postfacto appareret actum fuisse sine actione, aut actionem aliquam competiisse sine obligatione, quorum neutrum vulgares iuris regulæ patiuntur. Indéque etiam differentia illa descendit, inter legatum conditionale & stipulationem conditionalem, quod legatum conditionale ad heredem non transmittitur, stipulatio verò conditionalis transmittitur. Legatarius conditionalis ante conditionis euentum mortuus, numquam creditor fuisse intelligitur, ne quidem conditionalis. Stipulator verò conditionalis, creditor quoque cōditionalis est *l. si cui 42. D. de oblig. & act. §. ex conditionali Inst. de verb. obligat.* Nempe quia in stipulationibus factum stipulatoris versatur ex quo ius stipulationis nascitur, quod ei acquiritur vel purè, si pura stipulatio fuit; vel sub cōditione, si conditionalis. At in legatis nullum legatarij factum interuenit, sed sola potestas legis, quæ porrò legatum cōditionale numquam confirmat antequam conditio extiterit, ne frustrà confirmasse videretur, si conditionem posteà deficere contingeret. Legis siquidem sollenne propositum est, sicut & naturæ, vt nihil faciat frustrà quod non æquè de homine dici potest. At quid commune aut simile habet ius sui heredis cum pura obligatione, beneficium verò abstinendi cum stipulatione conditionali? Illud nimirum, inquit Bartolus, quod quemadmodum spes est, obligationem puram per conditionalē nouari posse, ideoque interim agi ex ea non magis potest quàm si nouata esset, ita suum heredē qui statim & ipso iure heres est, speratur abstenturum esse, & ob id non magis interim conueniri à creditoribus interim potest quàm si iā se abstinuisset. Quænam verò, inquam, spes ista est suum heredem abstenturum esse? aut ex quo colligenda? Fateor posse suum heredem se abstinere, & quidem ex solo prætoris edicto perpetuo, neq; necessarium esse prætoris decretum, quod necessarium est in beneficio deliberationis impetrando, *l. 1. l. si quis suus 8. & pass. D. de iur. delib.* qui sensus est Vlpiani in *l. ei qui 12. de acquir. hered.* vbi non illud scribitur, quod vult Bartolus, ei qui se abstinere potest, sufficere quòd se non immiscuerit, ad hoc vt videatur se abstinuisse, sed ad hoc tantùm vt possit se abstinere, nec esse necesse vt adeat ex hac causa prætorem. Longè autem aliud est dicere, Posse quem se abstinere, &, Iam se abstinuisse videri. Illud ad futurum tempus, hoc ad præteritum refertur. Cùm se iam abstinuit suus heres, exinde pro herede non habetur iure prætorio, quamuis maneat heres iure ciuili. Priùs verò quàm se abstinuerit, non tantùm heres est iure ciuili, sed etiā pro herede habetur iure prætorio, nec quòd se possit abstinere quicquam facit etiam apud prætorem, *d. l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam.* quia prætor id egit vt suis heredibus subueniret qui se abstinere vellent, non iis qui tantùm possent. Deniq; prætor ita demū eos habet pro non heredibus, non si se nō immiscuerint, sed si se abstinuerint, quod aliud planè diuersumque est, & è contrario habet eos pro heredibus non ita demum si se immiscuerint, sed ita si se non abstinuerint. Sufficit ergo vt non probentur se abstinuisse, quantum ad hoc vt quasi heredes

possint conueniri etiam apud prætorem. Alioqui dicendum esset non habituros suos heredes iure prętorio beneficium transmissionis, si decederent ignorantes se necessarios extitisse, cùm nec volens se immiscere potuerit qui ius suum ignorauit, *l. qui hereditatem 19. de acquir. hered.* quod tamen falsum esse constat ex *l. 2. §. si quis ex liberis D. ad SC. Tertyll.* in cuius specie posthumus qui dum in vtero esset, missus fuerat in possessionem, si postea natus sit suus heres patri, & ante acceptam bonorum possessionem decesserit, matri tamẽ nocet, & quidem quasi bonorum possessor, aut saltem tanquam is qui cùm sit suus heres, nec se vnquam abstinuerit, nulla indiget bonorum possessione, vt heres fuisse videatur iure quoq; prætorio, perinde acsi bonorum possessionem accepisset. Dixi sufficere, vt non probentur se abstinuisse: non autem sufficere vt probentur se non abstinuisse, quia negatio illa quòd se non abstinuerit, probari per rerum naturã non potest, *l. actor 23. C. de probat. l. adseruatio 10. C. de non numer. pecun.* nisi malis dicere probatam intelligi hoc ipso, quod contrarium non probatur, vt in *l. dotem quæ 30. D. de iur. dot.* At quòd suus heres se abstinuerit, facti est positiui & adfirmatiui, & idcirco probari & potest & debet ab eo qui abstentionem allegat, non ab eo qui negat, *l. 2. D. de probat.* Nec Bartoli sententiam in contrarium iuuant verba illa, *d. l. 1. C. si minor. ab hered. se abstin. cùm fides veritatis verborum adminicula non desideret.* Non enim id sibi volunt Imperatores, vt pręsumatur abstentio si non probetur, cùm dirigatur rescriptum ad filios ipsos qui nulla egebant præsumptione, vt viderentur se abstinuisse, sufficiente iis dicere se abstinere. Sed hoc tantùm vt sui heredes se abstinere volentes non cogantur probare quòd se non immiscuerint antea, siue quòd ea quoq; sit negatio, quę, vt proximè diximus, probari per rerum naturam non potest, siue quòd probetur hoc ipso, quòd contra filios immixtio præcedens nulla probatur. Dubitandi autem ratio illa erat, quòd pro eodem accipienda illa viderẽtur, *se non immiscere & abstinere*, abstentio verò facienda expressè ac omnimodo probanda esset: sed immò verò sunt ista differentia, Se nõ immiscet qui nec immiscet se, nec abstinet: abstinet verò non is qui se tantùm non immiscet, sed qui præterea voluntatem suam declarat, quòd nolit se immiscere. Itaque longè plus est se abstinere quàm se non immiscere, sicut ex diuerso plus est se immiscere quàm se non abstinere, quoniam qui se immiscet iam pubes factus, facultatem sibi præripit se postea abstinendi, quam tamen nemo dixerit amittere illum qui nec se immiscuit, nec abstinuit. Idque erat de quo apud Imperatores quærebatur, An auxilio restitutionis egerent sui heredes, vt possent se abstinere cùm voluntatem suam nondum declarassent, quasi ob hoc solùm quod non se abstinuissent, viderẽtur se immiscuisse, fuissetque ijs necessaria testatio contrariæ voluntatis, vt in specie *l. si filiusfamilias 16. D. ad SC. Macedon.* qui error conueniret adprimè & responderet errori huic Bartoli quem nos refutamus. Putat enim Bartolus filium pro abstento habendum esse hoc ipso quòd nõ probatur se immiscuisse, nisi quòd error Bartoli, (pace tanti viri dixerim) stolidior est, & ex illo ipso Imperatorum rescripto refellitur. Nam si sufficit, vt ille putat, quòd suus heres non se immiscuerit ad hoc vt abstentionis beneficio fruatur, nec magis conueniri possit à creditoribus patris quàm si se abstinuisset, quęnam ratio dubitandi in ea specie esse poterat propter quam vereri debuissent minores ne pro herede gessisse viderentur ob id tãtùm quod nec immiscuissent se, nec abstinuissent; si tale ius erat, vt qui se non immiscuissent,

pro abstinentibus haberi deberent? An potest quis videri pro herede gessisse, ob id quod videatur se abstinuisse? Iam verò quod idem Bartolus obiicit ex *d.l.qua sub conditione 8.§.vlt.de condic.instit.* ad rem nullomodo pertinet. Ibi enim non de abstentionis beneficio agitur, sed de iurisiurandi côditione, quã Vlpianus ait ex prætoris edicto sic remitti, vt non sit necesse hoc nomine adire prætorem: semel enim inquit à prætore in perpetuum remissum est iusiurandum, nec per singulos prætores remittendum, nisi fortè his etiam verbis abuti voluit Bart. vt ad propositum nostrum inferret, semel quoque datũ esse à prætore suis heredibus beneficium abstinendi, idq; in perpetuum, nec proinde singulis suis heredibus abstinẽdum esse. Sed si voluit ille ita ratiocinari, profectò mala & inepta ratiocinatio est: debuit enim hoc tantùm inferre, Non esse per singulos prætores permittendum suis heredibus vt se abstineãt cùm sufficere iis debeat quòd semel id permissum edicto fuit, vt in perpetuũ esset permissum. Quod quamquam ita est, non tamen inde fit consequens, vt suo heredi non sit necesse abstinere se si pro abstento haberi velit. Nec enim prætor quemquam abstinet, sed tantùm abstinendi potestatem facit, *d.l.necessariis*, neque id inuitis, sed abstinere se volentibus, *d.l.si filius* ᵱ. *de vulg.& pupill.subst.* Ex quo rursum intelligimus abstinendi beneficium non in spe positum esse, sed in potestate & arbitrio sui heredis, & in hoc quoque malã esse comparationem illam quam facit Bartolus stipulationis conditionalis puram nouaturæ, & abstentionis sub ea conditione suo heredi indulgendæ, si abstinere velit. Qui enim sub conditione stipulatus est, quæ non sit in ipsius potestate, spem quidem habet nascituræ obligationis, sed non ideo potest facere vt nascatur, non magis quàm vt conditio existat, qui alioquin ad heredẽ suum nihil transmittere posset si conditionem in sua potestate habuisset, siquidem fieri nequit vt conditio quæ in stipulatoris voluntate & potestate fuit ipsius morte non deficiat: & ideò cùm non possit facere stipulator vt côditio existat, hoc saltem ei concedendum est vt spem aliquam habeat, eámq; ad heredes transmittat, quippe quam ex facto suo quæsierit. At suus heres, in cuius voluntate & arbitrio positum est vt statim abstineat, quam spem abstinendi habere dici potest? aut quodnam ipsius factum intercedit, propter quod videri debeat iam inde ab initio aliquod ius quæsitum habuisse quod potuerit impedire effectum suitatis? Nullum penitus. Sed & quantum ista inter se distent ex eo quoque dignoscitur quòd existens conditio posterioris stipulationis côditionalis facit vt nouetur & perimatur prior quæ pura fuit, quinimò vt nouata peremptáque fuisse retrofingatur ex quo die interposita est conditionalis, vt supra diximus ex *d.l.pecuniam 36.D.de reb.credit.d.l.quoties 14.& l.nouatio 20.D.de nouat.* At quantumuis filius se abstineat, tãtum abest vt in præteritum heres numquam fuisse videatur, vt nec post abstentionem desinat heres esse & nomine, & effectu, vt paulò post dicemus, & iam probauimus ex *d.l.necessariis.d.l.sciendum 32.D.de manum.test.d.l.cùm quasi 30.§.sed & si suus.D.de fideic.libert.d.l.ita tamen 27.§.si pater ad SC.Trebell.* Quãto minùs ergo poterit sola spes abstentionis, vt loquar cum Bartolo, impedire vim & potestatem suitatis, ac facere vt qui nondum abstinuit, eo iure & fauore censeatur quo si iam abstinuisset ob hoc solùm quòd posset abstinere si vellet? Annon potiùs ei imputandum est cur abstinere statim nolit, cùm statim possit? Et in exemplo illo Bartoli cùm suus heres conuentus à creditore hereditario tanquam heres, contumax est, cur meliorem ipsius con-

ditionem

ditionem faciemus ob delictum, vt pro abstento habeatur ne possit condemnari, qui vel ob solam contumaciam condemnari deberet, quémque etiamsi præsens esset, & taceret, in solidum tamen propter contumaciam condemnari oporteret, quamuis re vera nonnisi pro parte heres esset, *l. de etate* ii. *§. qui tacuit. de interrog. in iur. faciend.* Quare nec illud ad rem pertinet, quod idem Bart. obiicit, nõ esse necessarium vt ab homine exprimatur verum illud quod à iure inductum est. In proposito enim verum quidem illud est, & à iure inductum, vt filius se possit abstinere, si velit, & hoc sanè ab homine exprimi necesse non est, at non similiter vt se abstineat, si nolit, aut vt pro abstento haberi debeat antequam declarauerit suam voluntatem. Indiget ergo ea res expressione, vt suus heres dicat an se abstinere velit, necne: quo incerto & pẽdenti, quid aliud facere etiam prætor ipse potest, nisi vt habeat interim eum pro herede in omnibus, cùm & rei veritas, meraque iuris ratio illa sit, & nihildum vrgeat propter quod vllo æquitatis prætextu rigor ille iuris, qui suum heredem facit etiam inuitum, nedum ignorantem, moderandus sit à prætore. Nec enim prætoris edictum sic conceptum est, vt suum heredem ita pro herede habeat, si velit ille heres esse, sed ita vt pro herede illum habeat, nisi heres esse nolit, suámque illam voluntatem declarauerit expressa abstentione, id est, ita vt pro herede illum non habeat eo demum casu quo heres esse nolit. Alioqui paulatim dicendum erit, non solùm condemnari non debere hunc qui nec se immiscuit, nec abstinuit, sed neque cõueniri vllo modo posse priùs quàm vel se immiscuerit, vel interrogatus sit an abstinere velit & responderit nolle. Quod tamen falsissimum esse constat ex *d. l. necessarius. d. l. penult. D. de autor. tutor. l. ex contractu* 44. *D. de re iudic. l.* 2. *D. de condict. furt.* Neque verò Bartolus qui in hac quæstione tot absurda effutiuit, hoc tamen dicere ausus est, nec quisquam alius quem viderim ex interpretibus, quamuis inter eos non defuerint qui dixerint ius abstentionis esse ex iure ciuili: de quo tanquam de maxima & valdè controuersa quæstione disputat latè Ias. in *l. vnic. C. quand. non petent. part.* Sed quemadmodum absurdissimum est de hoc dubitare, cùm innumeris iuris nostri locis scriptum sit esse ius hoc à prætoribus introductum, ita illud ineptissimũ, multóque ineptius dicere, ius abstinendi tollere potestatem iuris suitatis, etiam ante abstentionem; cùm etiamsi iuris ciuilis esset, ideoque potestatem eam haberet vt suitatem quæ est ex iure ciuili, tollere posset, non priùs tamen vires suas exerere deberet, quàm abstentio secuta esset. Non enim facultas abstinendi illa est, sed abstẽtio ipsa, quæ suitatis effectum eneruare potest, vt iam diximus. Hucusque prosecuti sumus duo illa priora membra distinctionis Bartoli, De potestate existentiæ sui heredis iure prætorio, siue suus heres se immiscuerit, siue nec se immiscuerit, nec abstinuerit. Superest expediendum paucis tertium & postremum eiusdem distinctionis membrum, si suus heres expressim se abstinuerit. In quo casu non dubitat Bartolus quin beneficium abstinendi tunc operetur & eneruet vires existentiæ sui heredis. Rationem reddit, quia damnũ filij est quotiescumque aliquid fit contra ipsius voluntatem, memor scilicet superioris illius subdistinctionis, An de filij commodo, an de onere & incommodo agatur. Subiungit duplicem exceptionem, Vnam si delictum sui heredis aliquod interuenerit, puta si quid ex paterna hereditate amouerit, vel dolo eius factum sit quo quid amoueretur ex *l. si seruum* 71 *§ prætor ait. & seqq. D. de acquir. here.* Alteram si voluntas testatoris faciat vt propter abstẽtionẽ

debeat iis carere quæ ex eadem voluntate habere debuisset si non abstinuisset, vt in specie *l. sed si non alias* 88. *& seq. de legat.* 1. vbi agitur de filio cui pro parte instituto heredi aliquid pater legauerat, sed eo animo vt non aliter haberet quàm si hereditatem retineret. Hæc quoque pars distinctionis si hanc posteriorem clausulam demas, tota falsa est. Iam enim suprà probauimus, tũ quoque cùm filius se abstinet, nihilominùs heredem eũ manere iure ciuili, ex eoque fieri vt in eo statu sint omnia quæ ex iuris ciuilis potestate pendẽt, etiam quantum ad prætorem, in quo essent si filius non abstinuisset, nisi quòd ad hoc vnum, vt neque à defuncti creditoribus, neque à legatariis, aut fideicommissariis conueniatur, licèt iis teneatur. Itaque & pupillares tabulæ valent, & libertates & tutelæ, nec tantùm quod ad ius ciuile attinet, sed etiam quod ad prætorem ipsum, qui vtique & pupillarem substitutum habebit pro substituto, & seruum cui data fuit libertas pro libero, & tutorem scriptum pro vero tutore testamentario citra vllam confirmationem, acsi filius expressim se immiscuisset, dabitque iis eas ipsas actiones, quas daret si immixtio præcessisset. Cur verò prætor ipsum filium qui abstinuit non habeat heredis loco, quantum ad hoc vt eum à creditoribus & legatarijs conueniri patiatur: ratio non illa est quam reddit Bartolus quòd filij damno id cessurum esset (quid enim si opulentissima hereditas proponeretur, quam retinere filio expediret?) sed quia solam filij voluntatem intuetur prætor, vt eum liberet ab oneribus hereditarijs non sponte susceptis, nec in eo magis quàm in alio vllo herede inquirit, an iustam causam habuerit necne, propter quam noluerit hereditarijs negotijs implicari, *l. si in testamento* 22. *in fin. D. si quis omiss. causs. testam. l.* 4. *D. ad SC. Trebel. l.* 4 *§. si quis ex vnica. D. de dol. except.* Cæterùm eo quoq; casu quo filius se abstinuit, licèt ex eo tẽpore non habeat illũ prætor heredis loco, tamen non eo magis habet irrita quæ filius antequàm abstinendi consilium caperet, gessit bona fide, quasi ab eo gesta, qui nullum in hereditate ius habuisse retrofingatur, sed ea seruat tanquam iure gesta, *l. quoties* 44. *de acquir. hered. l. si non expedierit* 6. §. 1. *D. de reb. autor. iudic. poss. d.* quod vtique fieri nec posset, nec deberet, si tota potestas existentię sui heredis quantum ad prætorem potestate abstentionis extingueretur. Idem probari etiam potest ex eo, quòd cùm suus heres se abstinuit, siue ante, siue post immixtionem, licèt ex autoritate prætoris bona vendantur perinde acsi nullus debitori heres extitisset, si quid tamen ex pretio supersit dimissis omnibus creditoribus, totum id pupillo seruari etiam prętor ipse iubet, *d. l. si non expedierit, in princip. l. si pupillus* 78. *D. ad SC. Trebell.* Hoc verò cur ita? Et cur non potiùs fiunt bona vacantia filio, quamuis pupillo abstinente quemadmodum fierent agnato proximo repudiante, ideoque ad fiscum pertinerent, aut si vnus ex prioris gradus cognatis bonorum possessionem accepisset, ac postea beneficio ętatis, ad eam omittendam restitutus fuisset, *l. vlt. D. de success. edict.* Nam & prętoris edictum perpetuum ita conceptum fuit, vt non aliter bona venderentur, quàm si fisco ex iis acquiri nihil posset, *l.* 1. *§. an bona. D. de iur. fisc. l.* 4. *§. si bona. D. de fideic. libert. l. si bona* 5. *C. de bon. autor. iudic. possid.* ne scilicet aliter posito iure fieret iniuria fisco, ad quem pertinere deberet quicquid post dimissos creditores ex eis bonis superesset. Nimirum prętor non habet bona patris pro vacantibus, sed pro bonis pupilli etiam post abstentionem, & idcirco vult seruari pupillo, non etiam fisco acquiri quicquid supereſt creditoribus dimissis. Quod tamen nullo colore, nedum iure faceret, si per abstentio-

abstétionem eneruata esset existentia sui heredis. Dices, Cur ergo in pupillo tantùm id obtinet, non etiam in cæteris suis heredibus? Nam supradicti iuris loci hoc ipso q̃ tātùm de pupillo loquuntur, cæteros omnes ab eodem beneficio excludunt. An quia pupillus priuilegium habeat vt etiam post abstentionem possit rursum se immiscere, dummodò bona non sint vendita, *d.l.necessariis.* Minimè. Iubet enim prætor seruari pupillo superfluum pretij etiam priùs quàm se immisceat: cùm nec venditionem ipsam bonorum aliter fieri patiatur, quàm hac lege, vt quod superauerit ex pretio, pupillo seruetur: sed quia sicuti pupilli fauor id exigere visus est, vt etiam post abstentionem ius se immiscendi retineret, ita hoc quoque vt ei seruaretur, quod superforet ex pretio bonorum paternorum propter abstentionem venditorum. Nec eo priuilegio digni sunt cæteri, qui abstinendo, licèt nequè nomen, neque ius sui heredis exuere potuerint, id tamen egerunt quantum potuerunt, ne pro heredibus haberentur. Itaque quamuis hoc casu non magis bona fiant vacantia quàm si pupillus fuisset is qui abstinuit, nec proinde ad fiscum pertinere debeat superfluum pretij, neque rursus prætextu fisci venditio bonorum impediri, nihil tamen ad puberem, qui se abstinuit redire potest, intérque ipsos creditores diuidi necesse est quantumcunque redigitur ex bonorum paternorum venditione, siuè plus illud sit, siue minùs, quàm quod debeatur: quasi sic transacto negotio inter suum heredem & creditores, cùm ille se abstinuit, vt sibi soluerent illi ex bonis defuncti, vel ea vendendo, vel inter se diuidendo, ac quasi in solutum accipiendo; aliter quàm si bonorum venditio ex edicto facienda esset viuo patre ipso qui debitor fuisset, tunc enim cogerētur creditores peragere bonorum venditionem etiamsi nollent, cùm alia ratione indemnitatem consequi non possent, quippe qui nec dominij iure bona debitoris sui vindicare possent, vel retinere, neque petere vt sibi pro debito adiudicerentur, *l.4.C.qui bon.ceder.poss.l. pro debito 6.l. cùm proponas 9. C. de bon. autor.iudic.possid.* quia si vēditione facta supersit aliquid ex pretio post dimissos creditores, totum id debitori seruari ęquum est, *l.vlt.C.si vend.pign.agat.* tum quoque cùm fiscus distraxit, *l.in fraudem 45.§.si plus. D.de iur.fisc.* At non similiter possis dicere æquum esse vt superfluum pretium seruetur suo heredi qui se abstinuit, & à se totū paternę hereditatis commodum abdicauit. Quid ergo aliud fieri possit nisi vt bona inter creditores diuidātur? prę terquàm si de pupillo agatur, cui non tam inuito quàm ignoranti in hoc fauetur, vt non tātùm se possit immiscere post abstentionem, si velit, antequàm sint bona vendita, sed etiam vt post venditionem, non quidem ad eam retractandam (in hoc enim æquale ius est omnium qui se abstinuerunt) sed ad superfluum cōsequendum, quasi finita sublatáque causa abstentionis, cùm post dimissos creditores, peractámque bonorum venditionem, nullum subsit periculum propter quod pupillus debuerit abstinere, aut vereri ne paternis negotiis implicaretur, quo solo metu fuerat ei permittendum à prætore, vt se abstineret. Planè puberis eadem ratio erit quæ pupilli, si ponas eum ex causa ætatis fuisse restitutum in integrum aduersus abstentionem, quia restitutus non tantùm re vera heres iure ciuili erit, sed etiam pro herede habendus in omnibus apud prætorem. Sed in pupillo semper hoc amplius est, quòd non magis eget restitutione, vt superfluum illud pretium consequatur citra vllam aliam immixtionem, quàm vt se immisceat ante venditionē. Refellitur etiam Bartoli sententia non obscurè ex eo quòd Paulus scribit in *l. si filius 12. D. de interrog. in*

Atque ita ex Sabino apertè scriptum est in *d.l. si seruum.§.vlt.* Vt enim qui semel abstinuit, postea pro herede apud prætoré haberi incipiat, non sufficit vt quid attingat hereditarium, nisi attingat eo animo vt abstinendi consilium abiiciat, quod ipsum fieri nequit, si non ad factum attingendi animus quoq; accedat se immiscendi, & hereditatem retinendi, qui tamen animus non magis per amotionem probatur in suo herede, quàm in extraneo animus acquirendæ hereditatis per expilationem, *d.l. si quis extraneus.* Malè tamen Bartolus hoc quod dicimus, suum heredem qui res amouit, refert ad odium ipsius, quasi propter suum delictum dignus sit in cuius odium existentia sui heredis quæ per abstentionem alioqui tolleretur, supersit salua. Non enim odio filij hoc fit, sed ex iure communi propterea quod, vt iam dixi, amouédo attingit, perindéque teneretur & abstinendi beneficium amitteret si aliter quoque attingeret, quàm amouendo. Præterea delictum hoc non facit vt filius amittat commodum abstentionis quasi iam sibi acquisitum, sed è contrario vti ne admittatur ad beneficium illud, nec ei permittatur abstinere. Quare nec accommodata exceptio est ad eum casum quem tractamus, quo filius se abstinuerit, quia prius esset vt filius abstinere posset, quàm vt queri oporteret an abstentio ei prodesse deberet, necne. Sed etsi nihil nisi delictum sui heredis intueretur prætor, quid referret vtrum ante an post abstentionem filius res amouisset? Immò proprius esset ille casus quo prætor ei adimere deberet beneficium abstẽtionis quod semel dedisset, si post abstẽtioné ab eo quid amotum videret. Atqui non eo magis habet hunc qui abstinuit pro herede, sed *p fure, d.l. si seruum §.vlt.* quia delictũ filij nõ solùm ipsius volũtaté nõ probat, q̃ abstẽtionis eũ pœnituerit, sed etiã cõtrariũ animũ demóstrat, quòd etiãnũ hodie heres esse nolit. Fateamur ergo, quod res est, totã quæstioné hãc malè à Bartolo aliisq; Bartolũ secutis interpretib⁹ tractatã, ita vti à nobis explicata fuit, explicãdam esse. Scripseramus iã de his nõnulla in Dec. secũda, sed multò ieiuniùs, quia nõ nisi cũ pragmaticis nostris sanè ieiunis & miserãdis Doctoribus res tũm nobis erat. Nũc paulò exactiùs, quia cõtra Bartolũ Ducem pragmaticorũ dimicãdũ nobis fuit. His verò illa etiã iũgi volumus quæ scripsimus *lib.2. Cõiect. cap.2. de emẽdatione, l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. possid.* Nã si ex illo Iauoleni respõso tollas ea verba, *postquàm filius se paternæ miscuit hereditati*, quæ tollẽda esse ostẽdimus & Iauolenũ intelligas, de eo casu quo filius institutus se abstinuerat vt in proponẽda facti specie apertè dixerat is qui Iauolenũ cõsulebat, probabit ille locus omniũ euidẽtissimè abstẽtioné sui heredis nõ facere quominùs prætor quoq; habeat illum pro herede in cæteris omnibus, prærerquàm in eo vt à defuncti creditoribus & legatariis cõueniri possit. Quia si vllus casus esset in quo nollet prætor in qua alia re illũ habere pro herede, is maximè esset quo ageretur de permittẽdo ei qui esset impuberi substitutus, vt omissa patris hereditate pupillaré amplecti posset, quãdoquidé pupilli quoq; interest valdè, prospici ne metu onerũ patris timidiùs quis etiã ipsius impuberis adeat hereditaté, *l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus. D. de acq. here.* Et tamẽ nõ dubitat in illa specie Iauolenus quin prætor, ex cuius iurisdictione filius, dũ viueret, beneficiũ abstinẽdi habuerat, nõ debeat idẽ beneficiũ accõmodare substituto. Idq; nõ alia ratione quàm quòd vna sit hereditas patris & filij eo tẽpore quo substitutus pupilli hereditaté adit, & cõsequẽter post filij quoq; abstẽtioné, cùm nec hereditas filij vlla sit quãdiu viuit, *l.2.§. interdũ. de vulg. & pupill. subst. l. ita tamen 27.§. à patre. D. ad S C. Trebell.* mors verò ipsius secuta sit abstentionem.

Quomodo autem posset prætor hereditatem filij abstenti,& hereditatem patris pro vna habere,aut etiam,si voles,pro duabus simul iunctis, vt loquitur *l.sed si plures. 10.§.filio.de vulg.& pupill.subst.* nisi suum heredem pro herede haberet etiam post abstentionem? Sed erit hoc dilucidius ex iis quæ proxima Decade iamiam dicturi sumus.

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS TRIGESIMA SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De suo herede se abstinente, cui datus fuit substitutus pupillaris.

DIXIMVS in præcedenti Decade de suo herede se abstinente,cui datus fuit substitutus vulgaris quantum satis est,nonnulla etiam de illo cui datus fuit pupillaris, sed non quantum necesse videtur, vt leges omnes quæ de hac quæstione tractant, intelligantur. Præcipuam verò quæstionem mouet Iuliani & Marcelli dissensio ab Vlpiano relata in *l.quæsitum 40.& l.Iulianus 42. alias l. si pupillus. D.de acquir.vel omitt.hered. in l.quæsitum*,quærit Vlpianus, Si quis paternæ hereditatis nihil attingat,aliquid tamen propter patris voluntatem habeat,vel faciat,an creditoribus paternis cogatur respondere, vt puta, inquit,si fuerit impuberi substitutus.Et refert Iulianum in hac specie scripsisse incidere hunc in edictum,si se immiscuerit impuberis hereditati,ratione illa quòd qui iudicium parentis oppugnauit, non debeat ex eadem hereditate quicquam consequi:sed Marcellum in suis ad Iulianum notis eleganter distinguere,vtrum hic quem ponimus impuberi substitutum, institutus fuerit ex toto asse in patris testamento,an ex parte,vt si ex asse procedat quidem Iuliani sententia:si verò ex parte,potuerit sine metu onerum patris remota paterna successione impuberis hereditatem amplecti.At in *l.Iulianus 42.* idem Vlp. refert eundem Iulianū eod.libro,scilicet vigesimo sexto Digestorum, & consequenter in eadem,vt videtur,specie scripsisse, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset,deinde aliquis ei heres extitisset, non esse illum compellendum creditoribus paternis respondere,nisi substitutus ei fuit:inclinare

enim Iulianum in hoc,vt putet substitutum etiam patris onera subiturum. Quæ sententia,inquit,rectè à Marcello notata est. Impugnat enim vtilitatẽ pupilli,qui ipse saltem potest habere successorem, ne alioqui metu onerum patris timidius quis etiam impuberis adeat hereditatem. Atque ita vulgò ab interpretibus,& à nobis etiam aliquando creditum est, Iulianum à Marcello dissensisse in quæstione illa,An substitutus impuberi instituto & se abstinenti pupillarem hereditatem amplecti possit omissa paterna, Marcelli verò sententiam præualere,quæ permittit ei vt possit. Quo admisso, difficultas alia occurrit,quodnam edictum illud sit, in quod substitutum incidere putabat Iulianus. Neque enim huc pertinere videtur edictum illud prætoris,si quis omissa caussa testamẽti hereditatem ab intestato possideat,quippe quod euidenter illos tantùm coerceat qui ab intestato possident hereditatẽ,quam ex testamento habere cùm possent, noluerunt,vt supremam defuncti voluntatem circumuenirent,*l.1 & tot.tit.si quis omiss.causs.testam.* Nos autem de illo tractamus qui non solùm paterni testamenti caussam, sed & ipsam patris hereditatem prorsus omiserit,nihilque ex ea hereditate attigerit, sed pupillarem duntaxat hereditatem amplecti voluerit : quem proinde non potest dici quicquam facere aut in fraudem testamenti,aut contra edictũ prætoris. Auget verò dubitationem ratio illa,quam reddebat Iulianus, si Vlpiano credimus,quòd is qui parentis iudicium oppugnauerit,non debeat quicquam cõsequi ex eadem hereditate. Probat enim nõ esse permittendum substituto,vt omissa patris hereditate succedat impuberi ex substitutione pupillari, potiùs quàm quod probare Iulianus noluit,& debuit, eum qui pupilli hereditatem agnoscit in qua fuerit substitutus,hoc ipso incidere in edictũ cuius potestate perinde teneatur creditoribus & legatarijs patris acsi hereditatem ipsius agnouisset.Adde quòd verba illa Iuliani *ex eadem hereditate*, non tantùm innuunt,sed etiam exprimunt manifestè patris & filij vnam eandémq; esse hereditatem,quo tamen falsius dici nihil potest. Etsi enim plerisque prudentibus visum est patris & filij vnum esse testamentum (alios enim aliter putasse constat ex *l.1.§. D.si cui plus quàm per leg.falcid.§. igitur.Inst.de pup.subst.* & ex *l.paterfamilias 28.de reb.autor.iudic.possid.* si poneres verba illa consulẽtis Iauolenum, *Mouet me quod præceptoribus tuis placet vnum esse testamentum*) nemo tamen vnquam dixit,vnam esse hereditatem, sed vnum testamentum duarum hereditatum,vt loquitur Iustin.in *d §.igitur.* Non minùs enim necesse est duas esse hereditates,quàm verum est duas esse personas, duplicémque mortem, defunctis ambobus,cùm patrisfamil.as cuiusque hereditas esse incipiat eo die quo is moritur,& nulla sit filij quandiu viuit, licèt iam mortuo patre, *l.ita tamen 27.§.a patre.D.ad SC.Trebell.l.2.§.interdum.D.de vulg.& pupill.substit.* Nec possis tot absurda effugere tametsi dicas cum Bartolo, & quod magis miror,cum Cuiacio lib.18. obser.cap.8. nouum & à superiore omnino diuersum esse edictum illud de quo Iulianus sensit, cuius & ea verba sibi fingit Bartolus,quasi dicerent, vt quisquis paternam hereditatem repudiaret,pupillarem habere non posset.Quod planè commentitium est,nec tãtùm Iuliani,sed etiam à Marcelli & Vlpiani sententia penitus alienum.Iulianus náq; in ea sententia erat, non vt diceret arcendum ab hereditate pupilli substitutum qui patris hereditatem repudiasset, at è cõtrario vt vellet inuitũ quoq; paternæ hereditati obligari eũ qui pupilli hereditatẽ sponte suscepisset,vt constat ex *princip. d.l.Iulianus*.Marcellus verò etsi supradictam Iuliani sententiam improbabat eo casu, quo alius ex patris testamento heres esse

posset, eandem tamé admittebat, si alius nemo patris heres fuisset. Vlp. deniq; Marcelli notam probans confirmat eam hac ratione quòd contraria Iuliani sententia impugnet vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successoré. Metu enim onerum patris, inquit, timidiùs quis etiam impuberis hereditatem adibit. At non tam Iuliani sententia impugnaret vtilitatem pupilli, quàm ipsum prętoris edictũ, si ita conceptũ esset, quomodo diuinat Bart. vt pupilli hereditatem habere non posset is qui paternam recusasset. Nec proinde tam de Iuliano, quàm de edicto cõquerendũ erat, cùm Iulianus hoc tantùm scripsisset in edictũ incidere substitutũ. Sed & quis credat Marcellum & Vlpianũ reprehendendi Iuliani studio tam apertè cõtra prætoris edictũ respõsuros fuisse? Ego tota hac quæstione meliùs apud me discussa, cum Iuliano sentio, cuius sententiá à Marcello nõ tã reprehensam quàm explicatá fuisse arbitror, sed à Triboniano potiùs quàm ab Vlpiano malè acceptá, & quod fuit cõsequẽs, immeritò reprehensam. Nec fortasse in toto iure nostro locus est aut explicationis, vt ita dicam, impossibilioris, si non emendetur, aut difficilioris emendationis, si quæ Tribonianus de suo adspersit, ab iis quæ Vlpianus scripsit, non discernantur. Illud primùm constituo aliam esse speciem quæ proponitur in *d. l. quæsitum*, aliam quæ in *d. l. Iulianus. in d. l. quæsitum*. tractari de filio impubere exheredato cui substitutus fuerit extraneus, qui idẽ fuerit in paterna hereditate institutus. At in *d. l. Iulianus*, de impubere instituto, sed abstinente, cui extraneus fuerit substitutus, non quidem in casum vulgarem, quod notari volo, sed in pupillarem. Hanc verò specierum diuersitaté probo ex vtriusque loci verbis. Nam in *d. l. quæsitum*, ita Vlp. scribit, *licèt quis paternæ hereditatis nihil attingat*, quæ verba non nisi prorsus ineptè accõmodari possent ei qui nõ fuisset ipse institutus. Quomodo enim posset hereditatis paternæ quidpiá attingere ille cui patris hereditas delata nũquam fuisset? Aut cur scripsisset Vlpianus, nihil ex paterna hereditate attigisse illum qui etiãsi attingere maximè voluisset, tamé nõ potuisset? Sed subiũcta Marcelli distinctio hoc ipsũ probat manifestiùs. Elegãter enim distinguebat multũ interesse vtrũ hic substitutus, de quo Iulianus tractabat, esset institutus ex asse in patris testamẽto, an ex parte; vt siquidem ex parte, posset sine metu remota patris successione impuberis hereditate amplecti, si verò ex asse, non posset. Ego auté quęro, quomodo potuerit ille institui ex toto asse si filius impubes, cui pater eũ substituerat, fuisset etiá institutus? An potuerũt fortasse duo institui ex asse singuli in solidũ, aut extraneus ex asse, filius verò ex qua alia parte nullo facto transitu ad dupondiũ? Tractabat ergo Iulianus, & post Iulianũ Marcellus eũ casum, quo filius impubes fuisset exheredatus, extraneus verò institutus. At in specie *l. Iulianus*, institutũ fuisse filiũ impuberé, probant clarissimè prima illa legis verba, *si pupillus paterna hereditate se abstinuisset*. Abstinere siquidem proprium est eius qui fit ipso iure heres, quod suo heredi instituto cõuenit, nõ ei qui fit exheredatus. Cumq; nihil sit in tota lege ex quo possit cõnci datũ fuisse filio coheredé, siue suũ, siue extraneũ, relinquitur necessariò vt ponere debeamus impuberé illũ ex toto asse institutũ, nullo ei adscripto coherede, vt & in specie *l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. possid.* His suppositis facile est animaduertere, neq; Iuliani sententiá, neq; Marcelli ad Iulianum notá vtrique casui conuenire potuisse. Est enim quàm maxima inter hos casus differentia, siquidé cùm filius impubes fuit exheredatus, solus autem & ex toto asse institutus ille qui eidem impuberi substitutus fuit, certũ est, nullomodo fieri posse, vt pupillarem hereditatem ex substitutione cõse-

-quatur omissa institutione, quia destituto patris testamento per hereditatis paternæ repudiationem, pupillares quoq; tabulas corruere necesse est, *l.2.§.adeò.l.sed si plures 10.§.si ex asse.D.de vulg.& pupill.substit.* Neq; hoc Marcellus ipse negat, quinimò supradicta sua distinctione confirmat: nō admittens pupillarem substitutum, eundémq; à patre institutum vt, prætermissa institutione succedat ex substitutione nisi cùm in institutione habuit coheredem. Quā distinctionē nec Iulianus ipse aut ignorauit aut improbauit, vt apparet ex alio eiusdē Iuliani respōso quod extat in *l.ita tamē 27.§.qui suspectā. D.ad SC.Trebell.* vbi cùm heres institutus, idémq; impuberi substitutus hereditatem patris suspectā dixisse, cōpulsúsq; adire proponeretur, exindéq; dubiū fieret an pupillarē quoq; hereditatē postea sibi delatā & acquisitā fideicommissario hereditatis paternæ restituere cogēdus esset, respōdit Iulianus duplicē adhibēdā distinctionē, aut potiùs distinctionē vnā cū subdistinctione. Distinguēdū enim esse, quibus verbis cōcepta esset pupillaris substitutio, an illis vulgaribus, *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, an simpliciùs, hoc modo, *Titius filio meo heres esto.* Priore casu, nō debere dubitari quin pupilli quoq; hereditas restitui fideicōmissario deberet, nō quasi in fideicōmissum deducta (ponimus enim rogatū heredē dūtaxat de paterna hereditate restituēda) sed quia nihil cōmodi ex testamēto retinere posset nisi patri heres fuisset volens & lubens, nō coactus, quādoquidē nō videretur testatori heres fuisse quantū ad capiēdū aliquid ex ipsius volūtate, nisi qui eo planē modo heres esset, quo esse illū testator voluisset, testator autē de volūtario non de coacto herede proculdubio sensisset. Posteriore verò casu subdistinguēdū an Titius solus institutus fuisset, an adiecto coherede; Si solus, non eo minùs cogendum illū hereditatē pupilli restituere, quod sub proprio suo, nō sub heredis nomine appellatiuo institutus esset, quoniam repudiata patris hereditate, si eā adire coactus nō fuisset, pupillo postea ex substitutione succedere nō potuisset: si verò adiecto coherede, aliud respōdēdū, eique pupilli hereditatē retinere, permittēdū quia potuit coherede adeūte (parū enim esset ponere datū coheredē, nisi ab eo aditā hereditatē poneremus) adire ipse ex substitutione quamuis hereditatē patris omisisset. Quid ergo sibi Marcellus voluit cùm Iulianum non aliud sentientem reprehendit? Nego fuisse in Marcello animū reprehendēdi hac parte Iuliani, quàmuis non defuerit fortasse studiū id tentandi & enitendi quantū posset, cùm de notis ad Iulianū scribēdis cogitauit, quod & Paulo & Vlpiano euenisse certū est in iis notis, quas ille ad Labeonē & Iauolenū, vterque verò ad Papinianum cōscripsit. Sed cùm simpliciter & indistinctè Iulianus de instituto eodémque substituto pupillari locutus esset, monuit Marcellus, nō vsque adeò generaliter & indistinctè accipiēdā eam Iuliani sententiā, sed cū distinctione illa quam eidem ipsi Iuliano, quamuis alio Digestorum libro, placuisse non ignorabat. Cùm verò filius impubes & in familia retentus heres scriptus fuit, eique extraneus substitutus, quæ vt diximus, species est *d.l. Iulianus*, non potest eadem ratio impedire quæ filio exheredato impediret, ne omissa patris hereditate pupillarem amplecti possit substitutus: quamuis filius abstinuisse proponatur, quia cùm non sit sine herede qui suum heredē habet, tametsi se abstinentem, vt super. Dec. toties diximus ex *l.cùm quasi 30.§.sed etsi suus. D.de fideic.libert.* nō alia confirmatione paterni testamenti egent tabulæ pupillares vt subsistant, ideóque siue filius hic solus fuerit institutus, siue adscripto coherede, & siue coheres ille suus sit, siue extraneus, denique siue extraneus ille adierit, aut sponte aut coactus,

siue repudiauerit, potest haud dubiè substitutus admitti ex pupillari substitutione, cùm patris testamentum pro parte confirmatum esse sufficiat, nō possit autem non esse confirmatum saltem pro ea parte pro qua filius & suus heres & institutus heres extitit patri, *l.1.§. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. causs. testam.* In eóque & Iulianus & Marcellus & quotquot vnquam fuerunt veri iureconsulti consenserunt, nec iis tātùm casibus quibus interpretes post Bart. hoc admittunt, cùm suus heres, institutus & abstentus vel substitutus fratri fuit, vel substitutum accepit, sed & illo etiam quem Bart. non admittit, cùm extraneus sui heredis instituti fratri exheredato impuberi substitutus fuit, vt disputauimus in præcedentibus. Nuda enim sui heredis existentia hoc operatur, tum quoque cùm sui heredis neq; commodum, neque incommodum vllum in eo versatur, quinimò etiamsi ea res posset vergere in ipsius detrimentum, quia quod ex mera iuris ratione legísque potestate proficiscitur, ex dubio rerum euentu pendere non potest. De hoc tantùm dubitare Iulianus potuit, An in posteriore ista specie substitutus, qui haud dubiè admitti potest ad hereditatem pupilli, cogatur etiam inuitus agnoscere patris hereditatem. In quam sententiam procliuior fuit quam à Iauoleno præceptore suo acceperat. Eadem enim Iauoleni sententia est, eáque pluribus & explicata & confirmata in *d. l. paterfamil. 28. de reb. autor. iudic. possid.* vbi docet, non eādē hac parte rationem esse posse filij impuberis & substituti, Filij pudori parci, vt cùm à patris hereditate abstinuit, patris potiùs quàm filij bona væneant. At substituti pudori non similiter parcendum esse quominùs creditoribus paternis respondere cogendus sit, eo quoque casu quo bona patris omnia vænierint adhuc filio viuente, quamuis nihil omnino commodi ex paterna hereditate substitutus consequatur, neque consequi vnquam possit. An quòd ipsius substituti facto vtraque hereditas coniungatur, vt aliquando putabamus? Minimè verò, in eóque tum errasse nos nunc agnoscimus. Iuris enim potestate, non facto substituti coniungitur hereditas filij cum hereditate patris statim atque filius mortuus est, sicuti filio viuente iam erat iuncta hereditas patris cum patrimonio filij qui suo patri suus & necessarius heres fuit. Itaque cùm substitutus hereditatem pupillarem adit, non coniungit hereditates, sed iam iunctas reperit, & ideò nimirum adeundo alterutram sponte, vtramque sibi acquirit inuitus, cùm sciuerit, aut scire debuerit, non alia lege alterutram acquiri posse, nec quòd bona amplius nulla sunt patris post venditionem à creditoribus factam, eo minùs patris hereditatem durare, quæ sc. in iure consistit, non in corpore, potéstque intellectum iuris habere, non tantùm vbi nulla sunt bona, sed etiā vbi nulla esse ampliùs possunt, dūmodo fuerint aliquando aut esse potuerint. Si tamen heres aliquis fore speretur, quod omnium euidentissimè locus ille Iauoleni probat, Cur ergo, dicat aliquis, si pupillus qui patri heres extitit, postea se abstinuerit, deinde aliquis ei ab intestato heres extiterit, non erit ille compellendus paternis creditoribus respondere? Hócne est quod ex Iuliano primùm scribitur in *d. l. Iulianus*, aliud nimirū sensisse ipsum in legitimo pupilli absenti herede, aliud in substituto? annon eadem iuris ratio heredem quoque legitimum obligat, vt hoc ipso quòd filij hereditatem adit, patris onera subire debeat, cùm & sponte adeat hereditatem pupillarem non minùs quàm si substitutus esset, & adeat eo tempore quo vtraque hereditas iuncta esse iam cœperat? Quidni hoc etiam casu locum habet sententia illa Pauli, quæ generalis est in *l. si quis 7. §. vlt.*

ult. D. de acq. hered. in omni successione illum qui heres extitit ei qui Titio heres fuit, Titio quoque heredem esse videri, nec posse Titij omittere hereditatem. Respondeo pro Iuliano diuersam esse hac parte rationem legitimi heredis pupilli & substituti pupillaris. Etsi enim vterque in pupilli ius succedit, ipsiúsque personam repræsentat, alio tamen & alio iure. Legitimum heredem sola lex vocat, aut etiam tacita voluntas patrisfam. cùm is potuit facere testamentum, etsi intestatus decedere maluit, *l. 3. l. conficiuntur* 8. *D. de iur. codicil.* Proinde cùm quis legitimus heres est ei qui ius habuit beneficio abstentionis ex edicto prætoris, vt paternis creditoribus respondere non cogeretur, nec ipse respondere cogendus esset, alioqui non videretur succedere in omnia iura defuncti, si commodum abstentionis quod defunctus habuit ei eriperetur, nec filius ipse cui prætor ius abstinendi æquissimè indulget magnum à prætore beneficium accepisse videretur, si abstinendo hoc tantùm consequeretur, vt quandiu ipse viueret, conueniri à creditoribus patris non posset: attamen heredem suum quisquis ille futurus esset, etiam legitimum, omni æri alieno patris obligatū relinqueret. Sic enim ferè omnes affecti esse solemus, vt non minùs heredibus nostris quàm nobis ipsis prospectum esse velimus, víxque aliud nos habere putemus, quàm quod in heredes nostros transmittere possimus, cùm ad cuiuslibet existimationé illud maximè pertineat, vt locupletem hereditatem relinquat, cuius aditione venditio bonorū & auctionis infamia impediatur. At substitutum pupillarem facit voluntas patris, cuius solius iudicio tota pupillaris substitutio accepto ferenda est, licèt filij testamentum sit non patris. Itaq; cùm adeundę pupillaris hereditatis tempore vtramq; hereditatem iuris potestate iunctam reperiat, licèt propter abstentionis beneficium quod pupillus habuit separatæ videantur, adeundo pupillarem, paternam quoq; adire intelligitur, quoniā separatio illa quæ per abstentionem inducitur, vt ait Papin. *l. si filius 12. de vul. & pup. subst.* contra patris iudicium, & voluntaté inducitur, qui vtiq; famæ suæ consultum mallet, quàm famæ filij, quem ob eam causam necessarium heredem habere voluit, & consequenter non potest ea abstentio & separatio quæ fit contra voluntatem patris prodesse substituto qui non venit nisi ex eiusdem patris voluntate: quomodo è contrario potest & debet prodesse legitimo heredi, cuius parum refert quid pater voluerit & senserit, ex cuius iudicio siue expresso, siue tacito non succedit. Estq́ue ratio ista iuris tam euidens vt non possim mihi persuadere hanc Iuliani sententiam Marcello aut alij vlli ex veteribus illis prudentibus displicuisse. Quam enim ad Iulianum à Marcello notam adhibitam fuisse iam diximus de adhibenda distinctione illa, Vtrum pupillaris substitutus solus à patre institutus heres fuisset, an adiecto coherede, ad hūc casum non pertinet, in quo pupillus, idémque suus heres fuerit à patre institutus, & postea abstentus, sed ad alium illū planè diuersum, in quo pater exheredato filio impubere substitutum pupillarem etiam sibi scripserit heredem. Quo casu sicuti nulla est coniunctio pupillaris hereditatis cum paterna quæ in filij patrimonium versa nunquā fuit, ita nec vlla ratio est quæ substitutum pupillarem obliget, vt pupilli hereditatem adeundo videri debeat paternam quoq; adiisse, si modò qua alia ratione patris testamentum cōfirmatum fuerit, quod vtiq; confirmatur coherede aliquo & adscripto & adeunte. Igitur fatendum est, vel duplicem Marcelli ad Iulianum notam & reprehensionem fuisse, quæ ad diuersas illas species accommodari possit, quod nullo

modo est probabile, cùm vtraque Iuliani sententia sumpta sit ex eodē Iuliani libro, sc. xxvi. Dig. vel quod lōgè probabilius fuerit, Marcelli notam à Triboniano malè perceptam, & contra Marcelli propositum pro reprehensione acceptam, ad alium casum protractam, quàm de quo Marcellus cogitasset, nempe ad illum quo filius impubes aut pupillaris substitutus datus esset, & institutus & abstentus fuisset. Cui tamen casui eam Marcelli distinctionem, quam retulimus conuenire non posse ex eo apparet, quòd cùm filius extitit suus heres patri, satis hoc ipso confirmatæ sunt patris tabulæ, nec nisi frustrà possis requirere vt filio datus sit aliquis coheres, multò minùs verò vt coheres ille adierit. Tūc enim duntaxat ea distinctio necessaria videri potest cùm filius impubes cui pater substitutum dedit, exheredatus fuit, non cùm institutus, vt & Iuliani locus ille probat, quem nos suprà explicauimus in *l. ita tamen 27. §. qui suspectam. D. ad S.C. Treb.* Falsum ergo est eam sententiam Iuliani quæ refertur in *d. l. Iulianus*, à Marcello notatam esse, &, si à Marcello notata esset, auderem dicere falsum esse quòd Vlp. diceret rectè notatā fuisse. Nam immò verò mala & pessima esset reprehēsio, vt ex iis constat quæ huc vsque diximus, & ex tota illa eleganti disputatione Iauoleni in *d. l. paterfamiliā 28. D. de reb. autor. iudic. possid. vel venund.* quæ alioquin explicari, aut cū *d. l. Iulianus* conciliari nullo modo posset, quod fatebitur sanè quisquis volet cum his quæ hoc cap. & in præcedentibus tractauimus, ea iungere quæ scripsimus lib. 2. Coniect. ca. 2. Nec me monet ratio illa dignior certè Triboniano quàm Vlpiano, quòd sententia hæc Iuliani quā nos probamus, impugnet vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem: quasi verò sine successore sit pater qui suum heredem habet quanuis se abstinentem, quod tamē disertè idē Vlp. negat in *d. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus. D. de fideic. libert.* At non videtur habere, inquies, quia prætor hunc qui abstinuit nō habet heredis loco. Fateor, sed non eo minùs re vera habet, tum quoque cùm filius abstentus viuit. Eo verò defuncto non dicimus, vt nec Iulianus, pupillū nō posse habere successorem, nec illud quoq; patrē non habere successorem (quod vtrumq; tamen præ se ferunt illa Triboniani verba, *qui ipse saltem potest habere successorem*) sed è contrario defendimus, substitutum, qui pupilli hereditatem cum paterna iam ipso iure iūctam vltrò adit vtriq; heredem fieri & filio & patri, filio per se & immediatè, patri verò per mediam personā filij. Quod verò alterius rationis loco subiicitur: *metu enim onerum patris timidiùs quis etiam adibit hereditatem*, licèt non leuem habeat æquitatis colorem, quia videtur pupilli interesse vt testamentarium heredem habeat potiùs quàm legitimum, siue quòd ius condendi testamenti, quod nihil aliud est quàm legis faciendæ sit per se honorificentissimum, siue quòd salus pupilli non meliùs in tuto collocari possit aduersus proximorū insidias agnatorū q̄ si substitutio pupillaris conseruetur, attamen non potest hic pupilli fauor efficere vt tota iuris ratio peruerti debeat, quæ peruerteretur vtiq;, & cum iuris ratione ipsa quoq; voluntas patris, quæ omniū fauorabilissima est, si patris hereditatem omittere, atq; ita patris iudicium destituere liceret substituto, qui nōnnisi ex eodem iudicio ad pupillarem substit. admittatur: plus verò posse hac in re voluntatem patris, præsertim quæ cum iuris ratione coniuncta sit, q̄ pupilli fauorem, non est mirum, cùm substitutio ipsa pupill. quæ hunc pupilli fauorem inducit, tota sit ex patris iudicio & voluntate. At non similiter possit substitutus pupilli defuncti nomine, non magis quàm suo, imputare patri cur substitutionem talem fecerit filio ad eripiendum ipsi substituto cōmodū absten-

tionis quod alij cuilibet filij legitimo heredi eripere non potuisset, cùm & ipsius pupilli interfuerit testamentarium heredem habere potiùs quàm legitimũ ob eas ipsas rationes quas diximus,& substitutus nonnisi stultè possit cõqueri de facta pupillari substit. sine qua nullum ius in hereditate pupilli esset ipse habiturus. Nunquá. n. potest quis alteri obiicere ac imputare factum ex quo ille ipse lucrũ sentiat, *l. si extraneus* 33. *l. cùm in fundo* 78. §. *quòd si mulier. tit. l. si res æstimata* 12. §. 1. *ver. quia boni consulere* D. *de iur. dot.* Itaq; cùm is rei status sit vt vel fauori pupilli vel voluntati patris iniuriam aliquam fieri necesse sit, negligimus fauorem pupilli, vt faueamus voluntati patris, sine qua nihil esset quod circa pupillarem substitutionem de pupilli fauore tractari posset.

ERROR SECVNDVS.

De sententia & emendatione, l. Iulianus 42. D. de acq. hered.

POST suprascriptam Marcelli ad Iulianum notam, & reprehensionem quam Triboniano potiùs adscribendam esse diximus, sequitur apud Vlpianum in *d. l. Iulianus. Alioquin* (inquit) *etsi frater fuit omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, & quidem impune. Nec enim videtur voluisse fraudare edictum qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli implicaretur.* Hinc totam clausulam interpretes nostri vulgò post Bartolum Marcelli esse putant, quasi consilium dantis substituto satagenti prospicere sibi aduersus rigoré sentétiæ Iuliani, vt nimirũ si hereditaté impuberis ab intestato possit consequi, omittat causam substitutionis, puta si frater sit qui fuit substitutus, ne si aliter faciat, periculũ incurrat subeundorum ex Iuliani sententia onerũ paternorũ. Ac quonia illud statim occurrebat quod posset obiici, locũ fore prætoris edicto, si omissa causa testaméti hereditas ab intestato possideretur, *tot. tit. si quis omis. caus. test.* volunt illi ad hãc obiectioné respõdisse Marcellũ, nõ videri voluisse edictũ fraudare hũc qui sibi tantùm voluit prospicere, quiq; fraudé nõ tá fecit quàm exclusit, vt & in specie, *l. cùm pater* 77. §. *Titio antepen. de legat.* 2. Prætor namq; suo illo edicto nõ id egit vt præcisè intercideret ne quis omissa causa testamenti hereditaté ab intestato retinere posset, at eo tantùm casu quo per fraudé id fieret, ac dolo malo, *l. quia autem* 6. § *si patronus in fin.* D. *ill. tit. si quis omiss. caus. test.* Ego verò in hoc quoque Bartolũ errasse puto, neque dubito quin Vlp. eo verbo *inquit*, per parenthesim interiecto, Iulianũ intellexerit nõ Marcellũ, de quo tamé faterer cũ Bartolo intelligendũ fore Vlpianũ, si quid ille in præcedentibus de Marcello dixisset, tátóque magis hinc moueor vt verũ esse puté quod affirmo, totá illá Marcelli notá planè cõmétitiá & nothá esse à Triboniano cõpactá, non ab Vlpiano. Voluit enim Iulianus rationé adferre eius quod dixerat, sentétiam illá initio legis positá, vt pupilli instituti & absenti heres nõ sit cõpellédus respõdere paternis creditoribus, nõ esse vsque adeo generaliter & indistinctè accipiédá, sed sub eá exceptione quá idé Iulianus addiderat, nisi is qui pupillo heres extitit, fuerit ei substitutus. Eá verò exceptioné probabat Iulianus arguméto sumpto ab absurdo, quòd si quis tá generaliter & sine exceptione admittendum putaret quécũq; heredé pupilli etiá substitutũ, (non dico ex substitutione, sed substitutũ propter id quod mox subiicietur) pupilli priuilegiũ habere debere ne paternis creditoribus respõdere cogatur, fateri necesse esset nec illũ pupilli heredé cogendũ respondere patris creditoribus, qui & legitimus heres, puta frater esset, & prætereà impuberi fratri substitutus, si omissa pupillari substi-

tutione possideret hereditatẽ ab intestato. Is enim proculdubio non teneretur, si substitutus non esset, quamuis agnati proximi iure succederet, vt & Iulianus cum cęteris omnibus & cęteri omnes cũ Iuliano fatẽtur. Atqui absurdũ esset hunc qui & legitimus heres & substitutus est, omittendo substitutionẽ liberare se ab ære alieno patris, si ab intestato retineat hereditatẽ pupilli. Ergo generalis illa propositio quæ habet heredẽ pupilli abstenti, non esse cõpellendũ ad æs alienum patris, non vsque adeò generaliter accipiẽda est, sed cũ perpetua illa exceptione, nisi heres ille fuit substitutus. Sed probandæ sunt singulæ huius syllogismi propositiones. Maiorẽ propositionẽ, aut potiùs cõsecutionem in maiori illa positã illud probat quod iã diximus, & nemo negat fratrem qui fratri impuberi heres legitimus esset, nõ etiã substitutus, nõ futurũ creditoribus patris obligatum, quãuis ab intestato fratris hereditatẽ obtineret. Verùm illud quoq; supponendũ est quod nec quisquã negauerit, propositionem generalẽ, si generaliter & indistinctè accipiatur, casus omnes cõprehẽdere quibus cõueniũt verba propositionis, *l.1.§.pen.D.de aleator.cũ vulga.* Atqui propositio quã Iulianus indistinctè & vniuersaliter verã esse negat, si vniuersaliter & indistinctè concipiatur, sic habebit, *Omnem pupilli abstẽti heredẽ liberãdũ esse ab ære alieno patris.* In hac autẽ vniuersalitate is etiã continetur, qui fratri suo impuberi & legitimus heres & substitutus est, siuè fratris hereditatẽ habeat tãquã agnatus proximus, siuè tãquã substitutus. Nõ enim eo minùs fratri heres legitimus videri potest, quòd etiã substitutus fuerit, præsertim cùm succedit ab intestato repudiata substitutione. Ergo hic quoq; casus & generalitate verborũ, & veritate propositionis continebitur. At probem⁹ iã absurdũ fore illud dici, eũ, qui & legitimus heres fratri & substitutus fuit, posse omittẽdo causam substitutionis effugere incõmodũ ęris alieni paterni si ab intestato rètineat hereditatẽ. Ita enim probatũ relinquetur, nõ posse illã generalẽ propositionẽ absolutè & vniuersaliter verã esse, subiiciẽdamq; necessariò exceptionẽ à Iuliano additã, *nisi substitutus fuit*, Rationẽ quę hoc probet, ex ipsis Iuliani verbis, si alia nõ fuerunt quàm quę Vlp. refert, colligere non possumus, sed ex iis colligẽda est quæ Iulianũ verisimile est non alia de causa prætermisisse, quàm quòd videret facilè suppleri posse ab iis qui vel minimum in iure nostro essent versati. Quamquã ne quid nos quoq; falsò comminisci videamur, suppleamus ea tãtùm quæ à Iauoleno Iuliani præceptore tradita legimus in *d.l.paterfamilias 28.de reb.autor.iudic.possid.* & ab aliis Iureconsultis, non vno iuris loco, præsertim verò ab Vlpiano ipso in *l.sed si plures 10.§.filio.de vulg.& pupill.subst.* & à Papiniano in *l. si filius 12.eod.* ac syllogismum ita conficiamus. Quotiescumq; heredis hereditas cum primi testatoris hereditate coniuncta reperitur, fieri non potest quin æs alienũ quod vtriusq; hereditatis fuit, coniungatur, & in omni ęre alieno quod vtriusq; fuit, heres heredis obligetur tanquã heres vtriusq; ex mera iuris ratione, nec tantùm ciuili iure, sed etiã prætorio, nisi secundi heredis persona talis sit, cui prætor ex æquitate beneficium separationis indulgere debeat, aut proprio ipsius fauore, vt in filij qui ante abstentionẽ ignorans decesserit herede necessario, de quo in *l.si quis filiumfamilias 7.§.1.D.de acquir.hered.* aut ex defuncti heredis persona, vt in quolibet filij abstenti herede legitimo, de quo in *d.l.Iulianus. in princip.* probatúrque hæc conclusio ex *d.l.paterfamilias.vers. at cùm substitutus.& d.l.si quis.§.vlt.l.antepen.in fin.D.de vulg.& pup.subst. l.vlt.C.de hered.instit.d.l.sed si plures.§.filio.* Et ratio manifesta est, quia nec vl-

la hereditas est quæ defuncti æs alienum, si quod fuit, non contineat, nec vlla hereditatum coniunctio inducta ex potestate iuris ciuilis, quin sit perpetua etiam post concessam à prætore separationem. Prætor enim cùm separationis beneficiū indulget, nō separat re vera hereditates, quod non magis facere potest quàm ius ciuile tollere, sed facit tantùm, vt quantū ad cōmixtionē æris alieni habeatur pro nō côiunctis, siue creditoribus ipsis côcedatur separatio, vt *in tot. tit. de separat siue heredi, vt in d. l. si filius, & in l. necessarijs 57. & d. l. Iulianus. in princ. de acquir. hered.* Veniamus ad minorē, (aliter enim tā intricata quęstio extricari numquam posset) Atqui cùm filius patri extitit, licèt postea se abstinuerit, & post abstentionē decesserit, iuncta cœpit esse hereditas, *d. §. filio,* adeò vt quod magis est, nō nisi vna sit & patris & filij hereditas, *d. l. paterfamilias. vers. at cùm substitutus.* Plus namque est ex duabus hereditatibus vnā factā, vt scriptū est in dicto versic. *at cùm substitutus,* quàm duas hereditates simul iūctas esse. Ergo fieri nō potest quin substitutus pupillaris qui pupillarē hereditatē quàuis ab intestato & omissa substitutione amplectitur, omnibus patris creditoribus perinde teneatur, & côueniri ab iis possit, quàm si ex pupillari substitutione heres esset. Quid enim potest referre creditorum quo iure hic frater fratri suo heres sit: an ex testamēto, an ab intestato, dūmodo iure aliquo sit heres? An fortè ad æs alienū defuncti minùs tenetur ille qui ab intestato heres est, quàm qui ex testamēto? An verò destituto per repudiationē testamēto corruunt actiones creditoribus defuncti cōpetētes, quomodo corruerent legata, fideicommissa & libertates? An non è contrario supersunt integræ in bona defuncti, tùm quoque cùm defuncti heres nullus est, neq; ex testamēto neq; ab intestato? Quid igitur facere potest ad exonerandum substitutum ab ære alieno patris quòd non sit heres pupilli ex testamēto, si sit ab intestato? Vnum est quod ad ista omnia pro substituto cōtra Iulianū respondere quis possit, Si bona esset nostra ratiocinatio, perinde futurum vt inferri oporteret, Legitimū quēlibet heredē pupilli abstenti cogendū paternis creditoribus respōdere, quamuis non esset substitutus. Nam & in illius personam militat eadem ratio quæ cōtra substitutū, quòd patris & filij hereditas vna sit, & cōsequenter quòd in omni ære alieno, quod patris & filij fuit, quemcūq; pupilli quàuis abstenti heredem obligari necesse sit. Et tamen certū est, nec Iulianū ipsum dicturū fuisse qui apertè cōtra scripsit in *d. l. Iulianus.* Ergo nec nos dicere debemus qui pro Iuliano cōtra Tribonianum disputamus. Quemadmodum enim suprà diximus ex eodem Iuliano falsā esse propositionem illā vniuersalem, *Omnē pupilli abstenti heredē liberandū esse ab ære alieno patris,* si vniuersaliter & absolutè accipiatur, i. nō addita ea exceptione, *nisi fuit substitutus.* Ita nec contrariam illā Iulianus admitteret, quā neq; nos admittimus, *Omnē pupilli abstēti heredē cogendū respondere paternis creditoribus,* si non addas eam exceptionem, *nisi legitimus heres sit, & quidē non substitutus.* Legitimum nàq; impuberis heredem, si modò substitutus non fuerit fatemur patris creditoribus respōdere cogendum nō esse. Quid igitur ad responsionem & obiectionem illā pro Iuliano replicabimus? Primùm idipsum quod iam docuimus ad finem capitis præcedentis. De ratione diuersitatis inter legitimum heredem impuberis & substitutum. Nec. n. hîc repetere necesse est. Sed maioris explicationis gratia, quoniā in hoc vno stat vis tota quæstionis, addendum est quod nemo obseruat, illo etiā casu, quo agitur de legitimo, eòq; nō substituto herede pupilli, velle nos teneri eū creditoribus patris,

perinde acsi succederet ex substitutione, nec vllam Iulianum differentiã inter legitimum heredẽ & substitutũ agnoscere quantum ad hoc vt vterq; paternis creditoribus ipso iure teneatur (quibus & filius ipse qui abstinuit, si viueret, ipso iure teneretur, *d. l. necessarijs*) sed cũ Iuliano sic loquimur, vt dicamus non esse compellendum heredem legitimum creditoribus patris respõdere, substitutũ verò compellẽdum, id est, non esse dandas à prætore actiones creditoribus paternis in legitimũ herede pupilli quas in pupillum ipsum, si viueret, daturus non esset, dãdas tamen in pupillarem substitutũ, quem volumus in eo minùs iuris & priuilegij habere, quàm non solùm impuberem ipsum, sed & alium quemlibet impuberis legitimum heredem, qui modò non esset substitutus. Non igitur est quod iam à nobis rationem quis quærat, cur substitutus pupillaris creditoribus paternis respondere compellendus sit, siuè sit heres ex substitutione, siuè ab intestato. In promptu enim ratio est quia ijs omnibus tenetur. Qui autem tenetur & obligatus est, compelli potest & debet ad solutionem, actionibus in eam rem comparatis. Sed de illo tantùm vrgeri possumus, cur non ei faueatur perinde ac legitimo heredi, cùm omittit pupillarem substitutionem, succeditque ab intestato: aut etiam, si voles, cur legitimo impuberis heredi nõ substituto magis faueatur, quàm huic qui cùm & legitimus heres & substitutus sit, mauult esse legitimus heres quàm substitutus? Nam quæ à nobis allata est ratio diuersitatis in cap. præced. inter legitimum pupilli heredem & substitutum ad eum dũtaxat substitutũ pertinet, qui succedat iure substituti, non ad eum de quo nunc tractamus, qui omissa substitutione malit rem habere ab intestato. Nos verò respondemus, quòd in legitimo pupilli herede non substituto constitutum est, vt non sit compellẽdus satisfacere creditoribus patris, nõ esse ex ratione iuris ciuilis, sed benignè & ex prætoria æquitate receptum, ratione illa æquitatis, quòd prætor, cùm ita facit, nõ solùm ijs faueat qui proprio iure venientes ad successionem pupilli, cui beneficium idem priùs competijt, nihil fecerunt propter quod eiusmodi fauore indigni videri debeant, sed etiam nihil possit videri facere quod alienũ sit à voluntate patris qui neminem substituendo impuberi, nihil cauit de legitimo ipsius herede, & cõsequenter saluam ei reliquit omnem iuris cõmunis & ciuilis, & prætorij causam. Cessante porrò voluntate testatoris, quid aliud potest facere prætor nisi vt legitimo impuberis heredi qui non substitutus fuit, idem separationis beneficiũ tribuat, quod pupillo ipsi viuenti fuit tributum? Nam & ipsum heredis nomen inducit vtrumque hoc, vt & legitimus pupilli heres debeat ipso iure teneri creditoribus, sicut ipse pupillus, dũ vixit, etiam post abstentionem tenebatur, & nihilominus eodem prętoris auxilio iuuari, ne à patris creditoribus cõueniri possit. At in eo qui fuit substitutus, licèt idẽ sit legitimus heres, nec nisi ab intestato pupilli hereditatem retinere velit, omnia sunt diuersa. Indignus nimirũ est, cui prætor faueat: Nec rursum posset ei fauere prætor quin hac in re faceret iniuriã, nõ tantùm voluntati, sed etiam famæ testatoris. Dico indignũ esse cui prætor faueat, quia honore proprio substitutionis omisso, maluit propter lucrum & compendiũ succedere ab intestato, quæ res proximè ad dolum accedit, *l. Iulianus 26. D. si quis omiss. causs. testam. iunct. l. filium 5. §. sed etsi portio. D. de legat. præst.* Addo nõ posse prætorem ei fauere quin voluntatem patris impugnet, quam vtiq; impugnat substitutus, qui pupillare testamentũ destituit, mauultq; succedere tanquã legitimus cùm posset heres esse ex substitutione. Hoc enim est quod

Iulianus dicebat, vt refert, Vlp. in *d.l. quæsitum*, eum qui iudicium patris impugnauerit, nihil ex eadem hereditate consequi debere. Et verò credibile est, patrem fuisse alium impuberi substituturum, si hunc speràsset substitutionẽ repudiaturum, & nihilominùs hereditatẽ pupilli ab intestato retenturũ: nec video qua fronte possit substitutus, aut quis alius pro substituto imputare patri, cur filio dederit substitutum eum qui ab intestato quoq; heres esse posset, ac non potiùs extraneum qui legitimus heres nec esset, nec fieri vnquã posset. Cur ergo melioris cõditionis erit substitutus, qui idẽ legitimus heres est, quàm si omnino extraneus esset, si nihil inspicimus nisi patris voluntatem? Replicabis fortasse cõtra primam rationem, nõ esse indignum hunc substitutum cui prætor faueat, neq; dolo malo quicquam facere videri, cùm succedit ab intestato, quandoquidem ita facit, non solùm iure suo, sed etiam bono proposito, ne consequẽdo pupilli hereditatem, quę duplici iure ipsi defertur, se implicet oneribus patris. Idque euidenter appareret ex eo quod Iulianus quoq; fatetur non incidere illum in edictum, *si quis omiss. causs. testam.* in quod tamen incidit quisquis dolo malo & in fraudem omittit causam testamenti, & possidet hereditatem ab intestato, denique qui id agit vt circumueniat voluntatem defuncti, *l.1. ill. tit. si quis omiss. caus. testam.* Cùm igitur non teneatur ad præstationem legatorũ & fideicõmissorũ in secundis tabulis relictorum, nõ magis creditoribus patris teneri eum debere. At ego cum Iuliano & pro Iuliano respondeo, sed apertiùs quàm ille expresserit, nõ esse bonam cõsecutionẽ à legatarijs pupilli ad creditores patris. Hunc enim substitutum, eundémq; legitimũ pupilli heredem non quidẽ teneri legatarijs pupilli, quia id agit quantum potest, licèt frustrà, vt sibi prospiciat ne paternis creditoribus teneatur, fraudandíque consilium nullum habet, sine quo tamen locus edicto nullus esse potest: Sed tamen tanto magis teneri debere creditoribus patris, nec quantum ad hoc fraude carere, cùm eo proposito iudicium patris oppugnet, ac pupillare testamentum destituat, vt maiorem habeat rationem sui cõmodi, quod & re vera sentit, quàm cõseruãdæ defuncti volũtatis. Cùm enim id agat vt nec creditoribus paternis, nec legatarijs pupilli teneatur, non equidem cõsequitur quod intendit quantum ad patris creditores, cõsequitur tamen quantum ad legatarios pupilli. Neque verò tantus dolus in eo requiritur, vt indignum se reddat beneficio abstentionis & separationis quod pupillus habuit, quantus exigitur vt pupilli legatarijs & fideicõmissarijs teneatur, quia legatarijs & fideicommissarijs obstat ratio iuris ciuilis, & ius ipsum cõmune quoties omissa causa testamenti hereditas ab intestato possidetur, cùm destituto testamento corruãt legata & fideicõmissa eo testamento relicta, nec tã facilis debuit esse prætor vt contra iuris rationem ea conseruaret nisi ad coercendũ dolum eius qui à testatore tantopere honoratus, nihilominùs voluntatem eius circumuenire voluisset. At creditoribus paternis cõtra substitutum pupillarem eundémque legitimum heredem, & pupillaris hereditatis ab intestato possessorem agere volentibus, nõ obstat, quinimò fauet ratio iuris cõmunis, quia non eo minùs verum est iunctas esse hereditates, adeóque vnam esse hereditatem patris & filij. Mirum ergo non est minores doli fraudisq; probationes requiri pro creditoribus paternis, quàm pro legatarijs pupilli, & contrà minùs faueri legitimo heredi pupilli, eidémq; substituto contra creditores patris, quàm contra legatarios pupilli. Non n. egent creditores patris vt prætor ijs faueat, sed tãtùm ne in eorũ perniciem faueat

legitimo impuberis heredi: secundarum verò tabul. legatariis & fideicõmissariis nõ sufficeret vt prætor legitimo illi heredi nõ faueret, qui nec vllo indiget fauore cùm tutus sit auxilio iuris cõmunis: sed illud prætereà requiritur, vt prętor iis faueat cõseruádo legata & fideicõmissa quę ipso iure interciderũt. Prętor autẽ vt & alius quilibet magistratus facilior esse debet in cõcedendo, ne cui cõtra iuris rationẽ faueat, quã in cõcedendo vt faueat, quia non fauere facilius est, quàm fauere. Sed & si fauore aliquo indigeret legitimus heres pupilli contra legatarios, quomodo indiget proculdubio aduersus paternos creditores qui habent iure cõmuni fundatã intentionem, facilius tamen esset vt ei faueret prætor contra legatarios q̃ cõtra creditores, quia circa legatarios & fideicõmissarios nõ nisi de cõmodo vel incõmodo pecuniario disputatur, itémq; de testatoris voluntate cõseruãda ne circumueniatur. At circa creditores paternos agitur de patris fama ipsa & existimatione, quę proculdubio lęderetur si substituto pupillari eidémq; legitimo heredi cõtra eos faueretur. Vẽdenda.n. essent ipsius patris bona, & quidem sub ipsius patris nomine, quę res publicã semper visa est habere infamiã, nedũ iniuriã, *d.l. paterfam.l. primo gradu 23. D. quæ in fraud. cred.* Itaq; tãto indignior est substitutus, idémq; legitim⁹ pupilli heres cui faueatur cõtra patris creditores, quãto im℗bius facit, qui testatoris sui famã offendit quãtũ potest, q̃ qui cogitat de circumuenienda tãtùm ei⁹ voluntate. Quę etiã ratio facit vt lõgè minùs fauorabilis sit cõtra creditores paternos substitut⁹, idémq; legitimus heres pupilli, cùm omissa causa substitutionis hereditatem pupilli retinet ab intestato, q̃ si ex substitutione succederet. Nã qui succedit ex substitutione, licèt velit cõtendere nõ teneri se creditorib⁹ patris, nihil tamen facit subdolè ac per cuniculos vt circumueniat voluntatẽ testatoris, sed tãtùm ius quod habere se putat, tuetur. Qui verò substitutionem omittit, & nihilominùs hereditatem pupilli ab intestato retinet, ne paternis creditorib⁹ teneatur, nõ modò rationem iuris oppugnat, sed etiã iudicium ipsum patris quod per successionis testamẽtariæ repudiationem destituitur & euertitur. Absurdũ igitur foret melioris esse illum cõditionis, quod ad paternos creditores attinet, q̃ si ex substitutione heres esset, cùm ipse tãtundem consequatur ab intestato, immò hoc amplius ꝙ legata & fideicõmissa nulla debet, quę ex substitutione debuisset, nec ei prodesse debeat malum cõsiliũ quod habuit circumueniendæ volũtatis & famæ defuncti, à quo substitutionis honorẽ & beneficium acceperat. Deniq; cùm nõ nisi per eũ steterit, quominùs heres pupillo fuerit ex substitutione, nõ debet recusare quominùs eãdẽ subeat cõditionẽ quã subire cogeretur, si hereditatẽ ex substitutione retineret, sibiq; debet imputare, cur sicut substitutionẽ, ita & hereditatẽ ipsam pupilli nõ omiserit, si plus ex ea incommodi timebat, q̃ commodi sperabat, cùm sciret aut scire deberet se non posse sibi acquirere pupilli hereditatem vnitam iã cũ hereditate patris quin hoc ipso etiã patris æri alieno se obligaret. Quid.n. refert siue quod ad creditores paternos attinet, siue quod ad patrem ipsum, an is, qui substitutus fuit, succedat ex substitutione, an ab intestato dum eã ipsam hereditatem retineat, in qua fuerat substitutus. Et hoc nimirum est, quod Iulianus dicere voluit iis verbis, *Alioquin & si frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatẽ,* supple (quod si expressum fuisset, errãdi occasionem Bartolo præcidisset) *nec tamẽ creditoribus paternis tenebitur, quod sanè absurdũ esset.* Habuit.n. Iulianus pro absurdo, quod sanè absurdissimum fuerit, vt melior sit conditio substituti pupillaris, eiusdemq; legitimi heredis, & hereditatem pupilli legi-

timo iure retinentis, quàm substituti extranei ex substitutione succedentis quantum ad paternos creditores, vt ex eo quod ille concludit substitutum eundémque legit. pupilli heredem cogendum respondere paternis creditoribus, si omissa substitutione possideat hereditatem ab intestato, inferamus nõ esse igitur generaliter & indistinctè verum, Pupilli abstenti heredem quemlibet à prętore adiuuandum esse ne patris creditoribus satisfacere teneatur, sed cum ea exceptione *nisi substitutus fuit*. Nam qui & substitutus & legit. heres est pupilli, si ab intestato hereditatem retineat, non ob id tenetur ad æs alienum patris etiam prætoris autoritate exsoluendum, ꝙ sit legitimus heres pupilli, sed ꝙ fuerit à patre substitutus, cùm si substitutus nõ fuisset, haud dubiè non teneretur. Ergo etiã si substitutus tantùm fuerit, non etiam legitimus successor, puta omnino extraneus, æquè cõpellendus erit creditoribus paternis respõdere, cùm æquè substitutus sit à patre, & hoc amplius, habeat pupilli hereditatem ex substitutione. Itaque quod Vlp. refert Iulian. in hoc inclinasse vt putaret substitutum etiam patris onera subiturum (nisi adiectio quoq; illa Triboniani est, quãdoquidem ineptè dicitur inclinasse Iulianum in eam sententiam, quam verbis tam apertis expressisset, vt non potuerit apertioribus, cùm scripsit, *nisi substitutus ei fuit*) de quocumque substituto accipi debet, siue legitimus etiam successor ille sit, siue extraneus, itémque siue ex substitutione adierit, siue substitutionem omiserit, dũmodò ab intestato teneat pupilli hereditatem. Et in summa tres casus in hac quæst. distinguendi sunt ex ipsis Iuliani verbis, I. de pupilli abstenti herede illo, qui sit tantùm legitimus non etiam substitutus, de quo primùm Iulianus loquitur eo loco, *deinde a'iquis heres ei extitisset*. II. de pupilli herede substituto qui substitutus tantùm sit, non etiam legit. pupilli heres. Ad hunc enim pertinet illa exceptio, *nisi substitutus ei fuit*. III. de eo pupilli herede qui & substitutus fuerit & heres sit legitimus, sed qui omissa substitutione succedere maluerit iure legitimi heredis: de quo in *d. vers. alioquin*. Primo casu non compellitur heres pupilli respondere paternis creditoribus licèt ijs ipso iure teneatur. Dignũ. n. eũ putat prætor cui beneficium abstentionis & separationis conseruet quod pupillus habuit, cùm veniat ex prouidentia legis potiùs q̃ ex iudicio patris: posterioribus vero duobus casibus pupilli heres idémq; substitutus non solùm tenetur ipso iure creditoribus paternis propter cõmixtionem tam hereditatum quàm æris alieni, sed etiam à prætore compellitur vt ijs satisfaciat, tanquam cui non possit prætor succurrere & fauere, quin faciat iniuriam & voluntati & famæ patris ex cuius iudicio hic heres pupilli vel succedit, vel succedere potuit & debuit, si de patris voluntate famâque conseruanda tam solicitus fuisset, quàm de lucro sibi captando ex pupillari hereditate ab intestato retenta post repudiatam vltrò substitutionem. Illa igitur Iuliani verba *& quidem impunè*, non sic accipienda sunt quasi substitutus hic idémque legitimus heres pupilli non sit cogẽdus respondere creditoribus patris, sed ita vt non sit cogendus præstare legata & fideicommissa in pupillaribus tabulis relicta. i. vt nõ incurrant pœnã edicti, *si quis omiss. caus. testam.* In eo. n. quòd patris creditoribus respondere cogitur, pœnã nullã patitur, sed iure communi tãtùm vtitur, nec ad separationis beneficiũ & fauorẽ admittitur. At pœnã sentiret si teneretur ad legata & fideicommissa, quæ ex iuris communis ratione interciderunt. Quamquam illud certè mirum videri potest, cur non teneatur hic substitutus etiã legatarijs pupilli ex edicto prætoris cùm prætextus ille pupillaris hereditatis ab intestato potiùs quàm ex substitutionis cau-

sa retinendæ, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur, inanis sit & falsus, si vera est Iuliani sententia quæ nō eo minùs æri alieno patris illū obstringit. Sed respōdendū est quod iā attigimus sufficere vt non sit in dolo ad hoc ne pœnā edicti sentiat. In dolo autē nō esse illū qui aliquid facit, eo animo & fine vt sibi prospiciat, licèt in iure erret, neque sibi reuera cōsulat. Hic enim decipitur, non decipit, *l. sed etsi. lege 25. § scire. D. de petit. hered.*

ERROR TERTIVS.

De edicto, cuius mentio fit in l. quæsitum. 40. eo. tit. de acquit. hered.

Ex his quæ proximè diximus, nō obscurè apparet quàm falsum sit, & à Iuliani mente sensúq; alienum quod sub Vlpiani nomine relatū est in *l. quæsitum 40. eod. tit. de acquir. her.* Iulianū in illius legis specie scripsisse substitutū incidere in edictū, Si se impuberis immiscuerit hereditati. Nam præter id quod, vt iā ostendimus, in præcedētibus, alia species est quæ tractatur in *d. l. quæsitum*, alia verò quæ in *d. l. Iulianus*, vbi verba ipsa Iuliani referūtur (cùm in *d. l. quæsitum* tractetur de filio impubere exheredato, at in *l. Iulianus*, de impubere instituto) illud etiā cōstat non de alio edicto Iulianū sensisse aut sentire potuisse in *d. l. Iulianus*, quàm de illo quod proposuit prætor aduersus eos qui omissa causa testamēti possideāt ab intestato hereditatē. Atqui certissimū est edictū illud nō pertinere ad creditores, quibus ex cōtractu aliquid debeatur, sed tātùm ad legatarios & fideicōmissarios, quia nec causa vlla nedū necessitas fuit succurrēdi creditoribus defuncti, quippe qui non eo minùs saluas & integras habent suas actiones, quòd hereditas ex testamēto adita non sit, si modò ab intestato possideatur, quādoquidē & si ab intestato quoque repudiata esset, nullúque successorem debitor reliquisset, nō eo minùs satisfaciēdū esset creditoribus, vel per missionē in possessionē vēditionémq; bonorū, *tot. tit. Quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. autor. iudic. possid. & venund.* vel à fisco qui bona vacantia ex lege Iulia occupasset, *l. 1. & pass. D. de iur. fisc. iunct. l. quidā 96. §. 1. de legat. 1.* Legatariis verò & fideicommissarijs æquitate prætoria subueniēdum necessariò fuit vt possent conseruari legata & fideicōmissa, quæ alioqui destituto per repudiationē testamento ipso iure intercidissent. At nō de illo quærebat Iulianus, an pupillaris substitutus teneretur præstare legata & fideicōmissa in secūdis tabulis relicta, sed tātùm an cōpellendus esset paternis creditoribus respōdere. Nihil ergo attinebat de illo edicto tractare in hunc sensum, vt in edictū incidere diceretur substitutus qui æri alieno patris adeūdo pupilli hereditatē se obstrinxisset. Nullo enim edicto indigēt creditores paterni vt paratā habeāt actionē cōtra pupilli heredem, quisquis ille sit qui hereditatē pupillarē possidet iunctā cū hereditate paterna, sed indigeret heres ipse aliquo edicto, si quod esset, cuius potestate succurri ei posset contra summā iuris rationē, ne patris creditoribus satisfacere cogeretur. Rursus edictū illud etiāsi ad creditores quoq; pertineret, quod nemo ex prudentibus vnquam dixit, non alio tamē casu locum habere posset, quàm quo testamenti causa omissa possideretur hereditas ab intestato. At in *d. l. quæsitum* tractatur de eo substituto qui & nihil hereditatis paternæ attingat, & aliquid propter patris volūtatē habeat. Ergo de illo qui successerit impuberi ex substitutione pupillari, quæ quāquā testamentū filij, iudiciū tamē patris est, *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis. D. de inoff. testā.* Nec. n. propter patris volūtatē quicquā haberet substitutus qui pupilli hereditatem ab intestato possideret: Nō potest igitur Iulianus de illo

edicto tractasse cùm tractauit de substituto pupillari aliquid habēte propter volūtatē patris, cuius tamē hereditatē & ex testamento & ab intestato repudiauerit. Sed neque Marcellū in sua illa ad Iulianum nota de hoc casu sensisse quo pupilli hereditas per substitutum ab intestato possideatur, ex eo apparet ꝙ distinctio quam adhibuit, An substitutus filio impuberi solus & ex asse heres institutus fuerit à patre, an ex parte tātùm, nō aliā rationē habet quam ꝙ eo ex asse instituto si paternā hereditatē repudiet, necesse sit corruere tabulas pupillares destituto in totū patris testamēto, nemine patris hereditatē ex eo adeūte, quod nō similiter euenit adscripto coherede qui adierit pro sua parte. Quid verò intereit an patris testamentū destitutum fuerit tabulæque pupillares corruerint necne, si pupilli hereditas ab intestato possideatur? Immò tanto iustiorem causām habet substitutus consequendæ ab intestato pupillaris hereditatis, cùm fuit ille solus institutus, totámque testamēti paterni causam repudiat, cùm hoc casu nō nisi ab intestato succedi pupillo possit. Cùm enim adest coheres qui paternā hereditatem pro sua parte adierit, licèt nō eo minùs intestati exitum facere possit pupillus, nemine ex substitutione pupillari succedēte, facilius tamē est vt ei ex testamēto succedatur, ita volēte substituto, cui proinde tāto magis imputari potest, cur nō tātùm paternā, sed etiā pupillarē hereditatē ex testamento adire noluerit, præsertim si ab intestato retineat pupillarem, cùm tamen secundū Marcelli distinctionem dicendū esset, indistinctè eo casu quo adesset coheres qui paternam hereditatem pro sua portione adijsset, liberū fore substituto sine metu onerū patris repudiata ipsius hereditate pupilli successionem amplecti, nec tantùm ab intestato, sed etiā, quod magis est, ex testamento. Quāto minùs ergo voluit Marcellus substitutum incidere in edictum *si quis omiss. caus. testam.* si ab intestato possideret hereditatem pupilli, quam posset impunè possidere ex testamento quoq; quātum ad paternos creditores? Nā nec alio colore prætor coercet eos qui omissa causa testamenti possident hereditatem ab intestato, quam ꝙ habeat hereditatem pro adita ex testamēto, quæ reuera fuit repudiata, *l. si filius 23. iunct. l. seq. in fin. D. si quis omiss. causs. testam.* Sed quicquid Marcellus senserit, Iulianus certè, tātum abest vt scripserit substitutum hunc incidere in edictū, quantum ad paternos creditores vt iis teneatur, vt nec ipsius pupilli legatariis & fideicōmissarijs teneri eum debere putauerit secundùm ea quæ superiore capite disputauimus ex *d. l. Iulianus. in vers. alioqui.* Quod si nō putauit locum esse edicto fauore legatariorū & fideicōmissariorum, quibus solis edictum ꝓdesse potest & solet, potuitne putare eidem edicto debere locum esse fauore creditorum, de quibus edictum nec dixit quicquā, nec cogitauit? Nec pugnat quod diximus in ea Iulianum fuisse sententia, vt putauerit substitutum paternis creditoribus respōdere cōpellendū. Iā n. ostendimus ita eū scripsisse & scribere debuisse, nō propter edictum aliquod prætoris, sed ex mera iuris ciuilis ratione propter vnitā cū patris hereditate pupilli hereditatem. His nimirū rationibus victi interpretes coguntur fateri quod nos volumus, nō posse locum illum Iuliani intelligi de hoc edicto *si quis omiss. causs. testam. hered. ab intest. possid.* sed cōminiscuntur nescio quod aliud edictum cuius nusquam mentio alibi facta sit, & quo cautum fuerit ne pupillarem hereditatem habere posset qui paternā repudiasset. Quod si ita esset, sequeretur substitutum qui in huiusmodi edictum incideret, nō eo magis cōpellendum creditoribus paternis respōdere, sed è cōtrario arcēdum à pupilli hereditate, vt nec ab ipsius creditoribus nedum à paternis conueniri possit: quod vtique à Iuliani

sententia alienũ foret, quæ illa semper fuit, non vt pupillaris substitutus qui paternam hereditatẽ repudiaret pupillarem cõsequi non posset: at ex diuerso, vt hoc ipso quod paterna repudiata pupillarẽ amplecteretur, paternis quoque oneribus omnibus se obligaret. Et verò si Iuliani sentẽtia, siue Marcello, siue potiùs Triboniano, reprehendẽda visa est, quòd impugnet vtilitatẽ pupilli qui se saltẽ possit habere testamentariũ successorẽ, quanto magis reprehendendũ esset edictũ illud commentitiũ quo is qui paternã hereditatem omisisset, pupillarẽ consequi prohiberetur? Aut qua fronte auderet quis Iulianum reprehẽdere qui nihil nisi secundùm formã edicti respõdisset? Sed quid obsecro opus est in nouo illo edicto comminiscẽdo aut interpretãdo laborare, cùm in *d.l. Iulianus* expressam habeamus hãc ipsam Iuliani sententiã, eámque sic conceptã, vt dubitari non possit quin ipse senserit de illo edicto, *si quis omiss. causs. testam.* Quibus enim apertioribus verbis potuisset id exprimi quàm istis, *Alioquin etsi frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, & quidem impunè. Nec enim videtur voluisse fraudare edictũ qui sibi prospexit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Ex quibus verbis colligo, si Iuliani sententia illa esset quæ extat in *d.l. quæsitum. incidere eum in edictum si se impuberis immiscuerit hereditati*: de illo intelligendã fore qui se impuberis hereditati ab intestato miscuisset, non de illo, qui ex substitutione. Quod verò rationis loco subiicitur, *nam qui iudicium parentis oppugnauerit, non debere ex eadem hereditate quicquam consequi*, similiter ita accipiendum vt patris iudicium oppugnasse diceretur substitutus, non qui paternam hereditatem testamentariam, sed qui pupillarẽ substitutionẽ omisisset. Alioqui ea ratio hoc tantùm probaret, substitutum qui paternam institutionem repudiasset, nihil debere consequi ex eadem hereditate paterna, quod ad rẽ non pertineret, cùm de eo eo substituto agamus qui nihil paternæ attigerit hereditatis, solámq; pupilli hereditatẽ legitimã habere velit. Cùm igitur de sola pupilli hereditate tractaret Iulianus, intellexit etiã de impugnato iudicio patris circa eádem pupilli hereditatem, & consequenter non alia ratione quàm per substitutionis pupillaris repudiationem, quia pupillaris substitutio iudiciũ est patris, licèt sit testamentũ pupilli, vt iã diximus. Cùm verò Iulianus illud ageret, non vt pupillarem substitutum ab hereditate pupilli siuè testamentaria siuè legitima submoueret, sed contrà vt probaret, paternis quoq; creditoribus compellendũ eũ respondere, fatendũ est rationem hanc, si Iuliani fuit, accipi sic oportere, acsi scriptũ esset substitutũ qui parentis iudicium oppugnauit circa pupilli hereditatem repudiando pupillarem substitutionem, nihil ex eadem hereditate consequi vel debere vel posse, quin hoc ipso paternis oneribus omnibus se obliget, perinde acsi defuncti patris non modò iudiciũ, sed etiã hereditatem agnouisset: cùm possit ei imputari cur iudicium patris repudiando circa pupilli hereditatem, ipsam quoq; hereditatem non repudiauerit, at retinere maluerit, quam sciebat vnitam aliquando fuisse cum hereditate patris. At rursus secundùm hanc interpretationem inepta erit ratio Iuliani, & stultus Iulianus, qui ad quæstionem propositam de substituto pupillari nihil attingente ex paterna hereditate, sed tamen aliquid propter patris voluntatem habente, respondeat incidere illum in edictum, *si ab intestato pupilli hereditatem possideat:* quasi verò is qui haberet pupilli hereditatem ab intestato, credendus esset aliquid habere propter patris voluntatem. Sed & quæro, cùm in specie *d.l. quæsitum*, agatur de substituto qui idẽ fuerit à

fuerit à patre ex toto asse institutus & impuberi exheredato substitutus, vt probauimus in præcedentibus, quomodo fieri possit vt legitimam pupilli hereditaté ab intestato retineat, quin habeat paternam quoque vel inuitus, tanquam cum pupillari cõiunctam? Siquidẽ destituto patris testamento euenire necesse est, vt exheredatio corruat non minùs quàm cętera omnia eodẽ testamento cõstituta, *l. si patronus* 12 *§. ex testamento. D. de bõ. libert. l. filiũ* 20. *D. de bon. poss. contr. tabul.* ac proinde vt patris hereditas quæ ex testamento fuerat delata heredi scripto, eadem ab intestato deferatur filio tanquam suo heredi, & necessariò ei acquiratur, quod vbi factũ est, quid referre potest, postea vtrũ substitutus hereditatem pupilli ex testamento habeat, an ab intestato. Nonne vtroque casu verum est vnam esse & patris & filij hereditaté, atq; ita cõmixtum æs alienũ vtriusq; hereditatis? præcipuè cùm non ponamus exheredatũ illum post quæsitam sibi ab intestato patris hereditatem se abstinuisse? Etsi enim abstinendi beneficium implorare potuit quandiu vixit, si tamen decesserit antequàm imploraret, non transmittit idem beneficiũ ad heredem extraneum, nec si decesserit ante quàm sciret se heredem extitisse, ad suum verò & necessarium heredem ita transmittit si mortis suę tempore ius illud sibi competere ignorauit, *l. si quis filiumfam.* 7. *§.* 1. *D. de acquir. hered.* Necesse igitur est, substitutum hunc si hereditatem pupilli habeat, quamuis non nisi ab intestato patris quoque heredem esse, nec vllum colorem habere recusandi, quominùs paternis quoque creditoribus teneatur. De quo tamen solo quæritur in *d. l. quæsitum*, vt intelligamus non tantùm ineptam esse responsionem ad quæstionem, sed ipsam quoque quæstionem ridiculam esse, planéq; indignam Iuliano, nec minùs Vlpiano. Quid ergo dicendũ superest vt nos ex tot non tam difficultatibus quàm ineptijs & absurditatibus extricemus? Id vnũ, de quo iam vix puto quisquam vel tacentibus nobis dubitabit, Triboniani esse ista omnia, Iuliani sententiam pessimè corrumpentis, & Vlpiani nomine non sine mala fide abutentis. Iulianus enim speciem illam tractauerat, in qua pupillus heres à patre institutus proponebatur, eique datus substitutus, idémque legitimus heres qui omissa pupillari substitutione poterat iure suo legitimam pupilli hereditatem obtinere, vnitam quidem perinde cum patris hereditate ex summo iure, sed quæ tamen propter filij abstentionem videbatur separata, vnde ratio dubitandi nascebatur, propter quam videretur non esse compellendus substitutus vt paternis creditoribus responderet. Tribonianus verè eandem sententiam detorsit ad casum, si non contrarium, saltem prorsus diuersum in quo pupillus fuerit exheredatus, eique substitutus extraneus, qui idem fuerat à patre institutus, & in quo non de alio quæritur, quàm vtrum possit hic substitutus separare non quidem hereditates quæ nunquam coniunctæ fuerunt, sed testamenta quæ pater & sibi & filio simul fecerat. Inter quos casus differentia euidens illa est, si quæratur an paternis creditoribus respondere substitutus debeat, quòd cùm hereditates iũctæ fuerunt suo herede instituto, quamuis postmodum abstinente, ratio iuris communis facit pro creditoribus paternis contra substitutum, nec vllo egent illi edicto, siue illo *si quis omiss. causs. testã.* de quo hucusq; diximus, siue alio quod interpretes comminiscuntur, sed è contrario egeret substitutus aliquo: vt ei contra creditores subueniretur, quod porrò nullum habet. Cùm verò hereditates iunctæ numquam fuerunt, non solùm nihil est quod faciat pro creditoribus paternis contra substitutum, sed neque locus quæstioni vllus relinquitur, vt nec vlli edicto prætoris, quia vel is qui substitutus est, fuerat solus à pa-

tre institutus,& tunc nihil est quod de secundis tabulis tractari possit destituto paterno testamento, vel aliquẽ habebat coheredẽ, quo adeunte confirmatæ sint vtræque tabulæ & paternæ & pupillares, & eo casu ratio iuris facit omnino pro substituto ne teneatur creditoribus patris, cuius nullomodo heres est,quiq; aliũ habet heredẽ.Fefellit Tribonianum non id tantùm quod præ nimia iuris imperitia diuersitatem hanc specierum tam apertã non obseruauit,sed illud etiam quod Iuliani rationem illam quæ expressa est in *vers. alioquin*,& quam superiore capite explicauimus,non percepit.Sic.n.accipiẽdam putauit quasi Iulianus senserit,absurdum fore si quis diceret pupillarem substitutum eundémque legitimum impuberis heredem posse omissa causa pupillaris substitutionis possidere hereditatem pupilli ab intestato impunè, quod non ita est.Nam putauit quidem Iulianus absurdũ esse,vt est,hûnc possidere ab intestato hereditatem pupilli, nec eo magis teneri paternis creditoribus vt super. cap.explicauimus, sed non idcirco putauit absurdum esse,hereditatem possidere illum ab intestato impunè.Is.n.dicitur impunè possidere ab intestato,qui nullam patitur pœnã ob id quod possideat ab intestato. Hic autem de quo agimus,etsi creditoribus paternis tenetur secũdùm Iuliani nostramque sententiam,non tamen pœnæ nomine tenetur,& ob id quod testamenti causam omiserit,sed iure communi, vt sæpius diximus, & quia cùm hereditas patris & pupilli iuncta vtráque sit , non potest fieri vt hereditatem pupillarem habeat , quin habeat etiã paternã, nec vlla in eã rem pœna opus est.At vt legatarijs & fideicõmissarijs teneatur etiã is qui testamenti causam omisit si hereditatem ab intestato possideat, non nisi pœnæ nomine fieri potest,cùm si nulla ei pœna irrogaretur,non posset debere legata & fideicõmissa quæ destituto testamento intercidissent.Hoc verò Iulianus sensit, substitutum hunc,eundémque pupilli legitimũ heredem , quem absurdũ esset dicere non teneri creditoribus paternis, ne quidem retenta ab intestato pupilli hereditate,tamen non eo minùs impunè posse omissa causa substitutionis legitimam pupilli hereditatem retinere,id est, ita vt nihilomagis legatarijs & fideicommissarijs pupillaribus teneatur , quia edictum illud *si quis omiss. causs. testam.* pœnale est, & contra eos factum qui dolo malo id agunt vt circumueniant defunctorum voluntates,ne alioqui fraudis suæ fructũ sentiant, quem sentirent,si prætor non se interponeret,pœna illa contra fraudem constituta, vt hereditas ab intestato possessa,ex testamento agnita videretur. Pœna autem ista dignus non est qui non animo fraudis faciendę,sed vt sibi contra patris creditores prospiceret, licèt frustra & iuris errore persuasus omisit causã testamenti. *Impunè* igitur dixit Iulianus pro eo quod nos pluribus explicauimus,*citra pœnam edicti*,vt ea ostendunt,quæ immediatè sequũtur. *Nec enim videtur voluisse fraudare edictum qui sibi prospicit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Edictũ verò non aliud ille intellexit,quàm quòd prætor aduersus eos proposuit,qui omissa causa testamenti hereditatem ab intestato possident in necem legatariorum & fideicommissariorum.Aliud.n.nullũ est, nec vnquã fuit tale in fauorem creditorũ, quibus satis est iũctas esse patris & pupilli hereditates , quod semper euenit quoties suus heres fuit institutus, quãuis se abstinuerit,vt in specie illa Iuliani,de qua in *d.l.Iulianus.* Sed persequamur cætera quæ apud Iulianũ sequũtur,vt eãdẽ Triboniani manum & imperitiam certiùs agnoscamus.

ERROR IV.

De fratre exheredato substituto fratri impuberi scripto heredi.

VT apertiùs inscitiam sua Tribonianus proderet, ac quàm malè Iuliani sentẽtiã percepisset, cõueniẽs erat vt post suprà iã obseruatos errores crassos quidẽ illos, sed subobscuros, hũc etiã subiiceret, qui meo iudicio est omniũ apertissimus in *d.l. Iulianus. vers. sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum si non impuberis frater fuit, sed testatoris. Cæterùm vtique si frater fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet.* Scripserat Iulianus absurdum fore si diceretur substitutum pupillarem, eundémque legitimũ impuberis heredem posse ab intestato hereditatẽ pupillarẽ cũ paterna cõiunctã possidere (& quidẽ impunè quantũ ad legatarios & fideicõmissarios pupillares) nec tamen à creditoribus paternis conueniri posse, quibus eum teneri certũ est tanquã qui sit heres patris hoc ipso quod est heres pupilli, quia ipse fuit heres patris. Et quia de fratre simpliciter locutus erat Iulianus, hãc dubitãdi caussam sumpsit Tribonianus, an de ipsius impuberis, an potius de patris eiusdemque testatoris fratre Iulianus sensisset: quasi non satis apertè impuberis fratrem demonstrasset hoc ipso quod de impuberis hereditate loquebatur, itémque de fratre impuberi substituto. Sed tamen parum esset ineptã mouisse dubitationẽ, ni nõ ineptiùs ad eã respõdisset: cõcludens de fratre impuberis intelligi nõ posse sentẽtiã Iuliani, ac de fratre testatoris intelligi oportere. Nimirũ collectio qua vtitur illa est, quod si de impuberis fratre ageremus, non posset locus esse propositæ quæstioni, in qua ponimus omissam esse à substituto caussam pupillaris substitutionis, vt pupilli hereditatẽ ab intestato possideret, siquidẽ frater, inquit, fratri suo necessarius heres existit sicut & patri: qui autẽ necessarius heres est, is nõ magis testamẽtariã quàm legitimã repudiare potest hereditatẽ illius cui necessarius heres est, cùm ob id necessarius dicatur, ꝙ siue velit, siue nolit heres est, etiã ignorãs & ipso iure, *§.1. Instit. de hered. qualit. & differ. l.1.§. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. causs. testam. l. in suis* 14. *D. de suis & legit. l. apud hostes* 8. *C. eod.* At è cõtrario frater testatoris sicut heres fratri suo necessarius nõ est sed volũtarius, ita nec fratris sui filio impuberi cui fuit substitutus, ideóq; & pupilli hereditatẽ testamẽtariã repudiare potest, & ea repudiata, simúlque retenta legitima locũ facere quæstioni, An à patris creditoribus itemq; pupilli legatariis & fideicommissarijs cõueniri nihilominus possit. Ego verò etsi fateor in fratre testatoris quæstioni nostræ locũ esse posse, nihil tamen caussæ video cur ad hanc adeò improbabilẽ interpretationem confugiendũ sit, vt quod Iulianus tractans de substitutione pupillari, & de impuberis hereditate, simpliciter scribit de fratre substituto, ad fratrẽ testatoris referendũ videatur potiùs quàm ad fratrẽ pupilli. Obseruo enim quod ex ꝓposita legis specie tã apertũ est, vt vix alius quàm Tribonianus in eo falli potuerit, fratrem hunc, quẽ Iulianus fratri suo substitutum scribit, exheredatum fuisse, non institutũ. Institutus enim proponebatur alius frater, cui erat hic substitutus, vt ex eo apparet quod initio legis præfatur Iulianus fratrẽ cui pater substitutum dederat se abstinuisse. Abstinere naq; propriũ est eorũ heredũ qui iam ipso iure heredes exstiterunt, nõ eorũ qui nec si velint heredes esse possint, *l. necessarius* 57. *de acquir. hered. d.l.1.§. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. causs. testam.* Neq; possis nisi omnino improbabiliter comminisci aliũ quoq; fratrẽ, quẽ nos fratri impuberi substitutũ ponimus fuisse, cũ fratre abstento ex parte institutũ, quo casu nõ negarẽ cũ fratri necessariũ heredẽ fore: si enim verũ est vulgare illud brocardicũ Doctorũ, Indefinitã æquipollere vniuersali, quid refert an dicamus cum Iuliano indefinitè pupillum hunc paterna hereditate se abstinuisse, an v-

niuersaliter vt nos interpretamur, *vniuersa paterna hereditate*. Quid rursus an dicamus pupillū hūc ab vniuersa hereditate se abstinuisse, an verò ex vniuersa hereditate heredē extitisse, si nemo se abstinet, vt proximè diximus, nisi qui heres extitit? Adde quòd in prima illa specie quā Iulianus, aut potiùs ex Iuliano Vlpianus tractat, nō plures liberi testatoris proponebātur, sed ille tantùm impubes qui fuerat institutus, & cui datus erat pupillaris substitutus. Necesse igitur est vt ponamus fuisse illum ex toto asse institutū, nulla scilicet apud Iulianū facta coheredis cuiuspiā mentione. Nec quod subinde ponit aliū casum in quo pupillus hic institutus fratrem aliquē eundemq; substitutū habuerit, mutat speciē quantū ad personā instituti, formámq; institutionis, sed tantū quātū ad perso ;ā substituti, hoc semper ex priore specie retento, quòd filius institutus, & abstentus, solus & ex toto asse fuerit institutus. Nam neque nouū est vt pater duos habens filios vnum instituat & alium exheredet, vt & in specie, *l. filius 41. quæ eiusdem Iuliani est eod. tit. de acq. here.* Hoc autem supposito quòd frater institutus & abstētus ex toto asse fuerit institutus, quid aliud possumus dicere quātum ad alium fratrē substitutum, nisi quòd fuerit is exheredatus? Alioqui si nec institutus esset, nec exheredatus, vtique esset præteritus, nec patris sui in cuius familia fuisset, testamentū valere pateretur, *l. si filius 7. cum l. seq. l. inter cætera 30. D. de liber. & posthum.* at cùm fuit exheredatus frater qui idē fratri impub. fuit substitutus, quis vnquā præter Tribon. in eū errorē possit incidere, vt putet necessariū fratri ex testamento heredē esse debere illum, qui nec volēs patri ex testamento esse possit? Nō ignoro ius hoc esse patris ob patriā potestatem, quæ moribus quoq; inducta est, vt nō tātùm pupillariter substituere filio suo impuberi possit, sed etiā necessarios heredes ei facere illos ipsos quos & sibi potest. *l. sed si plures 10. §. 1. D. de vulg. & pupill. subst.* quod vnum hac in re Tribonianum sine dubio fefellit. Sed dico quod Tribonianus scire debuit tum id verè dici & appositè, cùm pater eum sibi necessarium heredē fecit, quē filio suo facere voluit, nō autem ad fratrē fratri necessarium heredem faciendum sufficere, quòd eum sibi quoq; necessarium facere potuerit, nisi etiam fecerit. Ita. n. accipiendum esse quod Vlp. scribit in *d. l. sed si plures §. 1.* explicat idem Vlpianus noster in *l. 2. §. prius autem. eod. tit.* in illis verbis, *vsque adeò, vt quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filios faciat*, vt intelligamus fieri à patre necessarium heredem filio eum non quem pater sibi facere potuerit & noluerit, sed quem & potuerit & fecerit. Estque captio & fallacia euidens in hac propositione, *Quos pater sibi heredes necessarios potest facere, potest etiam filio*, si verbum, *potest*, bis in ea vsurpatum aliter in priore parte aliter in posteriore vsurpetur, in priore nimirum de potestate ad actum non redacta, in posteriore verò de potestate ad actum redacta, sed in vtraq; accipi debet vniformiter, quomodo nostri loquuntur, id est, ita vt pater qui aliquem sibi necessarium heredem fecit, eundem si filio heredem scribat, necessarium faciat, si verò non faciat sibi, eundem nec filio faceae possit, quamuis potuerit facere si sibi fecisset. Nec sanè potest quicquam dici absurdius quàm vt pater filio suo impuberi necessarium heredem facere possit eum, quem à sua exheredauerit hereditate, hoc solo prætextu quòd potuerat pater eum sibi quoque necessarium facere, si voluisset. Nō enim, quod facere potuit, nec fecit, pro facto habendum est, cùm imputari ei potest cur non fecerit.

ERROR

ERROR QVINTVS.

De suo herede instituto se abstinente ex testamento & paternam hereditatem retinente ab intestato. Ad l.j.§.qui sunt in potestate.D.si quis omiss. caus. testam. l.2. C. pro hered. l.2. C. vnd. liber.

PLANE in eo filio qui & à patre suo institutus & patri & filio necessarius heres extitisset, nō posset fieri, vt omissa substitutione pupillari hereditatem fratris ab intestato possideret, nec si patris quoque hereditate se omnino abstinuisset, quia tametsi quisquis necessarius est beneficium abstentionis habeat à prætore, nunquam tamen prætor permittit necessario heredi scripto, vt à causa testamenti abstineat, si ab intestato hereditatem retinere velit, non solùm quia sunt ista penitus contraria, se abstinere, & retinere [in quo alia ratio est repudiationis alia abstentionis, cùm repudiare possit hereditatem testamentariam is quoque qui legitimam nihilominùs retineat] sed etiam quia secum implicaret contradictionem prætor, ex cuius iurisdictione beneficium abstentionis est, si necessarium heredem, qui omissa causa testamenti hereditatem ab intestato retinere vellet, haberet pro abstento ex testamento, cùm è contrario eum qui reuera testamentariam hereditatem repudiauit, quam nullo tempore habuit, si in fraudem legatariorum & fideicommissariorum eandem ab intestato retineat, pro eo habeat, acsi ex testamento adiisset *l.j.l.si filius.23. cum seq.in fin. D.si quis omiss. caus. testam.* Idque meo iudicio est quod Vlpianus sentit *in d. l. j. §. qui sunt in potestate. ill.tit.* vbi, posteaquam scripsit eos qui sunt in potestate, statim heredes esse ex testamento, nec quicquam facere quod se abstinere possint. Subiicit, *quòd si postea miscuerunt, ex testamento videntur heredes.* Quod enim ait *postea* nihil aliud significat quàm *post abstentionem* ex testamento scilicet factam. Et hoc sibi vult, eum qui ex testamento se abstinuit permittente id edicto prætoris, licèt ex eo tempore non habeatur apud prætorem pro herede testamentario, qualis reuera est, si tamen post abstentionem quoquomodo se immisceat, non tantùm esse illum heredem re ipsa testamētarium, sed etiam videri talem, id est pro tali à prætore haberi. Plus namque est hoc casu videri quàm esse, quantum ad effectum acquisitæ hereditatis, quia *esse* præcedit, nec ideo dicitur filius videri heres quod non sit re vera. Sed quoniam si abstentionem non esset secuta immixtio, esset quidem ille nihilominùs re vera heres, sed non esse videretur. Itaque qui esse videtur, hoc casu & est & videtur. Qui verò esse non videtur, licèt re vera sit pro eo tamen habetur acsi non esset. Quod cùm ita sit, planè non intelligo quid illud sit, quod ibidem subiungitur, *nisi si abstinuerint quidem se testamento, verùm ab intestato petierint bonorum possessionem. Hic enim incident in edictum.* Nam si verum est, quod negari non potest, suum heredem institutum quantumuis abstineat, perinde tamen ex testamento heredem re vera esse, acsi non abstinuisset, adeò vt & libertates directæ competant ipso iure. *l.sciendum.32. D.de manum.testam.* & restitui posit hereditas fideicommissaria, nulla quoque immixtione præcedente. *l.ita tamen.27. §.si pater. D.ad SC.Trebell.iunct.l.cùm*

quasi.32.§. sed etsi suus.D.de fideic. libert. quomodo fieri obsecro potest, vt existente suo herede testamẽtario, hereditas ab intestato deferatur? An non violaret ea res notissimas iuris regulas, quæ non priùs hereditatem ab intestato deferri patiuntur, quàm certum esse cœperit neminem posse heredem esse ex testamento. *l. quandiu potest.39. D. de acquir. hered. l. quandiu. 89. de reg. iur.* Itaque sola spes futuri heredis sui, omnes eos interim remouet, qui alioquin legitimi futuri essent. *l. pen. §. j. D. vnd. legit.* Nec est quod dicamus Vlpianum *in d. §. qui sunt in potestate.* non de legitima intestati hereditate tractare, sed de bonorum possessione ab intestato petita, cuius vt alia ratio videri debeat, quàm hereditatis, illud facit, quod bonorum possessiones omnes sunt ex iurisdictione prætoris, apud quem pro herede testamentario nõ habetur suus heres qui se abstinuit. Nam vt iam dixi habet quidem prætor pro non herede suum heredem se abstinentem. *l. si filius.12. D. de interrog. in iur. faciend. l. si filius. 12. D. de vulg. & pupill. substit.* at non potest pro abstinẽte habere filium qui ab eo petit bonorum possessionem. Nec magis eũ qui petit bonorum possessionem ab intestato ex capite vnde liberi, quàm si peteret secundum tabulas, quia vtrumque verum est abiicere consilium, quod aliquãdo habuit se abstinendi, cùmque negari non possit hũc se immiscere qui bonorum possessionem petit, adeò vt etiam pro herede gerere dicendus sit. *l. puberem. 12. C. de iur. delib.* eáque immixtio tollat non modo effectũ, sed etiam intellectum abstentionis, vt in simili loquitur Papin. *in l. si patroni.55. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* consequens est vt prætor non nisi ridiculè possit habere pro abstento filium cui dat possessionem bonorum patris, siue det petenti tanquã ex testamento, siue tanquam ab intestato. Quod si non habet eũ pro abstento, quid aliud dici potest, nisi vt habeat eum pro herede ex testamento qualis re vera est? Quo rursus admisso quid opus est, quæso, inducere potestatem edicti prætoris vt legatariis & fideicõmissariis, non nisi ex æquitata teneatur ille, qui ipso iure heres est ex testamento? Atque in hanc rem textus videtur, nec obscurus nec inelegans in *l. Papinianus. 9. §. quarta autẽ. D. de inoff. testam.* vbi tractans Vlp. de filio, qui omissa causa testamenti velit ab intestato possidere hereditatem aut conqueri de inofficioso testamento cùm haberet substitutum, addit disertis verbis, *si non fuit in potestate*, vt intelligamus de filio qui in potestate sit, habeatq; substitutũ, non idem dici posse, vt omisso testamento possit, vel ab intestato succedere, vel querelã mouere. Instabis, eum, qui postquàm ex testamento se abstinuit, petit bonorum possessionem ab intestato, non videri se immiscere ex testamento, ideóq; nec videri reuocare abstentionẽ ex testamento factã. Sed iam dixi sufficere quod se quoquomodo immisceat, vt nunquam se abstinuisse videatur, & consequenter vt quemadmodum re vera heres ex testamento manet durãte quoque abstentione, ita pro tali etiam apud prætorem habendus sit, tum quoque cùm petiit bonorum possessionem tanquam ab intestato. Prius siquidem est vt ei deferatur bonorum possessio ab intestato ex edicto prætoris, quàm vt eam vel petere possit, vel admittere, aut etiam repudiare. *l. j. §. decretalis. D. de success. edict.* Priùs ergo probandũ esset quod nos negamus deferri ab intestato bonorũ possessionem suo heredi instituto, quantumuis se abstinẽti, præsertim verò si post abstentionem quoquomodo se immisceat, quàm de illo tractandum. An incidat in edictum si omissa causa testamenti petat bonorum possessionem ab intestato. Non posse autem suo heredi instituto quantùlibet abstinẽti, bonorũ possessionẽ deferri ab intestato, ex eo quoque intel-

intelligimus, quod scriptū est *in l.2.C.de vsuc.pro her.* nihil pro herede vsucapi posse suis heredib. existētibus. Nec.n. nisi nimis crasso iuris errore posset quis putare heredē esse quē posse suis heredibus existētibus, cū fieri nequeat vt eidē personæ duo sint in solidū heredes *l.quod contra.141. §.vni duo.D.de reg.iur.* Adeo vt nec SC. Trebelliani autoritate fideicōmissarius vniuersalis potuerit fieri heres, sed tātū heredis loco. *§.restituta.Inst.de fideic.her.* quāuis certū sit Senatum potuisse facere heredē, vt ex SC. Tertylliano & Orficiano cōstat, in eóq; plus iuris habuisse quàm prętorē, qui non magis heredē facere potuit quàm legē. *§.quos autem.Instit.de bon.possess.* Quare nec aliud erit, si ponas rem hereditariā ab aliquo possessam, qui bona fide putauerit se heredem, ignorans fortasse vllos existere suos heredes. Neque enim falsa illa opinio prodesse potest ad vsucapionem sine titulo vero precedente *l.pen.& vlt.C.pro hered.* titulus autem præcedere nullus potest pro herede suis heredibus existentibus. Ne alioqui plus possit falsa opinio in casu falsō & ficto, quàm veritas in casu vero. Eámq; ob causam Impp. *in d.l.2.pro hered.* generaliter & indistinctè loquūtur, hoc est non adhibita illa distinctione. An qui vsucapere vult pro herede, suis heredibus existentibus, sciuerit aliquos existere suos heredes, an ignorauerit, quandoquidē ipsa rei natura est impedimento, ne quid ignorantia prodesse hoc casu possit, cùm per rerum naturā, & per legem certū sit non esse sine herede illum, qui suum heredem habet, quāuis se abstinentem nedum ignorantē, quod non æquè certū est extraneo herede instituto, tametsi iam herede per aditionē facto. Etsi enim nō minùs in hoc quàm in suo herede verū est, fieri nullomodo posse vt cuius hic iam ex toto asse heres est, alius sit etiam heres, in eo tamen differunt, quod extraneum heredem nō sicut suum heredem omnimodo esse certum est, quippe qui vel adhuc possit, vel aliquando potuerit non esse. Itaque casus aliquis est in quo nullū sit impedimentū, quominùs vsucapio pro herede possit locum habere contra extraneū verum heredem, ob idq; procedit semper, nisi vel mala fides, vel quid aliud extrinsecum adferat impedimentū. Miror verò nec satis mirari possum vulgares nostros interpretes qui tam malè feriati sunt, vt putent sententiam *d.l.2.C.pro hered.* non aliam esse, quàm vti ne possit suus heres quicquā vsucapere pro herede. Cur non enim possit sicut alius heres quilibet, cùm habeat verū & iustū titulū, si fortè in patris hereditate aliquid inuenerit, quod esset alienū quidē, sed tñ vitio nullo adfectū? An ob id deterioris cōdicióis esse debebit, quod in cęteris omnib. sit melioris? Nā quod in hac rē adferre solēt *ex l.2.§.filiū.D.eo.* huius potiùs errorē impugnat cū habeat illa lex rationē specialē quā IC. ponit, ꝙ iā viuo patre filius rei à patre sibi donatę possessionē naturalē habere videretur. Nō tāquā suus heres, vt vulgo male putāt *ex l.in suis.11.D.de lib.& posth.* [nā suus heres dñs quidē etiā viuo patre esse intelligitur, at nō possessor nō magis quā extraneus heres quilibet, quoniā dñium, iuris est possessio facti. *l.cū heredes.23.D.de acq.poss.*] sed vt *in l.Pōponius.35.D.fam.ercisc.* ex causa donatiōis quę facta fuerat per traditionē. Ideóq; nō poterat videri filius pro herede vsucepisse id quod nō ꝓ herede, sed pro donato possedisset cū nec mutare sibi causā possessionis potuisset, & vt eodē loco scriptū est. Nec rursus *ex tit.pro donato*, cū donatio à patre in filiūfam. collata nullius planè sit momēti, nec ꝓinde fieri possit, vt q̄ donatio nō trāsferret dñium donata re q̄ esset ꝓpria donatoris, eodē transferat iustā vsucapiēdi causā aliena re donata, q̄ snia & rō est *l.3.§.3.D.pro donat.* à Cuiacio nō bene percepta *ad d.l.2.D.pro her.* & ad Paulū *li.5.sent.t.11.§.pater.*

Nec rursus illa quorundam distinctio placet, an sui heredes existant duntaxat non etiam extent, an verò & existant & extent, id est an se abstinuerint necne, vt si se non abstinuerint nulla posit contra eos procedere vsucapio, nec pro herede nec pro possessore, si verò se abstinuerint, vsucapio quidem pro herede nulla esse posit, cùm sui heredes, etiamsi se abstinuerint, impediant agnatos ne iure ciuili venire posint, vsucapio tamen pro bonorum possessore procedat, propterea quòd, inquiunt, sui heredis existentia non impediat quominus agnati iure prætorio venire posint. Etsi enim non negamus, etiam suis heredibus existentibus agnatos ad bonorum possessionē admitti posse: nullā tamen pro possessore vsucapionem agnoscimus, quam nec ipsi agnouerunt iuris autores, quia cùm vsucapio sit tota ex iure ciuili non ex prætorio, nulla verò bonorum possessio sit, nisi ex prætoris iurisdictione, plane consequens est vt titulus bonorum possessionis non posit esse habilis & idoneus ad vsucapiendum, alio iam suo herede existente. Non quia ad vsucapionis causam non sufficiat quod quis factus iam sit dominus à prætore, vt constat ex *l. si finita. 15. §. Iulianus. D. de damn. infect.* sed quoniam qui iam suus heres est, cùm sit suus per legem, haud dubiè dominus est iure Quiritium, quia lex vnus est ex modis acquirendi dominij iure Quiritium. Qui verò vsucepisset is etiam iure Quiritium dominus esset, siquidem vsucapio alius etiam modus est acquirendi dominij iure Quiritium, vt docet Vlp. *in fragment. tit. 19. de acquisit. rer.* Atque ita si suo herede existente posset alius vsucapere pro possessore essent duo eiusdem rei domini in solidum, eodem dominij genere, quod non magis fieri potest, quàm vt sint duo in solidum heredes. Possent quidem duo esse eiusdem rei domini, vnus Bonitarius, alius Quiritiarius, vt in specie *d. §. Iulianus. & l. quamuis 75. D. de iur. dot.* At eodem dominij genere non possunt. Aliud esset, si de iis bonis ageremus, quæ nondum cuiquam essent acquisita iure Quiritium. At nos tractamus de suo herede qui quantumuis abstinuerit, heres tamen & dominus est, quíque ideo impedit ne quisquam alius iure Quiritium dominus esse aut fieri posit, sicut & fiscum excludit *l. si pupillus 78. D. ad SC. Treb. l. si non expedierit. 6. D. de reb. autor. iudic. possid.* Si quem alioqui inuitare potius dicendus esset, vt in specie *l. vlt. D. de success. edict.* vbi Papinianus negat inferioris gradus cognatum posse habere beneficiū edicti successorij, si prior ex propria parte possessionem acceperit, quamuis abstinendi facultatem, ob auxilium ætatis prior cognatus, postmodum accepisset. Indéque nimirum infert bona ista tanquam vacantia fisco deferenda esse: quia cùm cognatus nullum ius in his bonis vnquam habuerit, nisi ex iurisdictione prætoris, prętor autem non habeat pro bonorum possessore illum cui dat beneficium abstinendi per in integrum restitutionem, quando ex eiusdem prętoris iurisdictione sint omnes restitutiones, consequens est vt ea bonorum possessionis petitio, quæ per restitutionem sublata fuit, non impediat quominùs fiant, perinde bona vacantia acsi nunquam possessorē habuissent. Sed secus est in filio se abstinente, quoniam sicut eum non prætor, sed ius ciuile facit heredem, ita nec restitutio in integrum data per prætorem, aut etiam beneficium abstentionis quod ex eiusdem prætoris iurisdictione est, facere potest vt bona debeant videri vacantia, quæ etiam nunc dominum habent. Ne aliter posito iure, duo domini iure Quiritium reperirentur, cùm lex Iulia non minus faciat fiscum dominum bonorum vacantium, quam lex duodecim tabularum

larum suum heredem. *l.quidam.96.§. quoties de legat.* 1. Ergo si ius illud sui heredis etiam post abstentionem, aut in integrum restitutionem extinguit, aut vt meliùs dicam impedit ius fisci, multo magis impediet vsucapionem pro possessore. Neque dubitandum est quin id quod scriptum legimus *in l. 2.C. vnd. liber.* Ex testamento vel ab intestato existente filio vel nepote suo herede neminem posse ab intestato heredem existere, generaliter accipiendum sit & porrigêdum etiam ad quamlibet aliam dominij Quiritiarij causam cùm non alia fiat ratione, vt nemo possit ab intestato heres existere, quàm quòd heres significet dominum. Non tamen similiter porrigendum erit ad causam bonorum possessionis intestati. Cùm enim prætor dando bonorum possessionem, quæ scilicet sit, cum re & effectu tribuat possessori dominium, vt ait *l.j.* D. *de bon.poss.* nempe bonitarium [Quiritiarium enim dominum facere prætor nunquam potuit] filius verò qui ipso iure heres est, quantumuis se abstineat dominus sit, non quidem bonitarius, sed Quiritiarius, quia dominium bonitarium quòd ei fuit semel quæsitum ipso iure, postea fuit amissum per abstentionem quæ vtilitatem hereditatis ei abstulit: consequens fit vt bonorum possessionem ab intestato dare quidem possit prætor etiam suo herede existente, sed non præbere causam vsucapiendi: quia sic faceret vt duo essent earundem rerum domini Quiritiarij quod fieri nullomodo potest, vt diximus.

ERROR SEXTVS.

De suo herede vulgarem substitutum habente, an necessarius sit an voluntarius.

CVM de sui heredis existentia tractare cœpimus *in Error.* VIII. *Decadis præcedentis*, etsi hunc quoque casum attigimus, quo pater suo heredi instituto vulgarem dederit substitutum, quod primum membrum est distinctionis Bartolinæ à nobis eo loco & relatæ & confutatæ, monuimus tamen dignum esse tractatum de quo separatim hoc capite disputationem institueremus. Vulgaris enim non quæstio, sed error est interpretum omnium, nec veterum duntaxat, sed etiam recentiorum, quem nos quoque secuti aliquando sumus, vulgaris substituti datione tolli existentiam sui heredis, & filium cui substitutus datus fuit hoc ipso fieri ex necessario voluntarium. Nec sanè faciliùs vnquam fallimur, quam cùm interpretum errores bona fide sequimur, & pro exploratis habemus quæ illi habent pro veris. Bartolum cæterósque mouit illa ratio quod cùm pater ita scribit, *Filius meus heres esto, si filius meus heres non erit, Sempronius heres esto*, videtur aperta esse voluntas illa patris vt in filij arbitrio & electione sit an heres esse velit, necne: non minùs quàm si heredem eum scripsisset sub ea nominatim condicione, *si heres esse vellet*, quo casu dubitari non posset, quin filius ex necessario herede voluntarius factus esset. *l. verba hæc* 12. D. *de condic. instit.* Addit Bartolus parum interesse an

heres institutus, ipse sibi substitutus sit, an alium substitutum acceperit. Eum porrò qui ipse fuerit substitutus, hanc facultatem habere, non tantùm à lege, sed etiam à testatore, vt institutionis causam prætermittere possit si velit, vt Vlpianus scribit *in l. 1. §. Si quis proponatur. D. si quis omiß. caus. testam.* Me verò illud præcipuè in Bartoli sententiam trahebat, quòd si datio vulgaris substituti, existentiam sui heredis non tolleret, fatendum esset suo herede instituto nunquam fore in patris potestate, vt ei vel substitutum vulgarem vtiliter daret, vel cohæredem, cùm quisquis necessarius heres est, statim & ipso iure heres sit, etiam ignorans adeòque inuitus *d. l. 1. §. qui sunt in potestate. l. in suis. 14. D. de suis. & legit. l. apud hostes. 8. C. eod.* post acquisitam verò hereditatem nec vulgaris substitutio locum habeat, nec ius adcrescendi. *l. post aditam. 5. C. de impub. & alijs substit. l. vnic. §. his ita definitis. C. de cadu. tollend. l. 1. §. interdum D. de vsufruct. adcrescen.* Atqui certum est suo hæredi perinde ac alij cuilibet substitutum vulgarem dari posse: itèmque cohæredem qui filio abstinente admittatur, ille substitutionis, hic adcrescendi iure. *l. ex contractu. 44. D. de re iudicat.* Neque verò potuisset aut necessaria aut vtilis esse constitutio diui Marci, quæ substitutionem filio impuberi factam in casum vulgarem trahit ad casum pupillarẽ nisi frequens ijs temporibus fuisset, vulgarem substitutionem fieri filio impuberi: quamuis suo & necessario hæredi, qualem esse vtique necesse est illum cui pupillaris substitutio facta proponatur. *l. 2. §. penult. & vlt. l. 4. D. de vulgar. & pupill. substitut.* Denique vrget pro Bartolo Africani responsum quod ille pro se adducit *in l. si filius. 16. D. de liber. & posthum.* vbi suus heres institutus, cui vulgarem substitutum dedit pater, si moriatur nõdum nato posthumo, qui in ea specie præteritus proponebatur, non intelligitur fuisse suus heres patri, cui fuisset, vt eadem lex ait, si substitutum nullum habuisset. Hæc enim omnia sunt, ni fallor, quæ pro tuenda Bartoli, receptisśimaque omnium sententia, adduci vel solent vel possunt. Quæ tamen, ne probari nunc nobis possit, illud in causa est, quòd video verba illa vulgaris substitutionis, *Si heres non erit*, multum distare ab ijs, *Si heres esse volet*, quæ ex necessario faciunt voluntarium. Primùm quia conditio sic concepta, *Si heres non erit*, impleri potest, etiam in eo qui heres esse vellet, si posset, putà si talis casus contingat, in quo suus heres institutus, vel viuo patre decesserit, vel post mortem quoque patris heres existere impeditus sit ex aliqua causa, vt in specie, *d. l. si filius.* Verum enim est, quod & interpretes nostri passim iactitant, vulgari substitutione duplicem casum contineri, vnum quem illi vocant voluntatis, alium quem impotentiæ, nec minus fit locus vulgari substituto, cùm institutus moritur viuo testatore, alitérue prohibetur ne heres esse possit, etiamsi vellet esse, quàm si nollet cùm posset. *d. l. si filius. l. cùm ex filio. 39. §. quidam. D. de vulga. & pupilla. substitut.* Quid ergo necesse est ea verba, *Si heres non erit*, ita accipere, ac si scriptum esset *Si hæres esse nolet*, cùm in alio sensu verificari possint? Immo inquies, hæc ipsa ratio, quam attulimus, quòd vulgaris substitutio contineat duplicem casum voluntatis & impotentiæ, potius facere debet, vt nihil penitus interesse videatur, an testator ita locutus sit simpliciter, *Si heres nõ erit*, an hoc modo distinctiùs, *Si heres esse aut nolet aut non poterit.* Quod enim ad voluntatem testatoris attinet, parum refert, an expressa sit, an tacite subintelli-

intelligenda, in iis scilicet quæ pendent ex mera ipsius voluntate, cuiusmodi esse videtur hoc de quo agimus, vt suus heres fiat voluntarius cùm in patris potestate sit, itémque domini facere ex necessario herede voluntarium, si modo eam habeat voluntatem. Alioqui dicendum erit substitutum vulgarem suo heredi datum, nunquam admissum iri nisi eo casu quo filius heres esse non potuisset, non illo etiam quo heres esse potuisset ac reuera extitisset. Quod tamen falsum esse constat *ex d.l.ex contractu.44.de re iud.* aliísque innumeris in quibus videas, eum qui suo heredi substitutus fuit admitti ex substitutione non solùm si suus heres ipso iure heres fuerit, sed etiam quod magis est si vltro se immiscuerit, adeóque tutore autore. Ego verò defendo quod mirabilius videatur, etiamsi vulgaris substitutio ita esset concepta, *Filius meus heres esto. si filius meus heres esse aut nolet aut non poterit*, non eo magis tamen futurum, vt filius ex suo & necessario herede videri debeat factus voluntarius. Vt enim voluntarius fiat, necesse est poni conditionem in ipsa institutione non in substitutione, hoc scilicet modo, *Filius meus heres esto si volet*, vt *in d.l.verba.12.D.de condic.instit.l.iam dubitari.86.ad fin. D.de hered.instit.* Nam cùm institutio pura est, &, vt fieri debet imperatiuis verbis concepta, quid improbabilius dici potest quàm vt pater qui filio eidémque iam suo heredi imperat vt heres sit, hoc ipso facultatem ei omittendæ hereditatis dare videatur? At quod non declarauit in institutione, inquies, expressit apertissime in formula & conditione vulgaris substitutionis. Quid autem referi qua parte testamenti declarata sit voluntas testatoris dummodo de ea constet? Hoc inquam est, quod nego, verba illa, *si heres esse nolet*, in vulgari substitutione posita eundem effectum habere debere quod ad probandam testatoris voluntatem, quem haberent illa, *si heres esse volet*, posita in institutione. Et probo non tantùm ex diuersitate conceptionis verborum, quæ vno casu affirmatiua est, alio negatiua, vno casu ad primum gradum, alio ad secundum accommodata, sed etiam ex eo, quod cùm pater suũ heredem purè instituit licèt postea ei substituat sub illa conditione, *si heres esse nolet*, non ideo tamen ita locutus intelligitur, vt ei daret electionem vtrum heres esse vellet necne, sed potiùs vt aduersus filij iniuriam sibi prospiceret, si forte ille heres esse nollet, supremámque patris voluntatem destitueret metu venditionis bonorum, quod etiam inuito se in arbitrio filij futurum sciebat ob edictum prætoris, ex quo suis heredibus omnibus potestas sit abstinendi. Quod non peræquè dici potest de eo patre qui suum heredem instituit sub ea conditione, *si heres esse vellet.* Cur enim conditionem hanc adscripsisse videri potest, nisi vt filium faceret ex necessario herede voluntarium, qui alioquin non modò institutus, sed etiam nullo facto testamento necessarius heres futurus erat? Quòd si vulgari substitutione sic expressim facta, *si heres esse, aut nolet, aut non poterit*, filius non fit ex necessario voluntarius, quanto minùs fiet, si pater nulla voluntatis filij mentione, vulgaria illa substitutionis vulgaris verba vsurpauerit, *Si heres non erit.* Quibus enim verbis aliis apertioribus potuit vti pater, vt ostenderet nolle se à communi & vulgari iure recedere, quàm si vulgaribus, & iis ipsis quibus cæteri quoque vti solent, vteretur? An forte imputabimus ei, cur filio dederit substitutum? aut cur non dederit purè, quem certum est nunquam dari nisi sub conditione.

tionem in forma specifica, satis tamen voluntatem suam declarasse videbitur, vt conditionem expleuisse videri possit ex volunrate patris. *argum. dict. l. verba*, quod tamen in extraneo diuersum esset. Cui non suffiecret non nolle, nisi adiiceret etiam expressim se velle heredem esse. Nam extraneus qui neque vult, neque non vult heres esse, itemque is qui non vult heres non esse, vtique nullo modo heres est quamuis esse posset si vellet. De quo plura scripsimus *Error.* VIII. *Decadis praecedentis.* Restat vt ad contrariae opinionis rationes respondeamus. Eo namque facto nostra satis superque confirmata reperietur. Ad primam petitam ex voluntate testatoris, quasi qui substituendo vulgariter suo heredi in eius arbitrio & electione reliquerit an heres esse vellet, acsi eum heredem scripsisset sub ea conditione *si vellet.* Iam respondimus non esse bonam horum casuum comparationem, valdéque referre an conditio potestatiua ponatur affirmatiue in institutione, an negatiuè in substitutione, post puram institutionem imperatiuis verbis factam: debuitque Bartolus hanc non modo verborum, sed etiam voluntatis differentiam obseruare subtilem quidem, sed veram. Pro qua confirmanda praeter ea quae iam diximus, posset etiam illud adduci quod tractari solet de differentia legati vel fideicommissi relicti sub ea conditione *si velit*, & eius quod sub illa, *Nisi noluerit* ex *l. fideicommissa.* 11. §. *sic fideicommissum. de legatis tertio. iuncta lege si ita legatum.* 65. §. *illi si volet. de legatis primo. lege si ita expressum.* 69. *De conditione & demonstratione.* Ad illud verò quod addit Bartolus *ex lege prima.* §. *si proponatur. D. si quis omissa causa testamentaria.* Facilis etiam responsio est, multum referre an quis sibi ipsi substitutus sit, an alium habeat substitutum. In eo qui sibi ipsi substitutus fuit, verum est quod Bartolus vult, & quod lex ait, datam ei potestatem omittendae institutionis. Cur enim substitutus videri posset, nisi vt ei liceret adire ex substitutione? Quomodo autem ex substitutione adire posset nisi omissa prius institutione? At in eo cui alius substitutus fuit, non idem tractari potest, quia si talis ille est qui inuito quoque testatore beneficium abstinendi habere possit, vt contingit in suo & necessario herede, credendus est pater ei substituisse vulgariter potius, vt sibi ipsi in eum casum, id est contra filij abstentionem prospiceret, quàm vt filio hereditatis ex institutione omittendae arbitrium daret. Multo minus verò, vt ex necessario faceret prorsus voluntarium, hoc est ita vt ne quidem ab intestato suus heres esse cogeretur. Substitutio enim facultatem tribuere potest omittendae institutionis cùm idem & institutus est, & substitutus: sed omittendae omnino hereditatis etiam ex testamento arbitrium dare non potest, cùm testator qui institutum sibi ipsi substituit, tanto magis voluntatem suam declaret, quòd eum velit omnimodo heredem habere, adeóque ex testamento, siue ex institutione, siue ex substitutione. Sed & dici illud potest, Vlpianum *in dicto* §. *si proponatur.* non de suo herede loqui, sed de extraneo, vt ex eo apparet quod subiicit *in* §. *qui sunt in potestate.* eos qui in potestate sunt, si instituti etiam sint statim heredes esse ex testamento, nec quicquam facere, quod possunt se abstinere [illegible] intelligamus suo herede instituto locum ei edicto nunquam esse [illegible], vt docuimus capite praecedenti, & probauimus

apertissimè ex *dicta lege prima. §. qui sunt in potestate.* D. *si quis omissa causa testamentaria. & ex lege Papinianus. 8. §. quarta autem*, in illis verbis, *si non fuit in potestate.* D. *de inofficioso testamento.* Quamquam si poneres suum heredem à patre institutum eundémque sibi substitutum fuisse, posset non malè dici, substitutionem in id prodesse filio debere, vt etiam post abstentionem quam ex causa institutionis fecerit, ius habeat se immiscendi etiam ex testamento scilicet ex causa substitutionis, quod ius immiscendi se post abstentionem, siue ex testamento, siue ab intestato non erat alioquin habiturus *dicta lege iam dubitari. 86. ad finem. De hered. institut.* In quo melior ac fauorabilior est causa sui & necessarij heredis quàm esse deberet eius, qui necessarius tantùm proponeretur. Etsi enim vterque ipso iure necessarius est, & vtrique hoc commune vt ex necessario possit fieri voluntarius, inauditum tamen est & insolens, vt necessariò tantùm heredi instituto detur substitutus vulgaris sub ea conditione, *si heres non erit*, multo minùs sub illa, *si heres esse nolet*, cùm non possit nolle, qui purè heres esse iussus est. Quod enim hic quoque habet à prætore beneficium separationis *lege prima. §. vltimo.* D. *de separat.* multum distat à beneficio abstentionis quod suis iisdémque necessariis heredibus accommodatur, quia non magis facit vt necessarius heres non habeatur pro herede apud prætorem, quàm vt re vera heres non sit iure ciuili, sed tantùm vt si bona patroni non attigerit separandum ei sit quicquid aliunde est quæsiturus, adeóque etiamsi quid à defuncto patrono ipsi naturaliter debebatur *dicto §. vltimo.* Si quis tamen proponeret seruum necessarium purè institutum, eíque datum vulgarem substitutum sub illa conditione, *si heres non erit*, vel sub illa specialiore, *si heres esse nolet.* facilius admitterem factum videri eum debere ex necessario voluntarium, quàm si suus heres esset. Non enim hic posset locum habere ratio illa quam in suo herede attulimus, quòd credendus sit pater ei substituisse potiùs, vt sibi suæque existimationi prospiceret, quàm vt arbitrium ei daret. Siquidem non potuit vereri dominus, ne si substitutus nullus esset eueniret, vt bonorum venditionem publicam, non sine magna infamiæ nota pati cogeretur, cùm sciuerit seruum heredem purè esse iussum, neque abstentionis beneficium habere vnquam posse, neque alia arte vlla effugere, quin sub ipsius tanquam heredis nomine, bona defuncti distrahantur. Itaque quod alium effectum habere nullum posset, quidni hunc saltem habebit, vt dominus instituto seruo alium vulgariter substituens, abstinendi facultatem ei indulgere videatur?

ERROR

ERROR SEPTIMVS.

De potestate illius conditionis, si heres non erit, *in vulgari substitutione suo heredi facta.*

DIFFICILIOR videtur responsio ad posteriores duas obiectiones, quas superiore capite attulimus pro tuenda Bartoli opinione: quarum altera illa erat, quod si existentia sui heredis per vulgaris substituti dationem non tolleretur, consequens fieret vt vel prorsus inutilis esset substitutio, quæ casum vtilem nullum habere posset, vel certissimæ iuris regulæ violarentur, cùm in ea siue hereditate, siue hereditaria portione, quæ acquisita fuit, irrita fiat vulgaris substitutio. *l. post aditam. §. C. de impub. & aliis subst. t.* sicut & ius adcrescendi. *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollendis. l. prima. §. interdum. D. de vsufruct. adcresc.* At negare non possumus, quin & suo heredi vulgariter substitui possit, & in sui heredis portione ius adcrescendi locum habere, si fuerit ei datus coheres, quod vtrumque cum ex aliis innumeris nostri iuris locis probari potest, tùm omnium apertissimè, ac elegantissimè *ex d. l. ex contractu. 44. D. de re iudicat.* Rursus, si quis vellet omnes eas leges, quæ loquuntur de vulgari substitutione, facta suo heredi, vel de iure adcrescendi dando coheredi, siue suo, siue extraneo, in portione sui heredis, ad eum casum restringere, quo suus ille heres factus esset, ex necessario voluntarius, per adiectam in institutione conditionem illam expressam, *si heres esse vellet*, haud dubiè nimia esset ea restrictio, planéque commenticia, & improbabilis, cùm & parum frequentes essent eæ institutiones, per quas suus & necessarius heres fieret voluntarius, quarum scilicet vsus non patribus esset vtilis, sed liberis institutis, ipsis verò liberis non esset necessarius, quibus vtique sufficeret beneficium abstentionis. Quid ergo respondebimus? Magna enim certè obiectio est. Puto ego responderi posse. Vulgarem substitutionem suo heredi factam, non solùm valere, sed etiam statim atque is abstinet locum habere. Non quasi facto illo per huiusmodi substitutionem voluntario, vt vulgo creditur, sed quia licèt non eo minùs heres necessarius maneat, tamen non talis heres est qualem esse pater noluerat, saltem ad hoc vt excluderetur substitutus. Cogitauerat enim pater de habendo tali herede, qui non tantùm nudo nomine, sed effectu quoque ipso heres esset, & rem haberet, vt loquitur Vlpianus *in lege secunda. §. adoptius. versiculo, sed si sint sui heredes. D. ad senatusconsultum Tertyllianum.* Ac proinde, qui creditoribus respondere, aut ni id faceret bonorum venditionem suo nomine pati cogeretur; quorum nihil conuenit suo heredi se abstinenti, cùm neque heres à prætore habeatur, neque à creditoribus magis conueniri & inquietari possit, quàm si voluntarius heres fuisset, & repudiasset. Nec est quod quis rursus obiiciat, ex hac patris voluntate rationem iuris immutari non posse, neque eo minùs verè, & ipso iure filium heredem esse, & quidem ex testamento quòd se abstinuerit, *lege cùm quasi. 30. §. sed et si sum. D. de fideicommiss. libert.*

l. necessariis. 57. D. *de acquirend. heredit.* Hîc enim non tam quid ratio iuris ferat inspiciendum est, quàm quid pater voluerit & cogitauerit, cùm agatur de interpretanda condicione illa per ipsum in testamento adscripta, *si heres filius non erit.* Siquidem certum est, in condicionibus omnibus interpretandis, voluntatem testatoris primum locum obtinere, eámque solam esse quæ regit, ampliat, moderatur condiciones. *l. in condicionibus.* 19. D. *de condic. & demonstr. l. heredes mei.* 57. §. *cùm ita.* D. *ad SC. Trebell.* Tanto magis quod substitutus quoque ex eadem testatoris voluntate vocatur, non ex sola iuris potestate. Illud ergo duntaxat inquirendum est, quid testator senserit cùm filio suo heredi scripto substitutum dedit, sub ea condicione, si filius heres non esset. Nimirum quantum ad hoc vt substitutus admittatur, ad bona defuncti, quomodo loquitur Scæuola *in d. l. ex contractu.* at non etiam vt substitutus sit heres. Cùm enim suus heres, semper heres maneat, etiam post abstentionem, fieri certè nequit vt substitutus quoque heres sit, sed tantùm vt habeat vtiles actiones à prætore, qui sicut suum heredem se abstinentem non habet pro herede, nec vllas, vel ei vel in eum, dat actiones, ita substituto & in substitutum eas ipsas dare cogitur, quæ alioqui ex iure ciuili & filio, & in filium competerent. *l. ait prætor.* 7. §. *sed quod Papinianus.* D. *de minor.* Itaque, si quis ita argumentetur, Filius qui se abstinuit, remanet nihilominus heres. Ergo substitutus vulgaris heres esse non potest, erit optima consecutio, quia neque potest prætor, neque Senatus, neque lex ipsa facere, vt vni homini duo sint ex asse heredes. *l. quod contra.* 141. §. *vni duo. de regul. iur.* Sed non similiter erit bona consecutio si quis ex eodem antecedente velit inferre, substitutum vulgarem admitti non debere, quasi defecta condicione substitutionis, ex eo solo quod filius sit heres, cum testatoris voluntas faciat, vt potiùs extitisse condicio videatur. Denique illa quæstio, An suo herede existente, substitutus heres esse possit, tota pendet ex iuris ratione, quæ certè facit contra substitutum. Illa verò, An suo herede existente videatur defecisse vel extitisse condicio substitutionis, pendet ex voluntate testatoris, quæ sanè hîc aperta est pro substituto. Et in hoc proculdubio errauit Theophilus, non melior aut certior iuris nostri magister quàm Tribonianus *in princip. titul. de pupill. substitut.* cùm ait vulgarem substitutionem, filio impuberi factam, non aliter valere, quàm si filius viuo patre decedat, quod euidenter pugnat cum *dict. l. ex contractu,* & aliis sexcentis. Nisi id referas ad meram illam rationem iuris, quæ non patitur vt viuo filio, qui reuera heres manet, ipso iure substitutus heres fiat, potiùs quàm ad effectum substitutionis, quod ad prætorem vt nos explicauimus. Quemadmodum è contrario in persona illius, qui cùm posset iure ciuili heres esse, maluit iure prætorio succedere petita bonorum possessione, hæc eadem condicio, *si heres non erit,* perinde impleta intelligitur, acsi is iure ciuili heres esset, *d. l. in condicionibus.* 19. §. *si patronus.* vbi tractatur de liberto, qui patronum ex minore, quàm debita portione, ex reliqua verò hereditate extraneum heredem scripserat, & ab extraneo illo legata reliquerat, sub ea condicione, *si is heres non esset.* Cùm enim patronus, omissa institutione, bonorum possessionem contra tabulas liberti accepisset, atque ita debitam portionem consecutus esset, ac quæreretur de lega-

de legatis, ab extraneo patroni coherede relictis, an deberentur, quasi condicio extitisset, an non deberentur, quasi defecisset, ait Vlpianus, perinde videri condicionem defecisse, acsi patronus heres fuisset. Non quasi heredis appellatione bonorum possessor contineatur, verbúmque *heres* ex sui proprietate in prætorio quoque successore verificetur, vt malè ad eum locum Socinus post alios notauit, sed quia de hoc vno quærendum est, quis in proposito casu sensus sit huius conditionis, *si patronus heres non erit*, hoc ipsum verò non aliunde, quam ex ipsius testatoris voluntate æstimandum. Porro, cùm testator à patroni coherede legata reliquit, sub illa conditione, *si patronus heres non esset*, vtique cogitauit de onerando illo, in eum dũtaxat casum, quo futurum esset, vt hereditatem totam haberet, propterea quòd eo casu minùs videretur oneratus, qui ea legata posset præstare, ex patroni portione quæ adcreuisset, quique in eum casum plena testatoris non tantum voluntate, sed etiam hereditate, fruiturus esset, *vt in l. filio. 17. D. de iniust. rupt. l. nonnunquam. 14. l. si duo. 16. in fin. D. de legat. præst.* Atqui non habet totam hereditatem coheres patroni, cùm patronus accepit, contra tabulas liberti, bonorum possessionem, quando eius possessionis beneficio, non tantùm eam ipsam portionem consequatur, ex quâ fuerat institutus, sed maiorem & ampliorem. Tantum abest vt lucrum aliquod sentiat coheres, ex eo quod patronus ex testamento heres esse noluit. Quid enim potest interesse an quasi scriptus, & tanquam heres iure ciuili succedat, an per bonorum possessionem contra tabulas, etiamsi poneres, vtroque casu eandem fore patroni portionem? An non perinde rem habet patronus, & portionis, quam alterutro iure consequitur, eripit commodum coheredi? Voluntas ergo testatoris non patitur, vt in ea specie legata debeantur à coherede, à quo relicta fuerãt, sub ea expreßim conditione, *si patronus heres non esset.* Ideóque valde appositè subiecta est ab Vlpiano illa species post propositionem in principio legis traditam, de condicionibus omnibus ex testatoris voluntate interpretandis, vt esset exemplum, & elegans & apertum, eius propositionis. Quod non satis assecuti videtur interpretes nostri, qui ex eo potißimùm loco probare solent, bonorum possessorem heredis & nomine & iure censeri. Quasi in conditionibus interpretandis, proprietas tantùm verborum inspicienda sit, ac non potiùs voluntas testatoris, etiam cui proprietas verborum non subseruiat. De quo, post alios, tractat Decius *ad l. j. C. vnd. liber.* de cuius etiam lectione & sententia, quoniam eidem interpretum errori omnium maximè fauet, in sequentibus dicendum nobis erit, ne tractationes confundamus. Idem verò quod de substitutione vulgari diximus, locum habet etiam in iure adcrescendi, vt si suus heres habeat coheredem & abstineat à patris hereditate, portio eius perinde ad coheredem spectet, iure adcrescendi, acsi heres ipso iure non fuisset *d. l. ex contractu. l. cùm hereditate. 55. l. pen. & vlt. D. de acquir. hered.* siue quod ius adcrescendi locum habeat inter coheredes, tanquam inter eos, qui ab ipso testatore tacitè substituti videantur. *l. si Titio & Meuio 61. §. j. de legat. 2. l. non iustam. 4. C. ad SC. Trebell.* siue quod cùm onera portionis, à qua suus heres abstentus fuit, ad coheredem necessario deuoluantur, si portionem suam retinere velit, commodum quoque eiusdẽ portionis, ad eum pertinere necesse est, non tantùm si testatoris voluntatem consideres, sed etsi ipsam rei æquitatem, ne commodo careat qui sentit incommodum, *d. l. cùm hereditate. & d. l. pen. & vlt. de acquir. hered.* Sed ea res

non facit, quin suus heres, etiam postea quàm portio ipsius propter abstentionem peruenit ad coheredem, heres verè maneat, ideóque nec verè dici potest, si verum amamus, hoc ius adcrescendi, quandoquidem non tam portio hereditaria sui heredis se abstinentis acquiritur coheredi, quàm bona quæ ad eam portionem pertinuerunt, vt dicemus *in Error. 9. Decadis huius.* Igitur quemadmodum nemo dixerit coheredem, siue suum, siue extraneum suo heredi datum, facere posse vt eò minùs videri debeat filius heres esse necessarius, tanquam ob hoc solum factus ex necessario voluntarius. Quoniam nimirum datur suo heredi coheres, vt ius ipsius minuatur, non vt melior ipsius condicio fiat, quem & in totum exheredare pater potuisset. *l. in suis.* 11. *D. de liber. & posthum.* Ita concludendum est aduersus Bartolum, Dationem vulgaris substituti, non posse sui heredis existentiam tollere, quamuis vicissim, nuda illa sui heredis existentia, neque substitutionis vulgaris, neque iuris adcrescendi effectum possit impedire, propter voluntatem testatoris, cum ipsa rei æquitate ac necessitate concurrentem. Atque hoc ita esse, vt suus heres qui aut coheredem, aut vulgarem substitutum habet, adhuc tamen maneat necessarius, ex eo intelligimus, quòd neque substituto, neque coheredi pro portione sui heredis qui abstinuit actiones directæ dantur, sed vtiles tantùm, idque vt arbitror petita bonorum possessione secundum tabulas, quam hoc casu etiam hodie puto necessariam esse, non quidem coheredi, quem sufficit heredem esse ex parte, vt coheredis sui partem non hereditatis, sed bonorum suscipere possit, si velit, sed substituto qui nullo planè alio iure potest admitti ad hæreditatem quæ iam alium habet heredem, remanentibus nimirum directis penes suum heredem, qui semel heres fuit, quíque directas actiones in personam suam semel translatas, non magis exuere postea potest, quàm nomen ipsum heredis. *l. ait pretor.* 7. *§. sed quod Papinianus. D. de minor. l. si heres.* 70. *D. ad SC. Trebell. d. l. penult. & vltim. de acquirend. heredit.* Fieri enim nullo casu potest, vt eædem actiones directæ, sint penes duos in solidum, sicut nec vt in eadem persona directæ actiones cum vtilibus concurrant, cùm semper maior obligatio tollat minorem. *l. debitori.* 50. *D. de fideiussor. l. si reus.* 13. *D. de duob. reis.* & consequenter directa, vtilem, quæ nec vnquam inducitur nisi ex æquitate, cui porro æquitati sola necessitas locum facit cùm iuris ratio deficit ad dandam actionem non deficiente æquitate. At rursus nulla inducendæ actionis vtilis necessitas esse potest, cùm directa competit. *d. l. si heres.* 70. *in princip. D. ad SC. Trebell.*

ERROR

ERROR OCTAVVS.

De potestate vulgaris substitutionis in specie.l.si filius.16. D.de liber.& posthum.

ALTERA hæc erat Bartoli obiectio, ad probandum, eam esse vim substitutionis vulgaris, vt nudam sui heredis existentiam extinguat. Ex responso Africani *in l.si filius.16.* D.*de liber.& posthum.* vbi ait ille, Si filius heres à patre institutus sit omisso posthumo, filióque substitutus nepos ex eo sit, & interim moriatur filius, posthumo nondum nato, quem tamen in vtero esse certum erat, nepotem tam patri quàm auo suum heredem futurum. Sed si nemo filio substitutus sit, & solus ipse sit institutus, tunc, quia eo tempore quo is moriatur certum esse incipit, neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existet: sicut euenire solet, inquit, cùm sub ea condicione quæ in ipsius potestate erit filius heres institutus, priusquam ei pareret moriatur. Nam & eo casu distinguendum est, an substitutum vulgarem filius habuerit, necne, vt priore casu substitutus admittatur, etiam viuo filio, nec ei filius obstet, si modo talis condicio fuit, quæ vltimo instanti vitæ filij non potuerit impleri, vt illa, *Si Capitolium ascenderit, si Alexandriam ierit.* Posteriore verò casu filius ab intestato heres patri fuisse intelligatur. *l.vlt.*D.*de condict.instit.* vbi Papinianus addit, aliud quidem esse in ea condicione, quæ vltimo etiam instanti vitæ filij per alium impleri potuerit, puta *Si decem Titio dederit*, vt scilicet tali condicione adscripta, nepotes testatoris iidémque filio instituto substituti, nunquam viuo eo admitti possint ad aui hereditatem. Sed tamen in illa quoque specie distinguendum esse, an fuerint substituti necne. Vt proinde tam ex Papiniani, quàm ex Africani sententia negari non possit, quin hac in re magna sit ius substitutionis. Quòd nec ego sanè negandum puto. At neque tamen ita explicandum, vt ius illud sui heredis per vulgarem substitutionem perimatur. Longè siquidem alia ratio est eius distinctionis, quæ ab Africano & Papiniano traditur supra dictis locis, quam non ignorabunt qui legerint nostram de Papiniani & Africani conciliatione nouam coniecturam ad *d.l. si filius.& ad l.ventre.84.* D.*de acquirend.hered.lib.1.Coniect.cap.*10. Nec enim nunc repetemus nisi quantum ad propositi nostri rationem necesse videbitur. Ponit Africanus heredem fuisse institutum filium qui erat in potestate, substitutúmque ex eo nepotem omisso posthumo. Filium verò interim decessisse. In quo illud primùm mirari soleo, quod interpretes tantopere se cruciant, vt inuestigent an hic filius institutus fuerit purè, an sub condicione. Cùm enim nihil sit in tota lege quod præ se ferat fuisse adpositam condicionem, siue in prima, siue in secunda parte legis, quid aliud possumus dicere, nisi quod institutio in vtraque specie fuerit pura? Ac proinde quid attinet quærere, an talis condicio fuerit, quæ in vltimo vitæ momento impleri potuerit, an talis, quæ non potuerit, quod tamen vnum est, in quo perquirendo, totus insudat Bartolus, sibi tandem minimè satisfaciens, planéque adfirmans, nullam se in toto Infortiato legem videre difficiliorem. Fecit ei difficultatem, quòd filio purè instituto, non

videbatur fieri posse, vt non existere ille suo patri suus heres ipso iure, & quidem ex testamento. *l. in suis.11.eod.tit. l.j.§.qui sunt in potestate. D.si quis omiss.caus.test.* præsertim cùm lex addat, *posthumo non nato.* Quid enim erat quod posset impedire ne filius aut saltē nepos, ex testamento heres extitisse videretur, cùm & ab initio testamentū valuisset, nō obstante posthumi præteritione, nec vnquā postea ruptum fuisset? Atqui nec filium nec nepotē ex testamento heredem extitisse, apparet ex eo, quod Africanus ait, nepotem tam patri quàm auo suum heredem fore. Sui enim heredis nomen legis duodecim tabularum est, idque vsurpatum in successionē intestati non autem testati, eo capite, *Si paterfamilias intestato moritur, & suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Atque ita nos quoque hæc Africani verba interpretati sumus. Sed hinc se expedit Bartolus allata ratione illa, propter quam filius non potuerit esse suus heres patri, quoniam, inquit, in prima specie habuit substitutum vulgarem, cuius datione extinctum fuit ius suitatis. Quod si verè diceretur, aptior certè ratio quærenda non esset. Sed cùm nihil falsius dici possit, vt docuimus in præcedentibus, præsertim *ex l. Papinianus.8. §.quarta autem. in fin. D.de inoff.testam.* alia ratio quærenda est quæ ideo sit melior, quòd sit verior. Illa autem sola occurrit, quod huic filio quandiu vixit non fuerit delata hereditas, neque ex testamento neque ab intestato. Quid ergo mirum est non fuisse illum heredem patri, nec magis ab intestato quàm ex testamento? Siquidem exploratum illud est, neminem posse heredem esse, ne quidem suum, nisi deferatur ei hereditas, quæ porro si neque ex testamento neque ab intestato deferatur, nullomodo defertur. *l.si quis filio.6.D.de iniust.rupt.l.scripto.7.D.vnd.liber.l.j.§.secundum. l.2.§.pen.& vlt.D.de suis & legit.* Si verò pergas quærere, Cur in proposito casu patris hereditas filio non deferatur, neque ex testamento, neque ab intestato. Illa est ratio adferenda quam Papin. ponit *in d.l.ventre.84. in princ. D.de acquir.hered.* quod quandiu rumpi testamentum potest non deferatur ex testamento hereditas. Testamentum autem in quo filius hic fuerat institutus, & posthumus præteritus, potuit rumpi agnatione posthumi, quandiu filius vixit, quia toto eo tempore quo vixit, incertum fuit an posthumus nasceretur necne, maiórque spes fuit, & probabilior natiuitatis quā abortus. Non igitur potuit ex eo testamento deferri hereditas. Ab intestato autem multo minùs, quoniam alia iuris regula est, quandiu ex testamento succedi potest, ab intestato succedi non posse, immo nec hereditatem ab intestato deferri. *l.quandiu.39.l.in plurium.70.eod.tit.l.2.C.vnd.lib. l.quandiu 89.de regul.iur.* Atqui quandiu filius vixit potuit heres esse ex eo testamento aliquis, scilicet vel ipse filius si viuo eo mulier abortum fecisset, vel saltem nepos substitutus, si post mortem filij abortus factus fuisset. Ergo non potuit filio, quandiu vixit, deferri hereditas ab intestato. Et consequenter concludendum est non fuisse illum suum heredem patri, neque ex testamento, neque ab intestato. At non propterea quòd substitutio vulgaris ei facta, ius suitatis extinxerit, vt putat Bartolus, sed quia præteritio posthumi, & incertitudo natiuitatis ipsius, incertam fecerit vtramque causam successionis, tam ex testamento, quàm ab intestato. At si substitutus nullus datus esset, dicat aliquis pro Bart. aliud responderetur. Id enim est quod Africanus subiicit, *Quòd si nemo filio substitutus sit, & solus ipse institutus sit, tunc ipse filius intestato patri heres existet.* Fateor: sed non ratione illa quam adfert Bartolus, quod

quod hoc casu sui heredis existentia per substitutionem vulgarem non sit extincta. Verùm illa potiùs qua disertè Africanus mouetur, quòd hoc casu eo tempore, & instanti, quo filius moritur, certum esse incipiat, neminem ex eo testamento heredem fore, vt proinde nihil impediat, quominus iam tum hereditas patris, huic filio & deferatur & adquiratur ab intestato. Nam si delationem intestati illud tantùm impediebat, quod quandiu filius vixisset, aliquis ex eo testamento heres esse potuisset, consequens fit, vt si quo ipsius vitæ instanti vel vltimo certum esse cœperit, neminem vnquam ex eo testamento hæredem fore, delata ex tunc ei fuerit ab intestato hæreditas, ac proinde acquisita. Nec enim duo sunt, instantia delatæ & acquisitæ hereditatis in suo hærede, vt essent in extraneo, sed vnum & idem, támque citò acquiritur ei hæreditas quàm defertur. Illud tantùm explicandum est, cur in hac posteriore specie certum esse incipiat eo instanti quo filius moritur, neminem ex testamento hæredem fore. Neque occurrit certè quid aliud, nedum quid melius respondere possimus, nisi quòd nullus in hoc casu aderat substitutus qui aderat in priore. Etsi video statim hîc acclamaturos eos qui Bartolum tueri volent. Dationem igitur substituti solam eam esse, quę sui heredis ius extinguat, si non etiam cætera quæ ad hãc rationem explicandam pertinent, à nobis doceri patientur. Dicimus autem hunc quidem esse effectum vulgaris substitutionis in proposito casu, vt si facta sit filio instituto, impediat ne filius patri suus heres extitisse videatur si verò facta non sit, filius patri suo hæres ab intestato fuisse intelligatur. Sed non hoc ideò quòd vulgaris substitutio extinguat suitatem, at quia vulgaris substitutio, cùm sit institutio & secundus gradus testamenti, impediat ne testamentum destituatur morte filij, quod alioqui destitui necesse esset si nullus filio substitutus datus proponeretur. Nec enim destituitur testamentum, quandiu aliquis ex testamento heres speratur: quia deficiente primo gradu, siue in eo suus heres institutus sit, siue extraneus, nihil vetat incipere testamẽtum à secundo, id est à substituto, postquam institutus exclusus fuit, siue morte, siue qua alia ratione. Igitur moriente filio, cui nepos fuerit substitutus, omisso necdum nato posthumo, destituitur quidem primus gradus testamenti; quia filius quandiu vixit, nec fuit, nec potuit heres esse, aut ex testamento, aut ab intestato, vt diximus, propter spẽ quæ subest, neq; tamen certa est nasciturì posthumi, sed non destituitur secũdus gradus in quo fuit per vulgarem substitutionem institutus nepos, qui vtique ex eo testamẽto hæres esse potest, si postea non nasci posthumũ contingat. Ideóque non potest dici, filio moriente, certum esse incipere neminem ex eo testamento heredem fore, quod tamen exinde certum esse incipit, nemine substituto. Ita fit vt filius qui habuit substitutum, siue nepotem siue alium (nihil enim moror) patri suus heres esse non potuerit, quando defunctus est, incerto adhuc eo an posthumus nasceretur, fuerit verò suus heres si non habuerit substitutum: nec tamen ex eo inferri posit sui heredis existentiam tolli per vulgarem substitutionem. Et hoc apparet euidentiùs circa speciem aliam quam tractat Papin. *in d. l. vltim. de condic. instit.* de filio qui fuerit institutus sub conditione potestatiua, substituto etiam nepote. Nam inter hunc casum, & illum, quem Africanus tractat *in d. l. si filius.* similitudo illa est, quod filio instituto, cui substitutus nepos fuit, non defertur hereditas patris, neque ex testamento, neque ab intestato, siue omissus

instans mortis adscribendum vitæ non morti] nihil obstaret, quominus viuus adhuc filius ab intestato heres fuisse intelligeretur, & cõsequenter obstitisse nepoti quem ille in causa succesionis, non quidem testati, sed intestati, anteuertisset, sicut & eueniet in casu Papiniani, hoc est non posthumo præterito, sed instituto filio sub conditione potestatiua, si talis esset conditio quæ vltimo vitæ instanti non posset impleri, putà si Capitolium ascenderet, nec filio quisquam substitutus datus proponeretur. In hac namque specie apertè Papinianus scribit *in d.l.vlt.de condict. instit.* filium patri suum heredem existere, atque ita obstare nepoti non substituto, cui non obstaret si nepos esset substitutus. An quia substitutio, si qua esset, suitatis ius impediret? Nihil minùs: alioqui perinde esset necessaria vulgaris substitutio, illo quoq; casu quo institutus esset filius sub conditione potestatiua, quæ per alium & vltimo vitæ filij momento impleri posset, [quod tamẽ nos, cum eodem Papiniano iam negauimus] Sed quia substitutio faceret vt non posset dici moriente filio incipere certum esse neminem ex eo testamento heredem fore. Quid enim prohiberet ne substitutus nepos ex substitutione heres esset? Et consequenter substitutio hoc ipso quod impediret ne testamentum destitueretur, impediret etiam ne hereditas filio ab intestato deferretur, quod impedire non potest sola conditio institutioni adscripta, quoties talis conditio est, quæ vltimo vitæ momento impleri non possit. Et hoc vnum est quod Papinianus subtilissimè suo more disputat, de illa differentia conditionum quæ vltimo vitæ instanti possunt impleri, & earum quæ non possunt. Quantum certè ad rem nostram pertinet. Nam cætera quę ad eius legis explicationem pleniorem addenda essent, in alium locum transferemus. Redeamus igitur ad Africanum, & quæramus an in ea specie quam tractat ponendum sit, posthumum natum non fuisse, an verò nihil referat natúsne sit, an non. De hoc enim non parua inter nostros controuersia est, adeò vt nec desint qui dubitent, an venter plenus fuerit, an vacuus, vt Cuiacius refert in Obser. Ipse verò non dubitat quin & plenum ventrem fuisse ponendum sit, & ne tum posthumum. Alioqui, inquit, filius eo casu, quo nepotem habuit substitutum, patri ex testamento heres extitisse retrofingeretur *l.ventre.84. de acquir.hered.* quod tamen Africanus negat, cùm ait nepotem, tam patri, quàm auo, suum heredem fore. Eámque & sententiam & rationem nos secuti sumus in Coniecturis nostris, cùm eo tempore faciliores essemus quàm par esset, ad probanda ferè omnia quæ tanti viri autoritas comprobaret. Nunc verò dicimus plenũ quidem fuisse ventrem, & ad hoc vnum probandum, bonam esse Cuiacij rationẽ, quoniam aliter pósita facti specie pugnaret Africanus cum Papin. *in d.l.ventre. vers. sed si vacuo.* & ridiculè Africanus poneret omissum fuisse posthumum, qui nullus in rerum natura fuisset. Aliud nãque est dicere ventrem præteritum, quomodo loquitur Papin. *in d. l.ventre præterito.* Aliud verò dicere posthumũ pręteritum fuisse. Cùm dicimus ventrem pręteritum, distinctio illa non est inepta, sed necessaria, vtrum vẽter vacuus fuerit an plenus. Cùm verò dicimus posthumũ pręteritũ, significamus apertissimè ventrẽ plenũ esse, nec alij distinctioni locus relinquitur quã huic, an posthumus natus sit necne. Sed negamus quicquã interesse apud Africanũ an natus fuerit posthumus, necne, quia siue natus fuerit siue nõ, & omni casu, dummodò filius decesserit ventre adhuc pleno, nepotem tam patri, quàm auo, suũ heredem fore, cũ Africano defendimus. Et quod Cuiacius

obiicit, immo verò posthumo non nato dicendum fore cum Papiniano *in d.l.ventre.* filium patri suum heredem extitisse retrofingi, nos negamus, neque id à Papiniano vsquam ita responsum legimus. Eum siquidem casum tractat Papinianus, quo mulier vacuo ventre fuerit, cùm ait filium intelligi heredem patri suo ex testamento extitisse. Quod si pleno ventre mulier fuit, subiungit apertissimè interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil, quod nihil aliud est quàm eum neque ex testamēto, neque ab intestato heredem extitisse. Sed putauit Cuiacius, nihil planè referre an vacuus venter fuerit, an ita plenus, vt tamen nullus sit natus posthumus, cùm quod ad causam rumpendi testamenti pertinet, præteritio posthumi nunquam nati, non plus posit quàm pręteritio vętris reuera vacui. Constat enim hanc esse differentiam inter filium iam natum & posthumum pręteritum, quod filij iam nati præteritio facit testamentum nullum ipso iure, ac iam inde ab initio, Posthumi verò non item, sed eo duntaxat tempore & casu quo posthumus nascitur, rumpi testamentum *l.si filius.7.cum duab.seqq.& pass.D.de liber.& posth.l.3.& pass.D.de iniust.rupt.* Cùm igitur posthumo non nato dici nequeat, ruptum fuisse vnquam testamentum quod ab initio valuit, posit aliquis pro Cuiacio quærere, quid impediat, quominùs filius interim defunctus patri suo heres ex testamento extitisse intelligatur. Hoc enim est proculdubio quod & Cuiacium fefellit, & nos quoque cùm eius opinionem sequebamur. At respondendum est, posthumi in vtero existentis præteritionem, quamuis testamentum nec faciat nullum nec rumpat, quandiu posthumus natus non est, facere tamen vt non magis ex eo quisquam heres esse posit, quàm si iam ruptum esset, quoniam vt impediatur confirmatio testamenti, & per conseques, ne ex eo hæreditas deferatur, sufficit in eo esse testamentum vt aliquo casu rumpi possit. Ex generali illa propositione quam suprà iam constituimus post Papinianum *in d. l. ventre. in princip.* Ex testamento quod rumpi potest, quandiu rumpi potest, hereditatem non deferri. Nec sane habet hæc propositio vllam exceptionem, quoties de eo rumpendi testamenti modo loquimur, qui sit ex iuris potestate. Ne alioqui secum lex pugnet, si confirmet testamentum, quod in eo sit, vt eiusdem legis autoritate rumpi aliquo casu posit. Essetque alienum à dignitate legis, vt rumperetur testamentum, quod iam aliquando ipsa confirmasset. Ob idque retinet cōfirmationem in suspenso, quousque videat rumpi amplius nō posse. Cui non est contrarium quod confirmat testamentum inofficiosum, exeóque defert hereditatem quam & aditam esse necesse est, prius quàm inofficiosi querela institui possit *l. Papinianus.8.§.si conditioni.D.de inoff testam. l.si quis filium.34.in fin.C.eo.* cùm tamen per querelam inofficiosi testamenti rumpatur. Non tam enim rumpi per querelam si partitè loqui volumus, quàm rescindi dicitur, vt intelligamus, aliquando illud non tantùm valuisse, sed etiam à lege confirmatum fuisse, postea verò non tam legis quàm hominis & centumuiralis iudicij autoritate rescissum esse. Rumpi enim propriè dicitur, quod aliquando valuit, sed quod confirmatum nunquam fuit. Rescindi verò, quod & valuit, & confirmatum fuit. Cùm rumpi dicitur, factum & potestas solius legis significatur: cùm verò rescindi, nihil nisi factum & potestas hominis, licèt accedente iuris autoritate. Hæc quando ita sunt, apparet, filium qui fuit institutus omisso posthumo, si substitutum habuit, siue nepotem, siue alium, & ventre adhuc pleno decessit, non magis heredem

dem ex teſtamento fuiſſe, intelligi non nato quoque poſthumo, quàm ſi natus poſthumus proponeretur, quia verum eſt ei, quandiu vixit, hereditatem nunquam fuiſſe delatam, neque deferri potuiſſe ex eo teſtamẽto, quod rumpi poterat, licèt nunquam fuerit ruptum. Etſi enim non nato poſthumo, apparet ex poſtfacto ſemper valuiſſe teſtamẽtum, ex eoque hereditatem acquiri potuiſſe, cùm tamẽ eo tempore iam reperiatur mortuus filius, incapax eſt ſuſcipiendæ retrofictionis, per quam heres aliquanto fuiſſe videri poſſit quia mortuus probari quidem poteſt heres reuera fuiſſe dum viueret, quamuis tunc heredem eum eſſe nec ſciretur, nec ſciri poteſt, vt eueniret in hoc ipſo filio, ſi vacuo ventre mulier fuiſſet [lex enim quæ certa eſt, ventrem vacuũ eſſe, ac proinde teſtamentũ, quo venter præteritus fuerat, rumpi nunquã poſſe, non eo minùs defert ex ipſo hereditatem, quòd filius neſciat an vacuus vẽter ſit, an plenus. *l. cùm quidã. 30. §. ſuũ heredẽ.* D. *de acq. hered.*] ſed vel heres fieri, vel retrofingi heres fuiſſe, eo tẽpore quo reuera non fuerit, minime poteſt, quia omnis retrofictio requirit omnino duos terminos, terminum ſcilicet à quo, & terminum ad quem, quorum ille deficit, mortuo iam retrofictionis inducendæ tempore eo, qui retrofingendus eſſet heres fuiſſe. Atqui, inquies, datio ſubſtituti vulgaris ſuſtinet teſtamentum, facitque ne ipſius filij morte deſtituatur. Quidni ergo faciet vt filius ex teſtamento heres fuiſſe retrofingatur, poſthumo nullo nato? Reſpõdeo, quia vt ea retrofictiõ inducatur, non ſufficit teſtamentum ſemper valuiſſe, nec vnquam ruptum eſſe, ſed illud præterea requiritur, vt hereditas, vel filio delata reuera fuerit. vel fuiſſe fingi poſsit quorum neutrum in propoſito caſu euenit: niſi fortè illud quoq; fingere velimus, aliquod tempus fuiſſe, quo potuerit filius, dum vixit heres eſſe: quod tamẽ tempus nec vllum fuit, neque eſſe potuit, cùm ſit verũ quandiu filius vixit, rumpi teſtamentum potuiſſe: niſi rurſus hoc etiam fingere iuuabit, non potuiſſe rumpi teſtamentum, quod non magis fingi poteſt, quàm vt eodem tempore venter præteritus & vacuus fuerit & plenus. Prodeſt ergo hoc caſu vulgaris ſubſtitutio, non filio inſtituto, ſed nepoti ſubſtituto, vt ex teſtamento heres eſſe poſsit auo tanquam ſuus, quòd cum filius in cauſa teſtati nunquam præceſſerit. Suum enim heredẽm dicimus, non tãtùm ab inteſtato, ſed etiam ex teſtamento. *dicta l. ventre. d. l. cùm quidam. §. ſuum heredem.* ſicut & legitimam hereditatem, eam quoque quę ex teſtamento defertur. *l. lege ob ventre. 130. de verb. ſignif.* Itaque quod Africanus indiſtinctè & ſimpliciter ait, nepotem tam patri quàm auo ſuum heredem fore, non impugnat noſtram ſententiam, ſed potiùs adiuuat, cùm velimus id verum eſſe omni caſu, id eſt ſiue natus ſit poſthumus, ſiue non ſit, ſed cum hac tamen explicatione & diſtinctione, vt ſi natus ſit poſthumus, nepos ſuus heres ſit auo ab inteſtato, ſi verò non ſit natus poſthumus, ſit heres ſuus eidem auo ex teſtamento. Quemadmodum & quod idem Africanus ait hunc ipſum nepotem patri quoque ſuo, ſuum heredem eſſe, vtramque interpretationem optimè admittit, vt tam ex teſtamento quàm ab inteſtato, ſuus heres patri eſſe poſsit, ex teſtamento ſi eum pater heredem inſtituerit, ab inteſtato ſi pater quoquomodo inteſtatus deceſſerit. Cùm ergo nihil ſit apud Africanum, ex quo poſsit colligi filium in ea ſpecie inteſtatum potius, quàm teſtatum deceſsiſſe, nec proinde quicquam obſtet quominus nepotem hunc ſuo patri ſuum heredem, ex teſtamento fuiſſe dicamus, quid etiam vetat, quominus eundem nepotem auo quoque ſuum heredem ex

testamento fuisse interpretemur. Eo nimirum casu quo testamentum valuit, nec posthumi agnatione vnquam ruptum fuit. Quanquam nec absurdum esset nepoti patrem suum heredem esse ex testamento: auo autem ab intestato, vel contrà, altero scilicet defuncto testato, altero intestato. Et ob id Africanus nihil aliud scribere voluit, nisi nepotem hunc, tam patri quàm auo suum heredem esse, non addito eo an ex testamento, an ab intestato, quod pro casuum diuersitate vtraque adiectio suppleri commodè posset. Illud certè omnino ponendum est decessisse filium, pleno adhuc ventre, & incerto eo an posthumus nasciturus esset necne: quia si eo viuo spes intercidisset nascituri posthumi, putà facto abortu procul dubio suus ille heres fuisset patri, eidémque testatori & quidem ex testamento, si verò post natum iam posthumum decessisset, atque ita rupto iam testamento, fuisset ille suus heres ab intestato. Idque ipsa etiam interpunctio Florentina probat quam & Cuiacius laudat quæ sic habet, *interim posthumo non nato*, vt dictio illa *interim*, sic explicetur, acsi adiectum esset, *id est, Nondum nato posthumo*, non quomodo Accursius, Barto. aliique vulgares interpretes omnes explicant, *Ante aditam hereditatem.* Quasi verò in suis heredibus tractandum sit de aditione, nec suus heres sit heres, si post patrem decesserit, non declarata voluntate: quod est equidem consequens ei quod vult Bart. sui heredis existentiam tolli per vulgarem substitutionem, sed alienum planè sicut a iuris ratione, ita & à mente Africani, qui nihil aliud requirēdo ad hoc vt nepos sit suus heres auo nisi vt filius ante posthumum natum decesserit, ostendit satis, aliud se fuisse responsurum, si vel vno instanti filius vixisset post natiuitatem vel abortum posthumi, quia tunc obstitisset nepoti, tanquam suus, cui tamen obstare non potuisset, si vulgaris substitutio ei facta ius suitatis extinxisset. Difficilius est secundam huius legis Africani partem conciliare cum Papiniano, in secunda parte dictæ *l. venire. de acquir. hered.* Sed hoc iam nos præstitimus, suprà citato coniecturarum nostrarum loco, vbi & cætera, quę in eius loci interpretatione peccauit Cuiacius, & obseruauimus & refutauimus. Itaque hîc non repetemus.

ERROR NONVS.

De tacita vulgari substitutione.

Constitutio diui Marci, à Modestino relata *in l. iam hoc iure. 4. de vulgari subst.* quæ primùm hoc ius induxit, vt substitutio in alterum casum facta, in vtrumque facta intelligatur, sic passim ab interpretibus omnibus accepta est, vt siue pater filio suo impuberi substituerit, in casum vulgarē, videatur substituisse etiā in pupillarem, siue contrà substituerit in casum pupillarem tantùm, in vulgarem quoq; tacitè substituisse intelligatur. Itaque sicuti pupillarē substitutionem, ita & vulgarem duplicem faciunt, expressam vnam, tacitā alteram. Vnde tot quæstiones apud Bartolum, & post eum apud cæteros *ad l. 1. eod. tit. de vulgari tacita.* An testamentum possit ab ea vires assumere, an mortuo ante patrem filio impubere, sit ex ea admittendus substitutus, an trahatur ad bona impuberis, an admittatur contra matrem, & similes aliæ cōplures.

plures. Mihi videtur nihil dici posse improbabiliùs, quàm vt vulgarem aliquam tacitam esse existimemus, quod ante nos duo insignes Iureconsulti, Lancelotus & Viglius defenderunt: sed ita vt tamen non desit nobis, quod post eos de nostro proferamus. Primùm quia nullo iuris loco, aut à prudentibus aut ab imperatoribus aliquam ipsius mentionem factam reperio, vt dubitari proinde non possit, quin merum hoc sit commentum interpretum, vti & huiusmodi alia pleraque. Nam quod Modestinus refert *in d. l. iam hoc iure.* factum esse ex diui Marci & Veri constitutione, vt cùm pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrumque casum substituisse intelligatur, non alium sensum habet, quàm vt substitutio facta in primũ casũ, videatur facta etiã in secundũ, non è cõtrario, quod putãt interpretes, vt substitutio facta in secundũ casũ, in primũ quoq; facta cẽseatur. Idq; ipsa etiã demõstrat interpretatio. quã adhibet Modest. sequẽtib. illis verbis, *Siue filius heres non extiterit, siue extiterit & impubes decesserit.* Perinde nãque est, ac si poneret hoc exẽplum cõstitutionis; vt nihil referat an pater filio suo impuberi substituerit, sub ea tantùm cõditione, *Si filius heres non extiterit*, an verò sub his duabus simul iunctis, *Siue filius heres non extiterit, siue heres extiterit & impubes decesserit.* Pugnare quidem contra nos magis videtur, quod sequitur apud Modestinum *in versu hoc itaque casu.* Sed quænam illius loci; & sententia & ratio sit, explicabimus ad finem capitis sequentis. Idem etiam probat ratio ipsa, quæ imperatores mouere potuit, vt nouum hoc ius inducerent, à mera veri iuris ratione tantopere alienum. Nam cùm vulgaris casus & pupillaris, quorum ille primus casus dicitur, hic secundus, non modò, contrarij inter se sint, sed etiam contradictorij, adeò vt non possit vni locus esse, quin hoc ipso alius excludatur, quænam obsecro iuris ratio facere debuit, vt imperatores substitutionem factam in vnum casum, traherent ad alium, nisi fauor pupilli, cuius vtique interest habere testamentarium potiùs, quàm legitimum successorem, nouam istam constitutionem extorsisset. Atqui fatentur omnes vulgarem illam, quam tacitam vocant, respicere ad fauorem non pupilli, sed testatoris, vtpote per quam ipsi testatori, non pupillo succedatur, vt expresim tractat Bartol. *ad dicta l. iam hoc iure.* Non igitur quæ ratio humanitatis facit, vt vulgarem substitutionem impuberi factam trahamus ad casum pupillarem, ex ea constitutione, eadem facere debet, vt substitutionem in casum pupillarem factam trahamus ad vulgarem, cùm hac in re nullus omnino versetur fauor pupilli. Sed neque ordo ipse casuum & substitutionum hanc admittit interpretationem. Solent enim testatores, & debent, tum quoque cùm filio impuberi heredi scripto substituunt in vtrumque casum incipere, à vulgari non à pupillari. Vnde & vulgaris casus vt iam diximus appellatur primus, pupillaris verò secundus. *l. Lucius. 45. eodem tit. de vulg. l. precibus. 8. C. de impub. & alijs substitut.* quia vulgaris fit in eum casum, quo hereditas agnita non sit, pupillaris verò in eum, quo sit agnita. Primum autem non esse præcedit esse, vt non inargutè Baldus philosophãdo more suo ad hoc propositum obseruauit. Progressúsque naturalis est ab eo casu quo filius impubes heres non sit, ad illum quo heres sit & impubes moriatur. At è conuerso ineptus esset & potiùs retrogressus dicẽdus ille, si pater inciperet à casu pupillari, & adijceret postea vulgarẽ, hoc modo, *si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit, siue heres nõ erit, Seius heres esto.* Quod igitur nõ

nisi ineptè posset exprimi, cur pro expresso haberi volumus, cùm neque expressum fuit, neque cogitatum? Vtique enim ille semper casus pręcedere debebit, qui fuerit expressus, non qui ad expressum accedat, per interpretationem. Hunc verò ordinem aptissimè expressit Theophilus *in tit. de pupill. subst.* cùm hanc substitutionem vno verbo vocat *vulgari pupillarem*, non autem *pupilli vulgarem*, quo tamen nomine aut saltem vtroque vocanda esset si quod interpretes volunt, tam verum esset casum pupillarem trahi ad vulgarem, quàm verum est, trahi vulgarem ad pupillarem. Idémque Theophilo hac in re quod nobis visum fuisse apparet, etiam ex eo quod itidem ait, vulgarem substitutionem etiam expressim factam impuberi euanescere, si impubes superstes patri abstineat, etsi hãc opinionem nos refutauimus *in Err. 7.* Quomodo enim potuit ille credere substitutionem factam impuberi in casum quo heres erit, trahendã ad eum casum quo nec expressim fieri eam posse putant, hoc est quo filius abstineat ab hereditate patris. Eundem ordinem etiam apertissimè Iustinianus designat, *in tit. de pup. subst.* vbi ait, Liberis impuberibus quos in potestate quis habet, non solùm vulgariter posse quem substituere, id est ita vt si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres, sed eo amplius vt si heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint sit eis aliquis heres. Veluti, inquit, si quis dicat hoc modo, *Titius filius meus heres mihi esto. Et, si filius meus heres mihi nõ erit, siue heres erit, & priùs moriatur quàm in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.* At secundum interpretes, qui tacitam istam vulgarem inducunt, similiter dicendum esset, posse patrem liberis suis impuberibus nõn solum pupillariter substituere. Si heredes existerent, & in pupillari ætate decederent, sed eo amplius, vt si heredes non existerent aliquis heres esset. Quo, quid absurdius? Nam vltra illum casum *si heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, casus alius nullus est propter quem possis dicere *eo amplius*. Dicẽdum potius esset *eo minùs*, cùm iste casus si filius heres non erit, non solùm præcedat illum, *si heres erit & impubes decesserit*, sed etiam multo minùs facti habeat, tanquam qui sit merè negatiuus. Addo quod pater qui filio suo impuberi substituit in eum nominatim casum, si is heres erit, & impubes decesserit, cogitat de herede dando filio, non sibi, nisi per mediam heredis eiusdémque filij personam. Cur ergo trahemus casum hunc ad illum, quo pater non filio heredem dare cogitauerit, sed sibi? Dices eadem ratione posse probari, casum vulgarem nõ esse trahendum ad pupillarẽ, cùm pater qui substituit filio in casum vulgarẽ det heredem sibi non filio, cui tamen soli dat non sibi, in casum pupillarem. Non nego, nec magis posit quisquã negare, bonã fore rationem propter quam casus vulgaris nullomodo trahi deberet ad pupillarẽ, si de hoc expressam nõ haberemus Imperatorũ constitutionẽ, solo pupillorũ fauore subnixã. Atqui vt casus pupillaris trahatur ad vulgarẽ, neq; constitutionis verba faciũt, neq; fauor pupilli. Ratio igitur iuris cõmunis retinenda est, non tam facilè violãda. Neq; verò mirum est fauorabiliorem esse hac parte pupillũ, cui pupillaris substitutio facta est, quàm patrem ipsum qui fecerit, quia imputari potest patri, cur ad habendũ heredẽ non substituerit filio suo vulgariter, cũ posset, in eámq; rem vulgaris esset, notáq; cuilibet formula quã vsurpare debuisset. Non autẽ similiter imputari potest pupillo, cur pater qui ei substituit vulgariter non etiã substituerit pupillariter, quandoquidẽ pater ipse est qui filio testamentũ fecit, non filius, nec improbabile est patrẽ qui substituendo impuberi

puberi filio casum omisit pupillarem, ita fecisse per imperitiam, quod pupillaris substitutionis formulā non ita vulgarem ignoraret potiùs quàm quod filiū quem & instituerat, & substitutum habere voluerat, intestatū mori vellet, si is impubes moreretur. Quid? quod pupillaris substitutio non vnā duntaxat conditionem habet, quomodo vulgaris quæ illam, *si heres non erit*, sed duas quarum altera illa est, *si heres erit*, altera hęc est *impubes decesserit*. Vtrāque igitur impleri necesse est, vt possit locus esse substitutioni. Et quantumuis tibi adroges vt casum illum secundum & affirmatiuum, *si heres erit* protrahas, aut vt meliùs dicam, retrahas ad primum negatiuum eundémq; planè contradictorium, *si heres non erit*, quod nunquam facies me permittēte, non tamen effugies, quin conditio illa altera, *si impubes decesserit* impleri quoq; debeat. Nihil enim est in verbis, aut in ratione constitutionis diui Marci, ex quo possis colligere casum illum, *si impubes decesserit*, debere retrahi ad alium, qui sit etiam contradictorius, *si impubes non decesserit*. Quod etiamsi facere tibi liceret, plane induceres tacitam vulgarem valde ineptam, quæ scilicet tacta esset in eum casum, quo filius & heres non esset, & pubes decederet. Nā cùm filius heres non est, quid attinet expectare ipsius pubertatem, vt substitutus heres patri esse posset? Aut quænam ratio excogitari potest, propter quam pater debuerit eo minùs velle heredem habere, quòd filius eius qui heres non fuisset, pubes decessisset? In casu pupillaris substitutionis, hoc est, cùm filius heres fuit, necessaria est adiectio illa alterius conditionis, *& impubes decesserit*, quia pupillaris substitutio, filij testamentum est, patri autem non licet facere testamentum filio, nisi & impuberi, & intra pubertatem decedenti. Ideóque solet in pupillari substitutione adiici articulus, *tunc*, quem nec Iustinianus prætermisit *in princ. d. tit. de pupill. subst.* nec Modestinus *in l. 1. de vulg. & pupill.* nec Iulianus *in l. si ita scriptum. 8. §. qui filio. D. de bonor. poss. secund. tabul.* qui articulus cùm temporis extremitatem denotet *l. 4. in fi. D. de condic. & demonst.* eam vim habere debet, vt non patiatur admitti substitutum, priùs quàm filius impubes decesserit. Quod igitur filius abstineat paterna hereditate, siue ante siue post immixtionem, quāuis posset inuitare substitutum vulgarem, si quis ei datus esset, non æque tamen potest locum facere substituto, qui non nisi in pupillarem casum datus fuit, quasi in vulgarem quoque datus videatur, quin pupillus quoque defunctus proponatur. Alioqui constitutione noua opus erit, quæ ad cōstitutionem diui Marci hoc addat, vt non tantùm casus secundus retrahatur, ad primum, quod vnū per se vt probauimus absurdissimum esset, verùm etiam ille articulus *tunc* expressus in casu pupillari, omittatur in casu tacito vulgari, atque ita viuo filio, admittatur iure substituti vulgaris, ad patris hereditatē ille, qui non fuerat substitutus, nisi tunc cùm filius impubes decessisset. Hoc verò tanto absurdius esse fateberis, si mecum cogitabis subtiliùs, conditionem illam pupillaris substitutionis, *si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, quam diximus esse duplicem, vnam potiùs videri debere, sed quæ duas habeat partes, vt & illa de qua *in l. hac scriptura. 26. de cond. & demonst.* Hoc enim admisso, quod negari certè non posset, consequēs fit, vt multo minùs possit diuidi, quàm si essent duæ, quamuis in pluribus quoque conditionibus quoties coniunctim adscriptæ sunt, ita obtineat vt omnes sint implendæ, tanquam quę vnius duntaxat loco habeantur. *l. si heredi plures. 5. D. de condit. instit.* Nunquam ergo assequēris, vt qui fuit substitutus filio, sub ea vnica

& indiuidua conditione, *si heres filius erit, & in pupillari ætate decesserit*, admitti debeat viuo filio, quantumuis abstinente, qui tamen secundum interpretes ex tacita vulgari esset admittendus. Illud enim omnino intolerabile est, vt liceat tibi vsque adeo agere Imperatorem, vt vel diuidas conditionem à testatore adscriptam, vel ea nondum impleta perinde admittas substitutū, acsi conditio vel nulla adscripta, vel iam impleta esset, quod nec prætor ipse facere, vel potest vel debet, nisi cùm talis conditio est, quę vel pro non adiecta debeat haberi, vel quæ sit edicto remittenda. *l. facta. 67. §. si sub conditione. D. ad SC. Trebell.* Plus dico, pupillarem substitutum ita scriptum, *si filius meus heres erit, & impubes decesserit*, viuo filio nullomodo substitutum videri, ne quidem sub conditione, quippe qui in hunc casum nullomodo fuerit substitutus. Exemplo eius, quod scribit Modestin. *in l. commodissime. 10. D. de liber. & posth.* posthumum à patre institutum, *si viuo patre nasceretur*, natum patre mortuo, aut contrà, rumpere testamentum, quasi qui nec sub conditione scriptus intelligatur, cùm nascatur in hunc casum, qui non sit testamento comprehensus. Tota enim illa conditio pupillaris substitutionis, *si filius meus heres erit, & impubes decesserit*, non tam est conditio sub qua vocetur substitutus, in quo plerósque omnes vulgo errare video, quàm conditio sine qua non vult pater facere filio testamentum, quia nec potest. Denique sunt illa verba non filij testantis, nec patris iam testamentum filio facientis, sed patris accingentis se, ad faciendum filio testamentum, vt appareat nihil eum moliri, nisi quod per leges facere sibi liceat. Vnde est quod Vlpianus scribit *in l. qui liberis. 8. de vulgar. & pupill. substit.* ita quoque facta substitutione pupillari, nihilominùs substitutum pupillarem purè scriptum esse, si non alia conditio inserta sit, in ipsa substituti institutione. Siquidem testamentum pupillare totum concluditur tribus illis sequentibus verbis, *Titius heres esto*, quæ institutio, vt nemo non videt, pura est, nisi conditio illa subiiciatur, *si nauis ex Asia venerit*, aut quæ alia huiusmodi. Pura namque institutio vel conditionalis, ex eo dignoscitur, quod hereditas per eam, vel statim mortuo testatore, vel non statim deferatur. Atqui nemo dixerit, ea verba patris, pupillarem substitutionem filio facientis, *si filius meus heres erit, & impubes decesserit, Titius heres esto* facere, quominùs statim post filij mortem in pupillari ætate contingentem, Titius ad pupilli hereditatem admittatur. Nam etsi esset illa dicenda conditio substitutionis pupillaris, quod nos negamus, tamen conditio talis esset quam impleri oporteret, immo quæ necessariò impleretur priusquàm vlla pupilli hereditas esset, de cuius siue delatione, siue acquisitione tractari posset. Neque enim pupilli, quandiu viuit, vlla est hereditas *l. 2. §. interdum. eodem tit. l. ita tamen. 27. §. à patre. D. ad Senatuscons. Trebellian.* cùm verò pupillus moritur, hoc ipso impletur conditio illa, *si impubes decesserit.* Verum igitur est, Titium qui fuit substitutus, per eam formulam, *si filius heres erit, & impubes decesserit*, purè institutum fuisse non sub conditione, perinde acsi à patre institutus fuisset, hoc modo, *Titius si moriar heres esto*, quo tamen casu quis diceret, conditionalem esse institutionem? Quamquam in pupillari substitutione, de qua tractamus, res apertior est. Hæc enim institutio, *Titius si moriar heres esto*, conditionem aliquam habet, inspecta scilicet figura verborum, propterea quòd ea verba, *si moriar*, inserta sunt institutioni, licèt non habeant vim conditionis, vt nec illa, *si hereditatem*

tem meam adierit, de quibus *in l. aliquando. 107. de condict. & demonstr.* At hæc verba, *si filius heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, à quibus solet incipere formula pupillaris substitutionis, non solùm sunt extra institutionem substituti, quæ vt iam dixi, tribus iis verbis absoluitur, *Titius heres esto*, sed quod magis est, extra ipsum pupilli testamentum: nempe quod non potest videri incipere nisi ab iis verbis, quæ à pupillo ipso prolata videri possunt, quæ sola ista sunt, *Titius heres esto*, non etiam præcedentia illa, *si filius heres erit, & impubes decesserit*, quæ manifestissimum est cùm de filio sint in tertia persona, patris esse, non filij, patris inquam suo non filij nomine ea proferentis. Cùm igitur pater, ea præfatione quodammodo protestetur ne quidem cogitare se de testamento faciendo filio, nisi in eum casum quo filius & heres sit, & impubes moriatur, quem potest colorem habere, pupillaris substitutus, vt ob id solum quod ab ipso impubere, in eius hereditate scriptus intelligitur, & consequenter post ipsius pupilli mortem duntaxat, videri debeat in ipsius etiam patris hereditate institutus, viuo quoque pupillo? An pupilli testamentum quod eo viuo, effectum nullum habere potest, quantum ad hereditatem pupilli, debebit aliquem habere ad dandum heredem patri? An non ea ratione induceremus, vt quemadmodum pater suo testamento etiam filio suo impuberi testamentum facere potest, ita è conuerso filius impubes, cuius testamentum esset pupillaris substitutio, eo testamento patri quoque testamentum fecisse, dando ei heredem, videretur? Hoc verò si non absurdum est, quid in toto iure nostro absurdum videri potest? Nonne multo absurdius illud est quàm si quis diceret, quod huic errori consequens etiam sit, ex pupillari testamento principale confirmari? contra *l. ex pupillari. 44. de vulgar. & pupill. substitut.* Iunge enim huic errori alium errorem Bartoli, quem in præcedentibus refutauimus, quod existentia sui heredis tollatur per dationem vulgaris substituti. Et rursus alium quem mordicus defendit idem Bartolus *ad dicta lege prima. numero 30. de vulgar. & pupill.* quod ex tacita vulgari possit testamentum patris sustineri [adeò errores ex errore nasci necesse est.] Efficietur sanè, vt contra supradictam iuris regulam, principale testamentum per pupillare, quod non nisi accessorium est, confirmetur. Potest pater in testamento suo facere testamentum filio, & cùm facit sibi, facere filio heredem, neque in eo quicquam noui aut inepti facit, postquàm ita moribus receptum est, vt filio heredem facere possit. At vt faciat sibi testamentum in testamento filij, & hoc ipso quod facit testamentum filio, ac tùm quoque cùm in persona & sub nomine filij loquitur, prorsus nouum & ridiculum est. Nam si pater & sibi, & filio testamentum facturus, non potest incipere à pupillari, quoniam vnum testamentum est, quod ab institutione incipere debuit *dicta lege secunda. §. prius autem. de vulgar. & pupill. substitut.* quomodo fieri poterit vt testamentum patris, quod primo gradu, id est, institutione deficiente, à secundo gradu & à substitutione incipit, incipiat à tacita vulgari quæ in pupillari continetur? An non ita fit, vt incipiat à pupillari? Præsertim si tam vera esset quàm falsa est Bartoli sententia existimantis adeundam ex tacita illa vulgari hereditatem patris, vt tabulæ pupillares confirmentur, cùm datus est impuberi

extraneus coheres. Esset sanè hoc perinde ridiculum, atque si quis diceret in codicillis testamentarijs hereditatem dari posse hoc prætextu quòd scripta in huiusmodi codicillis in testamento scripta videantur, *l. 2. §. 1. D. de iur. codicill.* Nam vt eleganter Papin. ait *in l. quod per manus. 10. cod.* non ob id magis potest hereditas in codicillis dari, ne testamentum quod ab institutione vires acciperet per codicillos qui nō nisi ex testamento valerent, cōfirmari videretur. Quæ ratio non malè ad hoc etiam accommodari potest, vt dicamus hereditatem patris in pupillaribus tabulis nullo modo dari posse, ne patris testamentum, quod ab institutione paterni heredis vires acciperet per pupillarem substitutionem, quæ ex patris testamento valere debeat confirmari videatur. Bona enim est comparatio codicillorum ex testamento & pupillarium tabularum, cùm & hæ & illi pars testamenti esse intelligantur *l. penult. D. testam. quem. aper.* In summa quemadmodum patrē necesse est ante filium mori, vt valeant tabulæ pupillares, ita & patrem filio testamentum facere posteàquam sibi, & per consequens heredem sibi constituere priùs quàm filio, & rursum si vult sibi prouidere in eum casum, quo heres institutus nolit heres esse, vulgarem substitutum facere antequàm faciat pupillarem. Ideòque cùm pater instituto heredi filio substituit si heres erit, & in pupillari ætate decesserit, quia iam filio dat heredem, nullo modo credendus est iis verbis de herede sibi faciendo cogitasse nec quemadmodum faciendo sibi testamentum, aut potiùs testamenti secundum gradum substituens filio vulgariter in casum illum quo heres non esset, facile creditur etiam filio testamentum fecisse, eique heredem dedisse in casum contrarium si heres esset ac impubes decederet. Ita è conuerso, faciendo testamentum filio & substituendo ei pupillariter, si heres esset, ac in pupillari ætate decederet, æque facilè credendus est hoc ipso sibi quoque testamentū aut testamenti sui secundum gradum fecisse in casum contrarium, si filius heres nō esset: quia cùm substitutus vulgaris ex vulgari fit pupillaris, non est casus ille alienus ab eo testatoris proposito propter quod substituerat eum vulgariter. Id enim fecerat vt omnimodo heredem haberet, si forte filius institutus vel heres esse non posset, vel abstinere mallet. Habet vero heredem cùm filius suus heres non tantùm superstes fuit, sed etiam hereditati paternæ se immiscuit, & quod magis est, hunc eundem substitutum habet etiam sibi heredem, per mediam scilicet impuberis personam. Hoc tantum plus est, quòd qui fuerat substitutus, vt heres esset patri, filio quoque heres reperitur, in quo nihil est incōueniens, cùm eum quem pater heredē sibi elegerat, si filius heres non esset, multò magis voluerit heredem esse ipsi filio in eum casum quo heredem filio dare potuit, id est, si heres esset, impubésque moreretur. At cùm substitutus pupillaris ex pupillari fit vulgaris, non tantùm casus nouus est, sed etiam omnino alienus ab eo testatoris proposito propter quod substituerat hunc pupillariter: non enim id fecerat testator, vt omnimodo heredem haberet, cùm eum substituisset in casum illum expressum, quo esset agnita ipsius patris hereditas, ac proinde quo non posset heredem non habere, sed ob id tantùm vt filius heredem habere posset: quem porrò habere potest, & quidem hunc ipsum substitutum, etiamsi nullam tacitam vulgarem comminiscamur. Non quia perinde videatur extitisse conditio illa, *Si heres erit*, filio se abstinente [quamuis enim heres ipso iure maneat, fateor tamen non posse illum haberi pro

herede

herede quantum ad testatoris voluntatem non magis quàm quod ad prætorem, vt in superioribus disputauimus] sed quia substitutus fuit purè, sufficitque decessisse filium impuberem vt substitutioni locus esse possit, quamuis decesserit post abstentionem. Hæc enim differentia est inter formulas vulgaris & pupillaris substitutionis, quod in vulgari substitutione verba illa, *si heres non erit*, omnimodo faciunt conditionem, indéque est quod substitutionem definire solemus conditionalem institutionem, quæ definitio propriè conuenit vulgari tantùm substitutioni. In substitutione verò pupillari verba illa, *si heres erit* non faciunt conditionem, vt nec illa sequentia, *& impubes decesserit*, quemadmodum iam explicauimus, sed alia mente & cogitatione apponuntur à patre. Priora quidem vt appareat non dubitare patrem quin ex ipsius voto hereditatem paternam agniturus sit filius. Posteriora verò ne quis putet id agere patrem vt filio det heredem vltra eam ætatem in qua liceat ei dare. Cæterum siue patri heres sit filius siue non sit, sicut omni casu heredem habiturus est, ita & omni casu eum habere debet quem pater dedit, dum ne finita sit pupillaris substitutio pubertate. Itaque non esset bona ratio contra substitutum pupillarem tacitum, si quis ad eum excludendum illo casu quo filius se immiscuisset, obiicere vellet substitutionis pupillaris conditionem defecisse, quæ illa esse videbatur, si filius heres nō esset. Negabo enim fuisse illam conditionem, ne quidem sine qua pater filio substituere alioqui vel noluisset, vel non potuisset. Qualis tamen fuit altera pars illa formulæ, *& impubes decederet*. Idéoque nemo vnquam dubitauit quin pupillaris substitutio fieri possit neutro casu expresso, siue agnitæ, siue non agnitæ hereditatis, dummodo expressa sit conditio illa, *si in pupillari ætate filius decesserit*, vt *in l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iudic. possid.* quod & Bart. fatetur *ad l. 2. num. 27. de vulg.* vbi ait verba illa, *si heres erit non esse* de substantia pupillaris substitutionis probátque ex eo quòd etiam exheredato filio fieri ea potest. *l. 1. §. substituere. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. eod.* At erit optima ratio contra substitutum vulgarem, qui non alio iure admitti velit quàm ex tacita vulgari contenta in pupillari, si ad eum excludendum illo casu quo filius heres non fuerit, nec adhuc decesserit, obiiciatur ei conditionem substitutionis defecisse, quæ illa fuerat, *si filius heres esset & impubes decessisset*. Negari enim non potest quin ea ipsa verba quæ in pupillari substitutione conditionem nullam faciebant, pro vera conditione accipi debeant in vulgari, quippe quæ nec possit esse sine conditione. nec in proposito casu aliam conditionem habere, quàm quæ tam disertis verbis à testatore fuit expressa. Alioqui non sufficiet tollere totam hanc formulam pupillaris substitutionis quæ, vt diximus, conditionem facit, ne tacitæ istius vulgaris conditio defecisse videatur, sed illud præterea faciendum erit, vt nouam planéque expressis verbis repugnantem conditionem suppleamus, non quæ postea extiterit, sed quod in conditionibus omnibus præposterum est, quæ ex euentu, talis formetur qualem formari oporteat non vt impleatur, sed vt iam impleta reperiatur: quod ita fiet si casum hunc, *si heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, trahamus ad illum, *si heres non erit, nec impubes decesserit*. At non idem absurdum euenit, cùm casum vulgarem trahimus ad pupillarem, quia pupillaris substitutio nulla conditione indiget, quæ nimirum purè fieri potest *d. l. qui liberis*: nec rursus à nobis exigit vt formulā & conditionem vulgaris substitutionis deleamus, ne pupillaris substitutionis

conditio defecisse intelligatur, cùm ad validitatem pupillaris substitutionis nihil omnino referat, an filius sit heres an non sit, sed hoc tantùm requiratur vt impubes decesserit, & post patrem. Quod vltimum idcirco addo, vt saltem per nudam sui heredis existentiam tabulæ pupillares confirmentur. Nam si quid esset propter quod dicendum videretur hanc tacitam vulgarem admitti debere, illud certè esse oporteret, ne alioqui tabulæ pupillares corruerent filio abstinente, si pater nullum ex testamento heredem habere crederetur. Hæc enim ratio non tam ad ipsius patris quàm ad pupilli fauorem spectaret, quam vnam rationem fuisse diximus, constitutionis Diui Marci. Atqui non est necessaria propter hoc, inductio ista commentitia vulgaris vllius tacitæ substitutionis, quia ad pupillarium tabularum validitatem sufficit quod pater suum heredem habuerit quamuis se abstinentem, quod nec Bartolus quoque diffitetur, nisi vno illo casu [qui perpetuus eius error est] si habuerit extraneum coheredem. Nihil igitur exigemus pro pupillari substituto nisi vt filius & post patrem & impubes decesserit. Si enim ante patrem decederet, frustra esset tractare de confirmandis patris tabulis ad validandam substitutionem pupillarem, quæ ex alia causa, id est, per ipsius impuberis mortem intercidisset.

ERROR DECIMVS.

De substituto pupillari, an admittatur viuo impubere qui se abstinuit. Ad l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. possid.

ATQVE hæc quidem sunt meo iudicio quæ contra interpretes nostros ex vera iuris ratione in quæstione ista disputari possunt. Sed parum esset fortasse rationibus vincere apud eos, qui nihil minùs quàm rationem iuris vel inuestigare vel curare solent. Adferamus aliquem iuris locum quem illi eludere non possint. Is est elegantissimus & apertissimus *in d. l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. possid.* vbi tractans Iauolenus de filio impubere instituto cui pater dederat substitutum pupillarem, negat expressim, debere admitti substitutum viuo filio etiamsi filius se abstinuerit, ideóque bona patris interim vendi oportere ait, vt creditoribus satisfiat. Quod si post bona per creditores possessa & vendita, filius impubes moriatur, tunc demum admittit ille substitutum, & quidem ex substitutione pupillari, non ex vulgari, quem tamen admittere debuerat iam inde viuo filio, eúmque cogere si substitutionem agnosceret, vt creditoribus paternis responderet, si quo vnquam casu tacita vulgaris aliqua ex pupillari expressa induci potuisset. Nec est contrarium quod idem Iauolenus substitutum hunc vult teneri paternis creditoribus. Id enim fit, non quia substitutus hic admittatur ex ea substitutione, per quam succedatur patri proximè & immediatè, quod non nisi per vulgarem contingit, sed quoniam succedendo pupillo ex pupillari expressa, reperit in hereditate pupilli hereditatem patris iam ita coniunctam & vnitam vt non nisi vna sit. Ex hoc enim fieri necesse est, vt non possit substitutus heres esse pupillo quin sit etiam patri, nec magis æs alienum patris ab ære

ab ære alieno filij separare quàm hereditatem patris ab hereditate filij, vt scriptum est *in d.l. paterfamilias. versic. at cùm substitutus.* & nos supra explicauimus. Quod si casus pupillaris trahi posset ad vulgarem, non video quænam in ea specie potuerit esse ratio dubitandi pro substituto quominùs debuisset teneri creditoribus patris à quo fuisset, non tantùm per expressam pupillarem, sed etiam per vulgarem tacitam substitutus. Quo enim iure aut colore vellet ille diuidere iudicium patris in ipsa substitutione, & repudiata vulgari tacita cuius conditio per abstentionem filij contigisset, soli pupillo succedere ex pupillari expressa, cuius conditio illa, *si heres erit*, per eandem abstentionem defecisse potiùs videretur, si ea verba vllam, quod nos iam negauimus, facerent conditionem? Quamquam nec illud concedendum arbitror, quod interpretes pro certo habent, existere conditionem vulgaris tacitæ per abstentionem filij, cui expreßim datus fuerat substitutus pupillaris. Primùm quia nec vlla hic subest conditio, si non eam vltro comminiscamur. Nam si substitutio pupillaris ita concepta, *Filius meus heres esto, si filius meus heres erit, & impubes decesserit, Titius heres esto*, prorsus pura nec vllomodo conditionalis esse intelligitur *d. l. qui liberis. in princip.* quis vnquam audiit ex verbis puræ dispositionis tacitam conditionem induci? Non ignoro id quod sub vna conditione datum sit sub contraria conditione vel ademptum, vel translatum intelligi nonnunquam oportere *d. l. aliquando. 107. de condict. & demonstr. l. si legatum. 10. D. de adim. legat. l. quod purè. 6. D. quand. dies legat. ced. l. quidam. 27. §. 1. D. de condic. instit.* Sed vt qui purè vocatur ad hereditatem pupilli hoc ipso videatur sub contraria conditione vocatus ad hereditatem patris, non nisi ridicule poßit quis dicere. Quænam enim potest conditio esse contraria ei quæ prorsus nulla sit? Deinde quia etiamsi verba illa pupillaris substitutionis, *si filius meus heres erit & impubes decesserit*, pro conditione essent accipienda, quod Vlp. apertè negat *in d. l. qui liberis.* negarem tamen habendam cõditionem pro defecta eo casu quo filius patri superuixisset, & abstinuisset. Semper enim verum est filium heredem extitisse, ac talem manere quamuis se abstinentem *dicta l. cùm quasi. 30. §. sed etsi suus. D. de fideicommiß. libert.* Ex eóque nimirùm fit, vt quamuis filius qui se abstinuit nullum habeat coheredem à quo testamentum sustineatur, non eo minùs tamen subsistant tabulæ pupillares tanquam confirmato per sui heredis existentiam paterno testamento, quæ tamen corruerent proculdubio si patri filius heres non existere intelligeretur, non quasi defecta pupillaris substitutionis conditione, quę vt toties diximus nulla in proposito casu fuit, sed propterea quod patris testamentum confirmatum fuisse omnino necesse est, vt valere poßint tabulę pupillares. Quod si conditio illa, *si heres erit* [liceat enim nobis conditionem hâc dicere cum interpretibus aduersus quos disputamus] non deficit per impuberis abstentionẽ, planè consequens est vt contraria conditio, quã interpretes cõminiscuntur vt inducant tacitã vulgarẽ, *si heres non erit*, dici non poßit extitisse. Fieri enim nequit in cõtrariis adeóq; cõtradictoriis cõditionibus, vt earũ altera existat quin altera deficiat. Atqui nulla substitutio vulgaris esse potest, siue expressa siue tacita, quę nõ necessariò habere debeat conditionẽ illã, vel expressã vel tacitã, *si heres nõ erit*, & consequẽter nõ põt vulgari substitutioni, siue expressę, siue tacitę locus fieri, quin prius ea cõditio, siue tacita, siue expressa, fuerit impleta, cũ ea sit natura cõditionũ oĩum siue expressę sint,

siue tacitè insint, vt suspendant actum, eásque ante omnia impletas esse oporteat. *d. l. facta. 97. §. si sub conditione. D. ad Senatuscon. Trebelia. & tot. tit. de cond. inst. & de condic. & demonst.* Concludendum igitur est substitutum impuberi datum sub expressa illa formula, *Si filius heres erit, & in pupillari ætate decesseris*, nunquam ex tacita vulgari posse admitti filio patri superuiuente, quantumuis se abstinente, siue quòd nulla hîc sit conditio, sine qua tamen vulgaris tacita non magis queat esse quàm expressa: siue quòd etiam si qua fuisset conditio tacita, ea tamen defecisset ob hoc solùm, quòd suus & necessarius heres patri superfuisset. Neque pugnat quod sæpius admisimus, substitutum vulgarem filio datum sub ea conditione expressa, *Si hæres non erit*, admitti ad hæreditatem patris filio abstinente. Id enim fit, vt nos suo loco docuimus, non ex proprietate verborum, aut ex mera iuris potestate: quasi verum sit, heredem non extitisse filium qui se abstinuit, sed propter voluntatē testatoris, quæ in conditionibus omnibus interpretandis semper spectanda est, & quæ in proposito casu illa fuit, vt filius non tantùm nudo nomine, sed ipso etiam effectu heres esset, qualis procul dubio non est ille qui se abstinet, cùm nō impediat quominus defuncti bona sub ipsius defuncti nomine vendi sit necesse. At cùm testator dixit tantùm, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit, Titius heres esto*, nulla conditio est, sub qua fuerit substitutus Titius, qui pure substitutus reperitur, *d. l. qui liberis.* ob idque non relinquitur locus quæstioni circa interpretationem eorum verborum, *Si filius heres erit*, & quid pater ijs senserit. Voluntatis enim quæstionem inducere posset conditio tantum: cessante porrò voluntatis quæstione, iuris ratio manifesta est, filium heredem extitisse, qui patri superstes fuit, licèt abstinuerit: & idcircò dicimus pupillarē substitutionem satis hoc ipso confirmatam, quæ facta fuerat in casum acquisitæ hereditatis, vulgarem verò tacitam induci nullam posse: quia implicat contradictionem, vt in eodem casu eadem hæreditas, & acquisita, & non acquisita esse intelligatur, quod tamen necessariò euenit, secundùm sententiam illorum qui volunt, impubere abstinente, substitutionem valere, tanquam pupillarem, ad hoc vt impuberi defuncto succedatur, & tamen ex eadem induci tacitam vulgarem, per quam viuo etiam pupillo substitutus pupillaris succedat patri: sic enim disertè Bartolus ad *d. l. j. num. 39. D. de vulg. & pup. subst.* Apertè contra Iauolenum in *dicta l. paterfamilias.* ad quam sicut nemo hucusque fuit qui responderit, ita nec posthac erit qui respondere possit. Nam quod nos ipsi communem errorem secuti aliquando putabamus separandam esse pupillarem substitutionem ita factam, *Si filius heres erit, & impubes decesserit*, ab illa quæ nullo casu expresso simpliciter sic concepta sit, *Si filius meus impubes decesserit*, de qua in *d. l. paterfamilias.* (sic enim scripsimus libro 2. coniect. cap. 2) subtile quidem videri potuit, sed non satis verum. Certè nobis nunc nō probatur, quia nihil omnino interest, vtrum hoc vel illo modo concepta sit substitutio, vt videri debeat pupillaris, vtque viuo pupillo substitutus admitti prohibeatur. Cùm substitutio pupillaris non nisi mortuo filio locum habere possit, absurdúmque fuerit ex testamento filij, quod tribus illis verbis constat *Titius heres esto*, & quidem tanquam ab ipso impubere, non à patre prolatis, induci substitutū vulgarem, qui patri succedat, & qui proinde à filio ipso datus patri videatur. Immo verò si quod res est fateri volumus, longè difficiliùs est, vt

viuo

viuo pupillo admittatur is qui ita ſubſtitutus fuit, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceßerit*, quàm qui ſimpliciter hoc modo, *Si filius impubes deceſſerit.* Priore mamque caſu vtraque pars formulæ viuo filiò facit contra ſubſtitutum, quia verum eſt & filium heredem eſſe poſt abſtentionē quoque, nec adhuc eum deceſſiſſe, poſteriore verò caſu, res tantùm vna eſt, quæ obſtat ſubſtituto, quòd adhuc filius viuat. quia nec aliud quidquā in formula expreſſum fuit. Magis autem obſtat duplex impedimentum, quàm quod vnicum eſt. Fefellit nos iuniores, necdum ſatis ad iſtam iuris artem eruditos, quòd cùm vulgo interpretum verba illa formulæ pupillaris ſubſtitutionis ſic accipiebamus quaſi pupillarem ſubſtitutionem facerent conditionalem, perinde atque illa, *Si heres non erit*, quæ in vulgari ſubſtitutione neceſſario ſunt exprimenda, faciunt conditionem, ſed nos in contrarium nunc mouet præter iuris rationem manifeſtam autoritas etiam Vlpiani *in d. l. qui liberis.* quódque non quemadmodum pater faciens ſibi teſtamentum filio quoque facere voluiſſe credendus eſt, quoniam & potuit, ita è contrario faciens filio, videri debeat feciſſe & ſibi. Ne alioqui paulatim dici incipiat ſicuti pater filio teſtamentum facere poteſt, ita & viceuerſa filium poſſe facere teſtamentum patri. Illa namque verba *Titius heres eſto* quibus pupillarem ſubſtitutionem, pupilliq́ue teſtamentum concludi diximus, vel negamus dum eſt pupillare teſtamentum eſſe, vel fatendum eodem prorſus modo & iure accipienda eſſe quaſi à filio ipſo prolata eſſent non à patre. Quo admiſſo ſi dicamus tacitam vulgarem ex ijs verbis induci poſſe conſequens ſtatim fiet abſurdum illud, vt tacitus iſte vulgaris ſubſtitutus, datus patri videatur à filio, cui ipſe pater dederat pupillarem. Interpretes fefellit vnicus iuris noſtri locus, Is eſt *in d. l. 4. D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Primum in illis verbis. *Vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituit.* Sumunt enim *alterum* pro *alterutrum*, quod Grammatici nunquā admitterent. Alterum enim dixit Modeſtinus pro primo, *vt in l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad Sen. Trebell. defuncto altero ſuperſtitibus liberis.* id eſt *defuncto primo.* Itaque nihil aliud ſignificat, niſi illud ipſum quod apertioribus verbis expreſſit Imperator *in l. quamuis. 4. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* ſubſtitutionem factam in caſum vulgarem trahi ad pupillarem. Deinde mouentur ex illis verbis *d. l. 4. Hoc itaque caſu ſingulis ſeparatim pater ſubſtituere debebit, vt ſi pubes heres non extiterit, impubes ſubſtituatur: ſi autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionē coheredis ſubſtituatur. quo caſu in vtrumque euentum ſubſtitutus videbitur.* Hæc enim poſtrema verba ſunt, quæ manifeſtè probare videntur ſubſtitutionem factam in caſum pupillarem expreſſum trahi poſſe ad vulgarem. Verùm præter id quod alio iam (ni fallimur) loco indicauimus, totam illā poſtremam legis partem, nobis ſuſpectam videri, digniorémque vacillantis ac titubantis Triboniani inſcitia, quàm Modeſtini peritia, ſaltem ab illis verbis, *Vt ſi pubes &c.* Reſponderi etiam poteſt ſpeciem hanc habere ſpecialem rationem propter quam faciliùs permittendum ſit, vt caſus pupillaris vulgarem quaſi implicitè continere videatur, nimirum propter ſubſtitutionem vulgarem fratri puberi expreſſim factam. Quænam enim cauſa eſt, cur credendus ſit pater filio puberi vulgariter impuberem ſubſtituere voluiſſe; impuberi verò puberem noluiſſe, quem ſubſtituit, quod multo plus eſt, etiam pupillariter? ac ſi pater ita ſcripſiſſet,

nisi ineptè posset exprimi, cur pro expresso haberi volumus, cùm neque expressum fuit, neque cogitatum? Vtique enim ille semper casus præcedere debebit, qui fuerit expressus, non qui ad expressum accedat, per interpretationem. Hunc verò ordinem aptissimè expressit Theophilus *in tit. de pupill. subst.* cùm hanc substitutionem vno verbo vocat *vulgari pupillarem*, non autem *pupilli vulgarem*, quo tamen nomine aut saltem vtroque vocanda esset si quod interpretes volunt, tam verum esset casum pupillarem trahi ad vulgarem, quàm verum est, trahi vulgarem ad pupillarem. Idémque Theophilo hac in re quod nobis visum fuisse apparet, etiam ex eo quod itidem ait, vulgarem substitutionem etiam expressim factam impuberi euanescere, si impubes superstes patri abstineat, etsi hâc opinionem nos refutauimus *in Err. 7.* Quomodo enim potuit ille credere substitutionem factam impuberi in casum quo heres erit, trahendã ad eum casum quo nec expressim fieri eam posse putant, hoc est quo filius abstineat ab hereditate patris. Eundem ordinem etiam apertissimè Iustinianus designat, *in tit. de pup. subst.* vbi ait, Liberis impuberibus quos in potestate quis habet, non solùm vulgariter posse quem substituere, id est ita vt si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres, sed eo amplius vt si heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint sit eis aliquis heres. Veluti, inquit, si quis dicat hoc modo, *Titius filius meus heres mihi esto. Et, si filius meus heres mihi nõ erit, siue heres erit, & prius moriatur quàm in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.* At secundum interpretes, qui tacitam istam vulgarem inducunt, similiter dicendum esset, posse patrem liberis suis impuberibus non solum pupillariter substituere. Si heredes existerent, & in pupillari ætate decederent, sed eo amplius, vt si heredes non existerent aliquis heres esset. Quo, quid absurdius? Nam vltra illum casum *si heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, casus alius nullus est propter quem possis dicere *eo amplius*. Dicẽdum potius esset *eo minus*, cùm iste casus si filius heres non erit, non solùm præcedat illum, *si heres erit & impubes decesserit*, sed etiam multo minùs facti habeat, tanquam qui sit merè negatiuus. Addo quod pater qui filio suo impuberi substituit in eum nominatim casum, si is heres erit, & impubes decesserit, cogitat de herede dando filio, non sibi, nisi per mediam heredis eiusdémque filij persona n. Cur ergo trahemus casum hunc ad illum, quo pater non filio heredem dare cogitauerit, sed sibi? Dices eadem ratione posse probari, casum vulgarem nõ esse trahendum ad pupillarẽ, cùm pater qui substituit filio in casum vulgarẽ det heredem sibi non filio, cui tamen soli dat non sibi, in casum pupillarem. Non nego, nec magis possit quisquã negare, bonã fore rationem propter quam casus vulgaris nullomodo trahi deberet ad pupillarẽ, si de hoc expressam nõ haberemus Imperatorũ constitutionẽ, solo pupillorũ fauore subnixã. Atqui vt casus pupillaris trahatur ad vulgarẽ, neq; constitutionis verba faciũt, neq; fauor pupilli. Ratio igitur iuris cõmunis retinenda est, non tam facilè violãda. Neq; verò mirum est fauorabiliorem esse hac parte pupillũ, cui pupillaris substitutio facta est, quàm patrem ipsum qui fecerit, quia imputari potest patri, cur ad habendũ heredẽ non substituerit filio suo vulgariter, cũ posset, in eámq; rem vulgaris esset, notáq; cuilibet formula quã vsurpare debuisset. Non autẽ similiter imputari potest pupillo, cur pater qui ei substituit vulgariter non etiã substituerit pupillariter, quandoquidẽ pater ipse est qui filio testamentũ fecit, non filius, nec improbabile est patrẽ qui substituendo impuberi

pubceri

puberi filio casum omisit pupillarem, ita fecisse per imperitiam, quod pupillaris substitutionis formulã non ita vulgarem ignoraret potius quàm quod filiũ quem & instituerat, & substitutum habere voluerat, intestatũ mori vellet, si is impubes moreretur. Quid? quod pupillaris substitutio non vnã duntaxat conditionem habet, quomodo vulgaris quæ illam, *si heres non erit*, sed duas quarum altera illa est, *si heres erit*, altera hęc est *impubes decesserit*. Vtrãque igitur impleri necesse est, vt posßit locus esse substitutioni. Et quantumuis tibi adroges vt casum illum secundum & affirmatiuum, *si heres erit* protrahas, aut vt meliùs dicam, retrahas ad primum negatiuum eundémq; planè contradictorium, *si heres non erit*, quod nunquam facies me permittẽte, non tamen effugies, quin conditio illa altera, *si impubes decesserit* impleri quoq; debeat. Nihil enim est in verbis, aut in ratione constitutionis diui Marci, ex quo posßis colligere casum illum, *si impubes decesserit*, debere retrahi ad alium, q̃ui sit etiam contradictorius, *si impubes non decesserit*. Quod etiamsi facere tibi liceret, plane induceres tacitam vulgarem valde ineptam, quæ scilicet tacta esset in eum casum, quo filius & heres non esset, & pubes decederet. Nã cùm filius heres non est, quid attinet expectare ipsius pubertatem, vt substitutus heres patri esse posßit? Aut quænam ratio excogitari potest, propter quam pater debuerit eo minùs velle heredem habere, quòd filius eius qui heres non fuisset, pubes decesßisset? In casu pupillaris substitutionis, hoc est, cùm filius heres fuit, necesßaria est adiectio illa alterius conditionis, *& impubes decesserit*, quia pupillaris substitutio, filij testamentum est, patri autem non licet facere testamentum filio, nisi & impuberi, & intra pubertatem decedenti. Ideóque solet in pupillari substitutione adiici articulus, *tunc*, quem nec Iustinianus prætermisit *in princ. d. tit. de pupill. subst.* nec Modestinus *in l. 1. de vulg. & pupill.* nec Iulianus *in l. si ita scriptum. 8. §. qui filio. D. de bonor. poss. secund. tabul.* qui articulus cùm temporis extremitatem denotet *l. 4. in fi. D. de condic. & demonst.* eam vim habere debet, vt non patiatur admitti substitutum, priùs quàm filius impubes decesserit. Quod igitur filius abstineat paterna hereditate, siue ante siue post immixtionem, quãuis posset inuitare substitutum vulgarem, si quis ei datus esset, non æque tamen potest locum facere substituto, qui non nisi in pupillarem casum datus fuit, quasi in vulgarem quoque datus videatur, quin pupillus quoque defunctus proponatur. Aliqqui constitutione noua opus erit, quę ad cõstitutionem diui Marci hoc addat, vt non tantùm casus secundus retrahatur, ad primum, quod vnũ per se vt probauimus absurdisßimum esset, verùm etiam ille articulus *tunc* expressus in casu pupillari, omittatur in casu tacito vulgari, atque ita viuo filio, admittatur iure substituti vulgaris, ad patris hereditatẽ ille, qui non fuerat substitutus, nisi tunc cùm filius impubes decesßisset. Hoc verò tanto absurdius esse fateberis, si mecum cogitabis subtiliùs, conditionem illam pupillaris substitutionis, *si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, quam diximus esse duplicem, vnam potiùs videri debere, sed quæ duas habeat partes, vt & illa de qua *in l. hac scriptura. 26. de cond. & demonst.* Hoc enim admisso, quod negari certè non posset, consequẽs fit, vt multo minùs posßit diuidi, quàm si essent duæ, quamuis in pluribus quoque conditionibus quoties coniunctim adscriptæ sunt, ita obtineat vt omnes sint implendæ, tanquam quę vnius duntaxat loco habeantur. *l. si heredi plures 5. D de condit. instit.* Nunquam ergo assequeris, vt qui fuit substitutus filio, sub ea vnica

& indiuidua conditione, *si heres filius erit, & in pupillari ætate decesserit*, admitti debeat viuo filio, quantumuis abstinente, qui tamen secundum interpretes ex tacita vulgari esset admittendus. Illud enim omnino intolerabile est, vt liceat tibi vsque adeo agere Imperatorem, vt vel diuidas conditionem à testatore adscriptam, vel ea nondum impleta perinde admittas substitutũ, acsi conditio vel nulla adscripta, vel iam impleta esset, quod nec prætor ipse facere, vel potest vel debet, nisi cùm talis conditio est, quę vel pro non adiecta debeat haberi, vel quæ sit edicto remittenda. *l. facta. 67. §. si sub conditione. D. ad SC. Trebell.* Plus dico, pupillarem substitutum ita scriptum, *si filius meus heres erit, & impubes decesserit*, viuo filio nullomodo substitutum videri, ne quidem sub conditione, quippe qui in hunc casum nullomodo fuerit substitutus. Exemplo eius, quod scribit Modestin. *in l. commodißime. 10. D. de liber. & posth.* posthumum à patre institutum, *si viuo patre nasceretur*, natum patre mortuo, aut contrà, rumpere testamentum, quasi qui nec sub conditione scriptus intelligatur, cùm nascatur in hunc casum, qui non sit testamento comprehensus. Tota enim illa conditio pupillaris substitutionis, *si filius meus heres erit, & impubes decesserit*, non tam est conditio sub qua vocetur substitutus, in quo plerósque omnes vulgo errare video, quàm conditio sine qua non vult pater facere filio testamentum, quia nec potest. Denique sunt illa verba non filij testantis, nec patris iam testamentum filio facientis, sed patris accingentis se, ad faciendum filio testamentum, vt appareat nihil eum moliri, nisi quod per leges facere sibi liceat. Vnde est quod Vlpianus scribit *in l. qui liberis. 8. de vulgar. & pupill. substit.* ita quoque facta substitutione pupillari, nihilominùs substitutum pupillarem purè scriptum esse, si non alia conditio inserta sit, in ipsa substituti institutione. Siquidem testamentum pupillare totum concluditur tribus illis sequentibus verbis, *Titius heres esto*, quæ institutio, vt nemo non videt, pura est, nisi conditio illa subiiciatur, *si nauis ex Asia venerit*, aut quæ alia huiusmodi. Pura namque institutio vel conditionalis, ex eo dignoscitur, quod hereditas per eam, vel statim mortuo testatore, vel non statim deferatur. Atqui nemo dixerit, ea verba patris, pupillarem substitutionem filio facientis, *si filius meus heres erit, & impubes decesserit, Titius heres esto* facere, quominùs statim post filij mortem in pupillari ætate contingentem, Titius ad pupilli hereditatem admittatur. Nam etsi esset illa dicenda conditio substitutionis pupillaris, quod nos negamus, tamen conditio talis esset quam impleri oporteret, inimo quæ necessariò impleretur priusquàm vlla popilli hereditas esset, de cuius siue delatione, siue acquisitione tractari posset. Neque enim pupilli, quandiu viuit, vlla est hereditas *l. 2. §. interdum. eodem tit. l. ita tamen. 27. §. à patre. D. ad Senatusconsf. Trebellian.* cùm verò pupillus moritur, hoc ipso impletur conditio illa, *si impubes decesserit*. Verum igitur est, Titium qui fuit substitutus, per eam formulam, *si filius heres erit, & impubes decesserit*, purè institutum fuisse non sub conditione, perinde acsi à patre institutus fuisset, hoc modo, *Titius si moriar heres esto*, quo tamen casu quis diceret, conditionalem esse institutionem? Quamquam in pupillari substitutione, de qua tractamus, res apertior est. Hæc enim institutio, *Titius si moriar heres esto*, conditionem aliquam habet, inspecta scilicet figura verborum, propterea quòd ea verba, *si moriar*, inserta sunt institutioni, licèt non habeant vim conditionis, vt nec illa, *si hereditatem*

tem meam adierit, de quibus *in l. aliquando. 107. de condict. & demonstr.* At hæc verba, *si filius heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, à quibus solet incipere formula pupillaris substitutionis, non solùm sunt extra institutionem substituti, quæ vt iam dixi, tribus iis verbis absoluitur, *Titius heres esto*, sed quod magis est, extra ipsum pupilli testamentum: nempe quod non potest videri incipere nisi ab iis verbis, quæ à pupillo ipso prolata videri possunt, quæ sola ista sunt, *Titius heres esto*, non etiam præcedentia illa, *si filius heres erit, & impubes decesserit*, quæ manifestissimum est cùm de filio sint in tertia persona, patris esse, non filij, patris inquam suo non filij nomine ea proferentis. Cùm igitur pater, ea præfatione quodammodo protestetur ne quidem cogitare se de testamento faciendo filio, nisi in eum casum quo filius & heres sit, & impubes moriatur, quem potest colorem habere, pupillaris substitutus, vt ob id solum quod ab ipso impubere, in eius hereditate scriptus intelligitur, & consequenter post ipsius pupilli mortem duntaxat, videri debeat in ipsius etiam patris hereditate institutus, viuo quoque pupillo? An pupilli testamentum quod eo viuo, effectum nullum habere potest, quantum ad hereditatem pupilli, debebit aliquem habere ad dandum heredem patri? An non ea ratione induceremus, vt quemadmodum pater suo testamento etiam filio suo impuberi testamentum facere potest, ita è conuerso filius impubes, cuius testamentum esset pupillaris substitutio, eo testamento patri quoque testamentum fecisse, dando ei heredem, videretur? Hoc verò si non absurdum est, quid in toto iure nostro absurdum videri potest? Nonne multo absurdius illud est quàm si quis diceret, quod huic errori consequens etiam fit, ex pupillari testamento principale confirmari? contra *l. ex pupillari. 44. de vulgar. & pupill. substitut.* Iunge enim huic errori alium errorem Bartoli, quem in præcedentibus refutauimus, quod existentia sui heredis tollatur per dationem vulgaris substituti. Et rursus alium quem mordicus defendit idem Bartolus *ad dicta lege prima. numero 30. de vulgar. & pupill.* quod ex tacita vulgari possit testamentum patris sustineri [adeò errores ex errore nasci necesse est.] Efficietur sanè, vt contra supradictam iuris regulam, principale testamentum per pupillare, quod non nisi accessorium est, confirmetur. Potest pater in testamento suo facere testamentum filio, & cùm facit sibi, facere filio heredem, neque in eo quicquam noui aut inepti facit, postquàm ita moribus receptum est, vt filio heredem facere possit. At vt faciat sibi testamentum in testamento filij, & hoc ipso quod facit testamentum filio, ac tùm quoque cùm in persona & sub nomine filij loquitur, prorsus nouum & ridiculum est. Nam si pater & sibi, & filio testamentum facturus, non potest incipere à pupillari, quoniam vnum testamentum est, quod ab institutione incipere debuit *dicta lege secunda. §. prius autem. de vulgar. & pupill. substitut.* quomodo fieri poterit vt testamentum patris, quod primo gradu, id est, institutione deficiente, à secundo gradu & à substitutione incipit, incipiat à tacita vulgari quæ in pupillari continetur? An non ita fit, vt incipiat à pupillari? Præsertim si tam vera esset quàm falsa est Bartoli sententia existimantis adeundam ex tacita illa vulgari hereditatem patris, vt tabulæ pupillares confirmentur, cùm datus est impuberi

extraneus coheres. Esset sanè hoc perinde ridiculum, atque si quis diceret in codicillis testamentarijs hereditatem dari posse hoc prætextu quòd scripta in huiusmodi codicillis in testamento scripta videantur, *l. 2. §. 1. D. de iur. codicill.* Nam vt eleganter Papin. ait *in l. quod per manus. 10. eod.* non ob id magis potest hereditas in codicillis dari, ne testamentum quod ab institutione vires acciperet per codicillos qui nō nisi ex testamento valerent, cōfirmari videretur. Quæ ratio non malè ad hoc etiam accommodari potest, vt dicamus hereditatem patris in pupillaribus tabulis nullo modo dari posse, ne patris testamentum, quod ab institutione paterni heredis vires acciperet per pupillarem substitutionem, quæ ex patris testamento valere debeat confirmari videatur. Bona enim est comparatio codicillorum ex testamento & pupillarium tabularum, cùm & hæ & illi pars testamenti esse intelligantur *l. penult. D. testam. quem. aper.* In summa quemadmodum patrē necesse est ante filium mori, vt valeant tabulæ pupillares, ita & patrem filio testamentum facere posteàquam sibi, & per consequens heredem sibi constituere priùs quàm filio, & rursum si vult sibi prouidere in eum casum, quo heres institutus nolit heres esse, vulgarem substitutum facere antequā n faciat pupillarem. Ideóque cùm pater instituto heredi filio substit it si heres erit, & in pupillari ætate decesserit, quia iam filio dat heredem, nullo modo credendus est iis verbis de herede sibi faciendo cogitasse: nec quemadmodum faciendo sibi testamentum, aut potiùs testamenti secundum gradum substituens filio vulgariter in casum illum quo heres non esset, facilè creditur etiam filio testamentum fecisse, eíque heredem dedisse in casum contrarium si heres esset ac impubes decederet. Ita è conuerso, faciend te- stamentum filio & substituendo ei pupillariter, si heres esset, ac in pupillari ætate decederet, æque facilè credendus est hoc ipso sibi quoque testamentū aut testamenti sui secundum gradum fecisse in casum contrarium, si filius heres nō esset: quia cùm substitutus vulgaris ex vulgari fit pupillaris, non est casus ille alienus ab eo testatoris proposito propter quod substituerat eum vulgariter. Id enim fecerat vt omnimodo heredem haberet, si forte filius institutus vel heres esse non posset, vel abstinere mallet. Habet vero heredem cùm filius suus heres non tantùm superstes fuit, sed etiam hereditati paternæ se immiscuit, & quod magis est, hunc eundem substitutum habet etiam sibi heredem, per mediam scilicet impuberis personam. Hoc tantum plus est, quòd qui fuerat substitutus, vt heres esset patri, filio quoque heres reperitur, in quo nihil est incōueniens, cùm eum quem pater heredē sibi elegerat, si filius heres non esset, multò magis voluerit heredem esse ipsi filio in eum casum quo heredem filio dare potuit, id est, si heres esset, impubésque moreretur. At cùm substitutus pupillaris ex pupillari fit vulgaris, non tantùm casus nouus est, sed etiam omnino alienus ab eo testatoris proposito propter quod substituerat hunc pupillariter: non enim id fecerat testator, vt omnimodo heredem haberet, cùm eum substituisset in casum illum expressum, quo esset agnita ipsius patris hereditas, ac proinde quo non posset heredem non habere, sed ob id tantùm vt filius heredem habere posset: quem porrò habere potest, & quidem hunc ipsum substitutum, etiamsi nullam tacitam vulgarem comminiscamur. Non quia perinde videatur extitisse conditio illa, *Si heres erit*, filio se abstinente[quamuis enim heres ipso iure maneat], fateor tamen non posse illum haberi pro

herede

herede quantum ad testatoris voluntatem non magis quàm quod ad prætorem, vt in superioribus disputauimus] sed quia substitutus fuit purè, sufficitque decessisse filium impuberem vt substitutioni locus esse possit, quamuis decesserit post abstentionem. Hæc enim differentia est inter formulas vulgaris & pupillaris substitutionis, quod in vulgari substitutione verba illa, *si heres non erit*, omnimodo faciunt conditionem, indéque est quod substitutionem definire solemus conditionalem institutionem, quæ definitio propriè conuenit vulgari tantùm substitutioni. In substitutione verò pupillari verba illa, *si heres erit* non faciunt conditionem, vt nec illa sequentia, *& impubes decesserit*, quemadmodum iam explicauimus, sed alia mente & cogitatione apponuntur à patre. Priora quidem vt appareat non dubitare patrem quin ex ipsius voto hereditatem paternam agniturus sit filius. Posteriora verò ne quis putet id agere patrem vt filio det heredem vltra eam ætatem in qua liceat ei dare. Cæterum siue patri heres sit filius siue non sit, sicut omni casu heredem habiturus est, ita & omni casu eum habere debet quem pater dedit, dum ne finita sit pupillaris substitutio pubertate. Itaque non esset bona ratio contra substitutum pupillarem tacitum, si quis ad eum excludendum illo casu quo filius se immiscuisset, obiicere vellet substitutionis pupillaris conditionem defecisse, quæ illa esse videbatur, si filius heres nō esset. Negabo enim fuisse illam conditionem, ne quidem sine qua pater filio substituere alioqui vel noluisset, vel non potuisset. Qualis tamen fuit altera pars illa formulæ, *& impubes decederet*. Ideóque nemo vnquam dubitauit quin pupillaris substitutio fieri possit neutro casu expresso, siue agnitæ, siue non agnitæ hereditatis, dummodo expressa sit conditio illa, *si in pupillari ætate filius decesserit*, vt *in l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iudic. possid.* quod & Bart. fatetur *ad l. 2. num. 27. de vulg.* vbi ait verba illa, *si heres erit non esse* de substantia pupillaris substitutionis probátque ex eo quod etiam exheredato filio fieri ea potest. *l. 1. §. substituere. l. sed si plures. 10. §. ad substitutos. eod.* At erit optima ratio contra substitutum vulgarem, qui non alio iure admitti velit quàm ex tacita vulgari contenta in pupillari, si ad eum excludendum illo casu quo filius heres non fuerit, nec adhuc decesserit, obiiciatur ei conditionem substitutionis defecisse, quæ illa fuerat, *si filius heres esset & impubes decessisset*. Negari enim non potest quin ea ipsa verba quæ in pupillari substitutione conditionem nullam faciebant, pro vera conditione accipi debeant in vulgari, quippe quæ nec possit esse sine conditione, nec in proposito casu aliam conditionem habere, quàm quæ tam disertis verbis à testatore fuit expressa. Alioqui non sufficiet tollere totam hanc formulam pupillaris substitutionis quæ, vt diximus, conditionem facit, ne tacitæ istius vulgaris conditio defecisse videatur, sed illud præterea faciendum erit, vt nouam planéque expressis verbis repugnantem conditionem suppleamus, non quæ postea extiterit, sed quod in conditionibus omnibus præposterum est, quæ ex euentu, talis formetur qualem formari oporteat non vt impleatur, sed vt iam impleta reperiatur: quod ita fiet si casum hunc, *si heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, trahamus ad illum, *si heres non erit, nec impubes decesserit*. At non idem absurdum euenit, cùm casum vulgarem trahimus ad pupillarem, quia pupillaris substitutio nulla conditione indiget, quæ nimirum purè fieri potest *d. l. qui liberis*: nec rursus à nobis exigit vt formulā & conditionem vulgaris substitutionis deleamus, ne pupillaris substitutionis

conditio defecisse intelligatur, cùm ad validitatem pupillaris substitutionis nihil omnino referat, an filius sit heres an non sit, sed hoc tantùm requiratur vt impubes decesserit,& post patrem. Quod vltimum idcirco addo, vt saltem per nudam sui heredis existentiam tabulæ pupillares confirmentur. Nam si quid esset propter quod dicendum videretur hanc tacitam vulgarem admitti debere, illud certè esse oporteret, ne alioqui tabulæ pupillares corruerent filio abstinente, si pater nullum ex testamento heredem habere crederetur. Hæc enim ratio non tam ad ipsius patris quàm ad pupilli fauorem spectaret, quam vnam rationem fuisse diximus, constitutionis Diui Marci. Atqui non est necessaria propter hoc, inductio ista commentitia vulgaris vllius tacitæ substitutionis, quia ad pupillarium tabularum validitatem sufficit quod pater suum heredem habuerit quamuis se abstinentem, quod nec Bartolus quoque diffitetur, nisi vno illo casu [qui perpetuus eius error est] si habuerit extraneum coheredem. Nihil igitur exigemus pro pupillari substituto nisi vt filius & post patrem & impubes decesserit. Si enim ante patrem decederet, frustra esset tractare de confirmandis patris tabulis ad validandam substitutionem pupillarem, quæ ex alia causa, id est, per ipsius impuberis mortem intercidisset.

ERROR DECIMVS.

De substituto pupillari, an admittatur viuo impubere qui se abstinuit. Ad l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. possid.

ATQVE hæc quidem sunt meo iudicio quæ contra interpretes nostros ex vera iuris ratione in quæstione ista disputari possunt. Sed parum esset fortasse rationibus vincere apud eos, qui nihil minùs quàm rationem iuris vel inuestigare vel curare solent. Adferamus aliquem iuris locum quem illi eludere non possint. Is est elegantissimus & apertissimus *in d. l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. possid.* vbi tractans Iauolenus de filio impubere instituto cui pater dederat substitutum pupillarem, negat expresśim, debere admitti substitutum viuo filio etiamsi filius se abstinuerit, ideóque bona patris interim vendi oportere ait, vt creditoribus satisfiat. Quod si post bona per creditores possessa & vendita, filius impubes moriatur, tunc demum admittit ille substitutum, & quidem ex substitutione pupillari, non ex vulgari, quem tamen admittere debuerat iam inde viuo filio, eúmque cogere si substitutionem agnosceret, vt creditoribus paternis responderet, si quo vnquam casu tacita vulgaris aliqua ex pupillari expressa induci potuisset. Nec est contrarium quod idem Iauolenus substitutum hunc vult teneri paternis creditoribus. Id enim fit, non quia substitutus hic admittatur ex ea substitutione, per quam succedatur patri proximè & immediatè, quod non nisi per vulgarem contingit, sed quoniam succedendo pupillo ex pupillari expressa, reperit in hereditate pupilli hereditatem patris iam ita coniunctam & vnitam vt non nisi vna sit. Ex hoc enim fieri necesse est, vt non possit substitutus heres esse pupillo quin sit etiam patri, nec magis æs alienum patris ab ære

ab ære alieno filij separare quàm hereditatem patris ab hereditate filij, vt scriptum est *in d.l.paterfamilias.versic. at cùm substitutus.* & nos supra explicauimus. Quod si casus pupillaris trahi posset ad vulgarem, non video quænam in ea specie potuerit esse ratio dubitandi pro substituto quominùs debuisset teneri creditoribus patris à quo fuisset, non tantùm per expressam pupillarem, sed etiam per vulgarem tacitam substitutus. Quo enim iure aut colore vellet ille diuidere iudicium patris in ipsa substitutione, & repudiata vulgari tacita cuius conditio per abstentionem filij contigisset, soli pupillo succedere ex pupillari expressa, cuius conditio illa, *si heres erit*, per eandem abstentionem defecisse potiùs videretur, si ea verba vllam, quod nos iam negauimus, facerent conditionem? Quamquam nec illud concedendum arbitror, quod interpretes pro certo habent, existere conditionem vulgaris tacitæ per abstentionem filij, cui expresim datus fuerat substitutus pupillaris. Primùm quia nec vlla hic subest conditio, si non eam vltro comminiscamur. Nam si substitutio pupillaris ita concepta, *Filius meus heres esto, si filius meus heres erit, & impubes decesserit, Titius heres esto*, prorsus pura nec vllomodo conditionalis esse intelligitur *d. l. qui liberis. in princip.* quis vnquam audiit ex verbis puræ dispositionis tacitam conditionem induci? Non ignoro id quod sub vna conditione datum sit sub contraria conditione vel ademptum, vel translatum intelligi nonnunquam oportere *d. l. aliquando. 107. de condict. & demonstr. l. si legatum.* 10. D. *de adim. legat. l. quod purè. 6. D. quand. dies legat. ced. l. quidam. 27. §. 1. D. de condic. instit.* Sed vt qui purè vocatur ad hereditatem pupilli hoc ipso videatur sub contraria conditione vocatus ad hereditatem patris, non nisi ridicule posit quis dicere. Quænam enim potest conditio esse contraria ei quæ prorsus nulla sit? Deinde quia etiamsi verba illa pupillaris substitutionis, *si filius meus heres erit & impubes decesserit*, pro conditione essent accipienda, quod Vlp. apertè negat *in d. l. qui liberis.* negarem tamen habendam cõditionem pro defecta eo casu quo filius patri superuixisset, & abstinuisset. Semper enim verum est filium heredem extitisse, ac talem manere quamuis se abstinentem *dicta l. cum quasi. 30. §. sed etsi suus. D. de fideicommiss. libert.* Ex cóque nimirùm fit, vt quamuis filius qui se abstinuit nullum habeat coheredem à quo testamentum sustineatur, non eo minùs tamen subsistant tabulæ pupillares tanquam confirmato per sui heredis existentiam paterno testamento, quæ tamen corruerent proculdubio si patri filius heres non existere intelligeretur, non quasi defecta pupillaris substitutionis conditione, quę vt toties diximus nulla in proposito casu fuit, sed propterea quod patris testamentum confirmatum fuisse omnino necesse est, vt valere posint tabulę pupillares. Quod si conditio illa, *si heres erit* [liceat enim nobis conditionem hác dicere cum interpretibus aduersus quos disputamus] non deficit per impuberis abstentionẽ, planè consequens est vt contraria conditio, quã interpretes cõminiscuntur vt inducant tacitã vulgarẽ, *si heres non erit*, dici non posit extitisse. Fieri enim nequit in cõtrariis adeóq; cõtradictoriis cõditionibus, vt earũ altera existat quin altera deficiat. Atqui nulla substitutio vulgaris esse potest, siue expressa siue tacita, quę nõ necessariò habere debeat conditionẽ illã, vel expressã vel tacitã, *si heres nõ erit*, & consequẽter nõ põt vulgari substitutioni, siue expressę, siue tacitę locus fieri, quin prius ea cõditio, siue tacita, siue expressa, fuerit impleta, cũ ea sit natura cõditionũ oĩum siue expressę sint,

viuo pupillo admittatur is qui ita substitutus fuit, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, quàm qui simpliciter hoc modo, *Si filius impubes decesserit.* Priore namque casu vtraque pars formulæ viuo filio facit contra substitutum, quia verum est & filium heredem esse post abstentionẽ quoque, nec adhuc eum decessisse, posteriore verò casu, res tantùm vna est, quæ obstat substituto, quòd adhuc filius viuat. quia nec aliud quidquã in formula expressum fuit. Magis autem obstat duplex impedimentum, quàm quod vnicum est. Fefellit nos iuniores, necdum satis ad istam iuris artem eruditos, quòd cùm vulgo interpretum verba illa formulæ pupillaris substitutionis sic accipiebamus quasi pupillarem substitutionem facerent conditionalem, perinde atque illa, *Si hæres non erit*, quæ in vulgari substitutione necessario sunt exprimenda, faciunt conditionem, sed nos in contrarium nunc mouet præter iuris rationem manifestam autoritas etiam Vlpiani *in d. l. qui liberis.* quódque non quemadmodum pater faciens sibi testamentum filio quoque facere voluisse credendus est, quoniam & potuit, ita è contrario faciens filio, videri debeat fecisse & sibi. Ne alioqui paulatim dici incipiat sicuti pater filio testamentum facere potest, ita & viceuersa filium posse facere testamentum patri. Illa namque verba *Titius heres esto* quibus pupillarem substitutionem, pupillíque testamentum concludi diximus, vel negandum est pupillare testamentum esse, vel fatendum eodem prorsus modo & iure accipienda esse quasi à filio ipso prolata essent non à patre. Quo admisso si dicamus tacitam vulgarem ex ijs verbis induci posse consequens statim fiet absurdum illud, vt tacitus iste vulgaris substitutus, datus patri videatur à filio, cui ipse pater dederat pupillarem. Interpretes fefellit vnicus iuris nostri locus, Is est *in d. l. 4. D. de vulg. & pupil. substit.* Primum in illis verbis. *Vt cùm pater impuberi filio in alterum casum substituit.* Sumunt enim *alterum* pro *alterutrum*, quod Grammatici nunquã admitterent. Alterum enim dixit Modestinus pro primo, *vt in l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad Sen. Trebell. defuncto altero superstitibus liberis.* id est *defuncto primo.* Itaque nihil aliud significat, nisi illud ipsum quod apertioribus verbis expressit Imperator *in l. quamuis. 4. C. de impub. & alijs substit.* substitutionem factam in casum vulgarem trahi ad pupillarem. Deinde mouentur ex illis verbis *d. l. 4. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, vt si pubes heres non extiterit, impubes substituatur: si autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionẽ coheredis substituatur. quo casu in vtrumque euentum substitutus videbitur.* Hæc enim postrema verba sunt, quæ manifestè probare videntur substitutionem factam in casum pupillarem expressum trahi posse ad vulgarem. Verùm præter id quod alio iam (ni fallimur) loco indicauimus, totam illã postremam legis partem, nobis suspectam videri, digniorémque vacillantis ac titubantis Triboniani inscitia, quàm Modestini peritia, saltem ab illis verbis, *Vt si pubes &c.* Responderi etiam potest speciem hanc habere specialem rationem propter quam faciliùs permittendum sit, vt casus pupillaris vulgarem quasi implicitè continere videatur, nimirum propter substitutionem vulgarem fratri puberi expressim factam. Quænam enim causa est, cur credendus sit pater filio puberi vulgariter impuberem substituere voluisse; impuberi verò puberem noluisse, quem substituit, quod multo plus est, etiam pupillariter? ac si pater ita scripsisset,

Filio meo puberi substituo impuberem vulgariter, impuberi verò puberem etiam pupillariter aut *& vicissim*, aut eo *amplius* quomodo loquitur Iustinianus *in tit. de pupill. substit.* Dicendum potiùs esset omissam per errorem fuisse mutuam vulgarem substitutionem, vt in specie non valdè dissimili, de qua extat eiusdem Marci Imperatoris rescriptum à Papiniano relatum *in l. cùm proponebatur. 64. D. de legat. 2.* Etsi enim eo loco suppletur ab imperatore substitutio fideicõmissaria, quæ faciliùs suppleri potest ex coniecturis quàm vulgaris, quæ est directa. In proposita tamen specie hoc plus est quàm in illa quod hîc fuerat expressa mutua substitutio, directa vtraque, sed vna vulgaris, alia pupillaris, quæ licèt ipsa nec vulgaris sit nec vulgarem continere soleat, facilè tamen potest includere vulgarem, cùm ex alia parte iam adest vulgaris. Sunt enim fauorabiles mutuæ omnes & reciprocæ dispositiones, *l. si pater puellæ. 12. C. de inoff. testamen.* facileque mutuam sibi præbent interpretationem, quantum res ipsa ferre potest. Præsertim cùm ponamus fratrem puberem impuberi substitutum, non in hereditate ipsius impuberis, sed in ea nominatim portione, quam habuit quasi coheres, quę formula magis conuenit vulgari substitutioni, *l. coheredi. 41. §. vlt. D. de vul. & pupill. substit.* Atque ita esse vt in hac specie propter substitutionem factã puberi mutetur natura pupillaris substitutionis factæ impuberi, ex eo apparet clarissimè, quod subiungitur, *ne si vulgari modo impuberi quoque substituat voluntatis quæstionem relinquat vtrum de vna vulgari tantummodo substitutione in vtriusque persona sensisse intelligatur.* Quis enim dubitationi locus esset pòst illam Marci constitutionem, quin substituendo impuberi in casu vulgarem tantùm, nihilominus videretur in vtrumque substituisse, *d. l. 4. C. eod.* nisi dubitationem illam faceret substitutio ista vulgaris priùs facta puberi, quasi credendus esset pater vtrique filio substitutionis genere substituere voluisse? Quanquam videtur mihi ratio hæc dubitandi satis leuis. Nã cùm separatim substitutum est puberi & impuberi, licèt iisdem verbis, nihil vetat aliam fieri interpretationem in persona impuberis; propter Marci constitutionem. Ac tum demùm interpretatio hæc absurda videri debet, cùm inuicem substituti sunt verbo illo communi, *eósque inuicem substituo.* Inde capio non leuem coniecturam, quòd eum locum Tribonianus corruperit, cui familiare est idem ius constituere, etiam vbi ratio prorsus diuersa est. Sicut & solet ille allegato remedio aliquo, quod vel falsum vel minùs tutum videat, confugere ad aliud, & tandem specialem voluntatem requirere vbi possit sufficere ratio iuris: quod & hîc ab eo factum est in postremis illis verbis, *vel certè euitandæ quæstionis gratia specialiter in vtrumque casum impuberi substituat fratrem.* Quænam enim quæstio poterat occurrere an substitutio pupillaris expressim facta impuberi contineret vulgarem tacitam, si qua vnquam esset tacita vulgaris ex D. Marci constitutione. An fortè substitutio vulgaris facta puberi faciebat, vt eo minùs videretur pubes impuberi vulgariter substitutus, sicut faceret, vt substitutus vulgariter non posset videri substitutus pupillariter? Imò potius vt eo magis. Ergo vel ex eo loco, si Modestini sit, maximè probatur tacitam vulgarem nullam esse. Optimam autem tot remediorum adhibendorum occasionem Triboniano dedit inscriptio legis, quę est ex Modestini libro singulari de Eurematicis. Sanè casum illum esse singularem, nec tam facilè & generaliter trahendum ad consequentias, ostendunt illa ipsa verba *quo casu in vtrumque*

trumque euentū substitutus videbitur. Pro quibus tamē potius scribendū erat, *qua formula in vtrūq; casum,* quomodo Modest. in præcedētibus locutus fuerat. Sed hoc quoq; Triboniano familiare est cū prudentū responsa corrūpit, vt verba illa vsurpet *in hoc casu, in præsenti casu,* quod certè in hac specie facere non debuerat, in qua tractabat Modestinus de casu, non pro specie, sed pro euentu. Tribonianum verò hic eodem errore lapsum esse, quo ceteros interpretes, non miror. Nam & ipsum habeo pro interprete, non pro iuris autore. Imò & pro interprete malo potiùs quàm bono.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXIII.

ERROR PRIMVS.

De confirmatione paterni testamenti ex vulgari substitutione, quam interpretes tacitam vocant.

QVOD proximis duobus capitibus Decadis superioris à nobis probatum est illam vulgarem substitutionem, quam interpretes nostri per nimiam iuris imperitiam commenti sunt prudentibus incognitam fuisse: posset sufficere ad profligandas vno agmine quæstiones illas quas congerit Bart. ad *l.1.nu.30. & seqq. D. de vulg. & pup. subst.* omnes ad huiusmodi tacitam vulgarem pertinētes. Quid enim tractari posit de tacita vulgari quę sit nulla? Sed tamen & tanti viri & tam inueterati erroris autoritas cogit nos, vt de iis quęstionibus, non quidē singulis, sed quæ digniores maiorísq; momenti videbuntur diligentiùs disseramus. Inter eas prima ac ferè pręcipua hæc est. An testamentū posit assumere vires à tacita vulgari, an verò requiratur aditio in primo gradu. Sic enim Bart. quæstionē proponit. Et post relatas varias aliorum opiniones, concludit pupillarem quidem substitutionem requirere aditionem hereditatis, sed tamen vulgarem tacitam, quæ sub ea contineatur, non similiter aditionem requirere, posséque ab ea inire testamentum. Mouetur ex vnico iuris loco quo suam hanc sententiam apertissimè probari contendit. Is est apud Vlpianum in *l. neque enim aliàs. l. idem est. 13. §. vlt. D. de testam. milit.* vbi refert Vlp. cùm miles in testamento suo seruo libertatem dedisset, eidémque & à primo & à secundo herede

quæ formula substitutionis vulgaris etiam impuberi factæ, neque voluntas testatoris eam interpretationem pati possit, cùm vulgaris substitutio fiat in casum non acquisitæ hereditatis, pupillaris verò in casum acquisitæ. Qua ratione summopere mihi semper placuit quod Antonius Goueanus primus docuit, pupillarem illam, quæ ex Marci constitutione in vulgari continetur, malè vulgò ab interpretibus dici tacitam, potiúsque à lege subintellectam dicendam esse. An igitur & in ea specie quæ tractatur *in §. vlt. d. l.* neque dicemus aliquam esse vulgarem à lege subintellectam? Ne hoc quidem. Nec enim vlla lex est quæ dicat libertatem fideicommissariam in casum agnitæ hereditatis relictam, in alterum quoque casum hereditatis non agnitæ directò datam videri oportere. Esséque ea lex multo mirabilior, ne dicam à iuris ratione alienior, quàm constitutio Diui Marci, quia cùm vulgaris casus trahitur ad pupillarem, trahitur ad similem in eo quod vterque est, casus directæ substitutionis. At cùm fideicommissarius trahitur ad vulgarem, trahitur ad dissimilem, quia casus fideicommissi est obliquus, vulgaris verò directus. Indéque fit, quòd verba fideicommissi multò ineptiora sunt, immo nullomodo apta ad substitutionem vulgarem comprehendendam, quia substitutio vulgaris alia requirit verba, nimirum quæ sint imperatiua & directa, & quidem ad substitutum ipsum, directa fideicommissaria verò substitutio requirit verba quæ sint obliqua & precatiua, vt loquitur Vlp. *in tit. De legat.* Et quæ testator ad heredem rogatum potiùs quàm ad fideicommissariũ direxerit, quanquam postremum hoc minùs necessarium est. *l. miles ad sororem. 75. cũ pater 77. §. donationis. de legat. 2.* Proinde non magis fieri potest vt verba fideicõmissi subseruiât vulgari substitutioni quàm vt eadẽ verba sint, & directa & precaria cuiusmodi nulla esse contra eosdem interpretes nostros, qui tam multa communia esse volunt nos iam probauimus. *libro. 14. Coniectur.* At nihil prohibet quo minùs verba pupillaris substitutionis aptari possint vulgari vel contra si nihil nisi verborum diuersitatem inspicias: quia non solum similia sunt, sed etiam prorsus eadem verba dispositiua quibus vtraque substitutio perficitur, illa nimirum *Titius heres esto*, nec in alio differt formula vulgaris substitutionis à formula pupillaris: nisi quod in vulgari necesse est præcedere conditionem illam, *Si heres scriptus heres non erit:* In pupillari verò vel nulla condicio præcedit, vel alia quam illa: cùm ea verba quæ solent præcedere, *Si filius heres erit, & impubes decesserit*, non faciant conditionem nisi hactenus, vt appareat nullam filio suo adhuc viuenti siue post pubertatem defuncto factam esse substitutionem, vt ostendimus in præcedentibus. Absurdum igitur est dicere in ea specie quam Vlpianus tractat, *in dicto §. vlt. l. 13. De milit. testament.* aliquam esse tacitam vulgarem cùm fuerit expressa fideicommissaria. Tanto magis quod hereditas seruo per fideicommissum relicta proponebatur non tantùm ab instituto, sed etiam à substituto vulgari, vt proinde quandiu substitutus exclusus non esset, hereditas seruo acquiri nullomodo posset iure directo. Substitutum enim testator fideicommissario prætulerat in eum casum quo institutus heres esse, vel nollet, vel non posset. Atqui si expressa illa fideicommissaria tacitam aliquam vulgarem contineret, dicendum esset viuo quoque necdum repudiante substituto admittendum fideicommissarium ex vulgari tacita post mortem aut repudiationem instituti, & quidem, vel solum vel saltem cum ipso

substituto, qui æquè secundo gradu substitutus reperietur, quod tamen quam falsum & ridiculum sit ex eo intelligimus quod Vlpianus, non nisi heredibus omnibus ante aditionem defunctis fideicommissario locum facit. Nec sane posset ille cum substituto concurrere, quin fieret contra voluntatem si substitutus non haberet totam hereditatem quam ei testator totam post institutum dedisset, vt in simili ratiocinatur Papinianus *in lege verbis ciuilibus. 7. De vulgar. & pupillari substitutione.* At inquies, pro Bartolo admittitur apud Vlpianum fideicommissarius in casum non existentium heredum. Ergo ex tacita vulgari. Respondeo admitti quidem, sed non alio iure quàm ex autoritate rescripti Imperatorum quibus visum est, ita constituendum ex æquitate potius, quàm ex aliqua iuris ratione, propter concurrentem in ea specie duplicem fauorem, & libertatis, & militiæ. Item eo, quòd libertas eidem seruo, non per fideicommissum, sed directò data proponebatur quodque non alteruter tantum gradus heredem, sed vterque fideicommisso hereditatis grauatus erat, vt de enixa militis voluntate appareret in danda seruo non tantùm directa, sed etiam hereditate sua, quanquam per fideicommissum potiùs quàm directo si quis fideicommisso locus esse posset. Quare si qua vel minima ex circunstantiis istis deficeret, dicerem sanè, tam nouo & extraordinario rescripto locum nullum fore debere, propter eas rationes quæ pluribus à nobis expositæ sunt *lib.18. Coniect. cap.23.* Quod apertissimè sentit & Marcianus *in l. Antoninus. 42. D. de fideic. libert.* vbi hoc ipsum Antonini rescriptum refert eiusque rationem non aliam fuisse, quàm vt imperator militum suorum per omnia ratam faceret supremam voluntatem, vt intelligamus non tam libertatis quàm militiæ fauore causam dedisse rescripto, quamuis fauorem quoque libertatis concurrere fuerit necesse. Itaque inquit, eorum qui à pagano libertatem, & hereditatem per fideicommissum acceperant, cùm æque incontinenti & institutus & substitutus decessissent, satis habuit Imperator confirmare libertatem. Quis ergo iam neget hoc ius esse speciale ac tamen non erubuit Alexander dicere solennem textum esse *in d. l. Antoninus* pro tuenda Bartoli opinione. Quasi verò confirmetur in ea specie testamentum per tacitam vulgarem, ac non potiùs per rescriptum imperatoris, ad nihil minùs quàm ad vulgarem illam tacitam respicientis Et sanè si nihil aliud fecisset in ea specie nisi quod vulgarem tacitam induxisset, ea res parum seruo profuisset ad consequendam vel libertatem vel hereditatem. Ei námque constitutioni illud tantum consequens fuisset, vt seruus cui in casu agnitæ hereditatis libertas, & hereditas per fideicommissum data esset in casum quoque vulgarem id est non agnitæ hereditatis, idem fideicommissum petere posset tracto scilicet casu fideicommissi ad casum vulgarem. Quæ tamē constitutio sic concepta, prorsus ridicula esset ac inanis. A quo enim posset fideicommissum peti nō agnita hereditate. Necesse igitur fuit non tacitā vllā vulgarē inducere ex qua posset peti hereditas fideicōmissaria, sed hereditatē fideicōmissariā conuertere in directā, & seruum hunc quē testator fideicōmissarium dūtaxat fecisset habere pro herede directis verbis substituto & consequēter, quod magis est, pro necessario herede vt esset etiam inuitus heres militi, quod neque prudentum interpretatione fieri vnquam potuisset, neque vllius alterius quàm Imperatoris autoritate. Tantum abest vt in eo fideicōmissario qui necessarius existere non potuisset, idem rescriptu-
rus

rus fuerit Imperator, tacitámque vulgarem inducturus ad hoc duntaxat vt posset ille si vellet adire hereditatem ex testamento tanquam institutus, ad confirmandum testamentum. Sic enim rescribendum & constituendum fuerat, vt esset illa vulgaris tacita similis ei quam Bartolus deducit ex pupillari expressa ad confirmandum patris testamentum primùm deinde pupillare. Sunt etiam qui pro Bartolo adferant responsum Iuliani *in l. si pater filium. 26. de vulg. & pupill. subst.* in postremis illis verbis *post mortem autem fratris viuo patre natus solus heres patri suo existet*, quasi hoc sibi velit Iulianus filium posthumum fratri impuberi per pupillarem expressam substitutum, si impubes viuo patre decesserit, vt iam pupillari substitutioni locus esse non possit, nihilominus patri succedere posse ex tacita vulgari. Sed leuis obiectio est non ob id solùm quod Iulianus de eo substituto loquitur qui & suus & necessarius heres sit, ac proinde quo siue instituto, siue substituto viuóque fieri non potest vt patris testamentum destituatur. Sed etiam quia in illa specie substitutio in casum vulgarem expressim facta fuerat, quomodo & fieri vulgo solebat præsertim post Diui Marci constitutionem non in pupillarem, vt verba illa legis probant, *Et ei substituerit*, quæ fatendum est exprimere, vel casum vulgarem duntaxat, vel certè vulgarem non minùs quam pupillarem, quomodo etiam accipi debet *lege penultima.* D. *de insp. ventr.* qua similiter video passim abuti Bartolum vt probet pupillarem substitutum posse patri succedere ex tacita vulgari. In eo errans perpetuo quod datum pupillo substitutum ponit datum esse in casum pupillarem. Nec enim bona est consecutio, vt substitutio quælibet facta pupillo dici debeat facta in casum pupillarem, cùm pupillis vt & aliis omnibus possit substitui etiam in casum vulgarem, quamuis verum sit substitutionem quamlibet impuberi factam etiam in casum vulgarem trahi ad pupillarem post constitutionem Diui Marci, nisi cùm apparet de contraria testatoris voluntate. Quinimò longè prudentiùs facit pater qui filio suo impuberi substituit in casum vulgarem duntaxat, quàm qui substituit in pupillarem tantùm, quia qui substituit in vulgarem & sibi & filio heredem constituit, sibi quidem in omnem casum, siue viuo se, siue mortuo, filius moriatur, filio verò in eum casum, quo heredem habere possit, id est si patri superuixerit, & postea impubes decesserit. Qui vero substituit filio in casum pupillarem tantùm, filio quidem dat heredem in eum casum quo heredem habere possit hoc est quo & impubes & post patrem moriatur, sed sibi nullum heredem parat in eum casum quo se viuo filius moriatur. Quanquam omnium prudentissimè facit qui pupillo vel simpliciter substituit nullo casu expresso, vel vtroque casu expresso, ex consilio Modestini, *in d. l. 4. in fine. de vulgar. & pupill. substit.* Alij vt ratione magis quàm legum autoritate agere videantur, hanc pro Bartolo rationem adferunt quod facta expressione pupillaris substitutionis verisimile sit testatorem si cogitasset fore vt pupillus repudiaret, substituturum vulgariter eum, quem substituit in casum pupillarem sic enim Angelus quem Imola refert *ad d. leg. 1. De vulgar. & pupill. substitut.* Imperitè Pupillo namque instituto non potest tractari de repudiatione, cùm sit ille patri heres suus & necessarius, siue vulgarem substitutum habeat, siue pupillarem quamuis possit se abstinere, vt probauimus

Decade præcedente. Proinde non est quod laboremus in tacita vulgari inducenda ad dandum heredem patri qui non est sine herede, aut ad confirmandas tabulas pupillares, quæ per nudam sui heredis existentiam satis superque sunt confirmata. Sed posset ea ratio Angeli, si vera esset, locum habere in eo casu quo filius impubes viuo patre decessisset. Tunc enim non pupillaris tantum substitutio corrueret, sed ipsum quoque patris testamentum, præmortuo scilicet eo, qui solus heres institutus esset. Sed tamen ne ratio hæc bona esse possit, illud in causa est, quod substitutus vulgaris non sit nisi per verba in eam rem expressa, & quæ conditionem illam expressam habeant, *si primo gradu scriptus heres non erit*, quæ conditio vbi expressa non st, suppleri nunquam potest, multo minùs videri tacitè contenta in formula illa pupillaris substitutionis, *si heres erit filius, & in pupillari ætate decesserit*, quia vt iam toties inculcauimus, ea formula non ponit conditionem in pupillari substitutione, ex qua proinde cùm pura sit, nulla conditio induci potest. Nec simile est quod è contrario ex formula illa vulgaris substitutionis, *si filius meus heres non erit, Titius heres esto*, inducimus tacitam pupillarem, & supplemus eam conditionem pupillaris substitutionis, *si filius heres erit & impubes decesserit.* Nam imò verò conditionem nullam supplemus cùm ita facta substitutio sit pura non conditionalis, & quando substitutionem vulgarem trahimus ad pupillarem, nihil aliud facimus nisi quod vulgaris substitutionis conditionem tollimus, vt qui iam heres patris esse non potest, sit purè heres pupilli, quandocunque ante pubertatem decedentis. Facilius autem est vt ex conditionali institutione faciamus puram quod fit sublata tantùm conditione, quàm vt ex pura faciamus conditionalem, quod fieri non potest nisi adiecta conditione, quam porrò alius præter testatorem nemo adiicere potest, & quæ tamen supplenda necessariò esset, vt ex pupillari expressa, posset induci tacita vulgaris. Hanc verò Bartoli sententiam, præter ea quæ iam diximus conuincere apertè videtur Iuliani responsum, ab Vlpiano relatum & probatum *in l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus ad SC. Trebell.* Nam si quis habens filium impuberem, duos instituerit heredes, eosdémque substituerit filio, respondit Iulianus, nemine volente adire hereditatem, neque patris, neque filij, sufficere ei qui fideicommissum in secundis tabulis accepit vnum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem. Hoc enim facto, inquit, confirmatisque patris tabulis, poterunt ambo cogi adire ac restituere pupilli hereditatem. Quid verò esset necesse, cogi vnum ex institutis iisdémque filio substitutis cogi adire ex institutione, ac rursum posteà ambos ex substitutione, si à vulgari tacita & à substitutionis gradu incipere testamentum posset? Nec posis bene respondere quod respondet Bart. requiri eo loco aditionem ad confirmandam pupillarem substitutionem potius quàm tacitam vulgarem: quoniam licèt loquatur Iulianus de secundis tabulis, tamen requirit aditionem principaliter ad confirmandas tabulas patris, quòd iis confirmatis pupillares quoque per consequentiam confirmatæ reperiantur, non vti ne sit necessaria ex iis aditio hereditatis pupillaris, sed vt sequi posit, idque probant verba illa, *confirmatisque patris tabulis.* Et quod addit Bart. restringendum responsum illud ad eum pupillum, qui habeat bona materna, vel alia post mortem patris acquisita, nimis improbabile & planè commentitium est, si de pupillo herede instituto, vt Bart. & omnes intelligunt, accipiatur. Nec probabilius est

quod

quod alij respondent, in ea specie coheredes pupilli fuisse ipsi substitutos, ideóque cessare vulgarem tacitam, quæ alioqui ex pupillari expressa induceretur, ob aliam tacitam quæ ex coheredis datione inducatur. *arg.l.si Titio & Mæuio. 61. §. Iulianus. de legat. 2. & l.quia tacita.25.D.de hered.institut.* Nam quod coheres, coheredi tacitè substitutus dicitur ad ius accrescendi pertinet, cui porro nunquam locus est, nisi adita sit hereditas ab eo, qui velit adcrescere sibi deficientem portionem, cùm portio non personæ adcrescat, sed portioni velut alluuio. *l.si Titio.33. in fin.D.de vsufruct.* At nos de ea tacita vulgari tractamus, ex qua possit quis succedere patri nullum adhuc heredem habenti. Subtiliùs nonnulli respondent, in casu Iuliani locum non esse vulgari substitutioni, quia non erat sublata sui heredis existentia, quod ad transmisionem per dationem coheredis quantumlibet extranei, vt contra Bart. probant illi *ex l.3.C.de iur.deliber.* Nam & hoc ipsum nos defendimus *in Error.*8.*Decad.*31. Sed omnium istorum, etiam qui Bartolum reprehendunt, idem error est qui Bartoli, quod putant apud Iulianum tractari de impubere instituto, suísque substitutis coherede dato, cùm tamen ponendum sit filium fuisse exheredatum, vt probauimus supradicto loco *ex l. ita tamen.27.§.à patre .versic. quòd si duo.* vbi extat ea ipsa Iuliani sententia. Etenim à substituto quoque exheredati fideicommissum relinqui posse constat, adeóque ab exheredati herede legitimo, quoties is patri quoque heres fuit. *l.planè si filium.*94.iunct.*l. ab exheredati.126. de legat.*1. Itaque ne mala fide cum Bartolo agere videamur, concedamus, quod res est, ex illo Iuliani responso errorem hunc Bartoli impugnari non posse. Nullúsne igitur iuris locus erit quo apertissimè refellatur? Sunt, inquies, omnes ij quibus scriptum est, non adita patris hereditate corruere tabulas pupillares. *l.2.§.adeò. l.sed si plures.* 10.*§.si ex asse. D.de vulg.& pupill.subst.* Nec enim corruerent si substitutus pupillaris admitti posset ex tacita vulgari. Verùm ne isti quidem loci ad rem faciunt. Pertinent namque ad eum casum quo pupillus fuerit exheredatus, aut ante patrem defunctus, cùm si esset institutus & superstes quantumuis abstineret, non alia tamen confirmatione indigerent tabulæ, quàm quæ ex sui heredis existentia induceretur. Cùm verò filius exheredatus est, nemo dixerit vllam esse tacitam vulgarem, quia neque expressè possit pater, nisi valde ineptè, filio quem exheredauit substituere sub ea cõditione, *si is heres non erit*, non magis quàm exheredare eum, qui filius non esset. *l.quidam cùm filium.*132.*de verb.oblig.* Sed tamen quid si impubes cui pater substituit in casum pupillarem institutus quidem esset, at ante patrem defunctus? Cur non hoc saltem casu, nullam in pupillari expressa vulgarem tacitam contineri, bene probabimus ex eo quod paterno testamento corruente pupillares quoque tabulas corruere sit necesse? Atqui respondebit Bart. immo futurum vt non corruant, substituto scilicet pupillari, qui per pupillarem admitti non potest ex tacita vulgari adeunte. Vrgeamus ergo Bartolum ne quà possit effugere, ex alia illa iuris regula quæ habet ex pupillari testamento paternum, neque ex parte, neque in totum confirmari posse. *l. ex pupillari.* 44. *eodem titulo.* Nam cùm pupillaris substitutio sit pars & accessio paterni testamenti. *lege penultima. D.testament.quemadm. aper.* non minùs absurdum est, dicere confirmari posse testamentum patris, ex vulgari tacita quæ contineatur in pupillari, quàm si quis diceret in codicillis testamento confirmatis hereditatem dari posse, quod negat Papinia-

nus *in l.quod per manus.10. D. de iur.codicill.* Vtróque enim casu eueniret, vt principale testamentum quod ex heredis institutione vires caperet, & ex hereditatis aditione confirmandum esset per substitutionem pupillarem, aut per scripturam codicillorum confirmari videretur, quæ tamen vtraque non nisi ex testamento valeret, vt disputauimus *in Error. 9. Decadis praecedentis.* Ex quo etiam apparet, quàm male Bart. respondeat ei obiectioni, quam videt fieri posse quod expresso vitiato tacitum quoque vitietur. *ex l.3. §.qui habet.D.de seruit.rustic.pred.* Ait enim id procedere quando tacitum habet se ad expressum vt accessorium, secus verò esse, si vtrumque sit pariter principale, *ex l.si fideiussoribus.* aliàs, *l.si cui.49.§.Iulianus.de legat.1.* Nec animaduertit etiam admisso eo, quod tacita vulgaris non sit accessoria ad pupillarē, sed æquè principalis, nihil tamen hoc ad rem pertinere, nisi etiam addatur, esse quid magis principale quàm pupillarem ipsam expressam, cùm & ipsa pupillaris non sit nisi accessoria ad paternum testamentum, ideóque ex ea confirmari testamentum paternum nunquam possit. Cur enim ex tacita vulgari confirmari poterit, magis quàm ex pupillari expressa? An non pupilli testamentum illud est, quod & pupillarē expressam & vulgarem illam tacitam continet? Qua ratione iam ante nos Goueanus bene vidit, vulgarem tacitam, si qua sit, non nisi ad pupilli bona pertinere posse, cúmque Diui Marci constitutionem non sic accipiendam, quasi pupillaris substitutio contineat vulgarem substitutionem quomodo sentiunt vulgares omnes interpretes, sed ita potius vt substitutio facta pupillo in casum pupillarem ad dandum ei heredem, videatur eidem facta in casum vulgarem, id est, vt etiamsi heres esse nolit, séque paterna hereditate abstinere malit, heredem tamen habeat ipse suum substitutum moriens quandocunque intra pubertatem. Quamquam in hoc quoque vir doctissimus errauit, quod putauit pupillarem casum expressum non minùs trahi ad vulgarem, quàm vulgarem ad pupillarem, quod certè falsum est vt clariùs ex sequentibus apparebit.

ERROR SECVNDVS.

De substitutione in casum pupillarem facta impuberi qui decesserit viuo patre.

QVAMQVAM errori Bartoli, quem proximè refutauimus, consequens esset dicere, Substitutione pupillari facta impuberi, qui patre viuo decesserit admittendum substitutum ad patris bona, ex tacita illa vulgari, quam vult ille in pupillari expressa contineri, cùm si expressa esset vulgaris vtrumque casum complecteretur voluntatis & impotentiæ, ad quem posteriorem casum ille pertineret. Si filius impubes ante patrem decessisset. Attamen vsque adeò improbabilis est is error, vt iis ipsis à quibus probatur non nisi cum aliqua distinctione admittendus esse videatur. Itaque idem Bartolus posteaquàm defendit non modò tacitam vulgarem aliquam esse, sed etiam quod magis est ex ea confirmari patris testamentum posse, subinde quærit *ad dict. l.1. numero 32. & ad l. lex Cornelia. 28. de vulgar. & pupill.substitut.*

Quid

Quid si impubes, cui substitutus datus fuerat, in casum pupillarem decesserit viuo patre. An substitutus ex tacita vulgari possit admitti, vt succedat in hereditate filij quæ nulla est, sed patris? Et relatis quorundam aliorum opinionibus quas neque refellere nostri est ocij, tandem ille, vt solet cum ei non satis liquet, hanc adhibet distinctionem. Aut filius moritur ciuiliter tantum, vt quia capitur ab hostibus viuo patre, vel post mortem patris moritur naturaliter, & his duobus casibus substitutus potest succedere, inquit, ex tacita vulgari: quod probat *ex dicta l. lex Cornelia.* 28. cum ibi notat, adfértque rationem, quòd his casibus quandiu pater vixit durauerit spes pupillaris substitutionis, ideóque non possit imputari patri cur testamentum non mutauerit. Aut filius viuo patre decessit naturaliter, & tunc siquidem pater statim post decessit, ita quod non habuerit tempus mutandi testamenti, idem est, quoniam substitutus venit ex tacita vulgari ex præsumpta voluntate defuncti, quia credibile est quod eum instituisset si sciuisset. *ex l. si pater captus.* 29. cum sua glos. *eod. tit. de vulgar.* Si verò pater decesserit postea ex interuallo ita quod habuerit potentiam mutandi testamentum, tunc substitutus non admittitur. *ex l. quod si filius.* 11. D. *de captiu. & postlim.* Nam cùm potuerit sibi prouidere & non prouiderit, lex ei non subuenit, nec potest dici quod non cogitauerit de hoc, quia filium mortuum vidit. Et hoc probatur *ex l. tractabatur.* D. *de milit. testam. & argum. l.* 3. C. *de inoffic. testam.* Verba sunt ista distinctionis Bartoli, ex quibus apparet vno tantùm casu eum velle irritam fieri morte filij tacitam vulgarem. Nimirum si pater post filij mortem testamentum mutare potuerit, nec curauerit. In quo ipso quasi ne hunc quidem casum excipere debuerit, & in hoc nimis liberaliter egerit, reprehenditur ab Aretino, Parisio, & aliis quibusdam, existimantibus, substitutum omni casu ex tacita vulgari admittendum esse, neque imputandum esse testatori, ex quo cum non mutauerit testamentum, quod sciuit ita valere iure communi, vt ex eo posset quandoque admitti substitutus in omnem casum, siue per pupillarem expressam, siue per vulgarem tacitam. In eámque rem citant cõstitutionem Iustiniani *Nouell.* 66. *vt fact. noua constitut.* §. *penult.* vbi ait, Iustin. velle se, vt valeant testamenta facta contra formam nouarum constitutionum si facta sint ante constitutiones. Non ob id solùm, quod multi casus repentini possint incidere, per quos prohibeatur quis ne possit mutare testamentum etiamsi maxime velit, sed etiã quia sufficiat testatorem bene testatũ fuisse, & secundum ius cõmune quod testamẽti tempore obtinebat. Et ad supradictas leges, quibus Bart. in contrarium moueri diximus, respondent locum eas habere cùm testamentum ex priuilegio tantùm valet, *vt in d. l. tractabatur. & d. l.* 3. C. *de inoff. testam* non etiam, si cõmuni iure defendatur, quomodo secundũ ipsorum sententiã tacita vulgaris in pupillari expressa ex cõmuni iure continetur. Hęc illi. Ego verò misereor sanè super turba ista interpretũ tantopere se torquentiũ in veritate indaganda, quã ipsi vltro non modo obscurarunt, sed etiã penè extinxerunt. Quid enim possunt veri dicere supponentes pro vero quod falsissimum est, aliquã esse tacitam vulgarẽ quæ re vera nulla est? Quanto verò falsius est quod isti volunt & disputant cõtra Bart. licèt ex ipsius Bartoli autoritate, substitutum ex iure cõmuni per hanc vulgarem tacitam admittendũ esse ad hereditatem patris? Nam etsi tacitã esset vulgaris aliqua vt ipsi putant, negari tamen non posset quin ex priuilegio esset potius quàm ex iure communi. Scilicet ex

8.D. *de testam. quemadm. aper.* Ex quo manifestius fit quàm absurda sint somnia ista interpretum, de tacita vulgari. Quis enim credat patrem, qui secundas tabulas fecerit filio, quas non nisi post filij mortem aperiri voluerit cogitasse de faciendo sibi herede à quo hereditas adiri posset etiam viuo impubere? Aut quis dicere audeat eadem verba substitutionis pupillaris, aliam atque aliam interpretationem recipere debere, vt vno casu vulgarem tacitam contineant, alio non item, ob id solum quòd pater tabulas pupillares viuo filio aperiri, vel prohibuerit, vel permiserit? Non igitur quemadmodum patris filio in vulgarem duntaxat casum filio substituentis voluntas illa esse potest, vt non tantùm sibi, sed etiam filio testamentum faciat [sibi quia in sua hereditate substituit, filio autem quia ipsi filio substituit, nec eo minùs in sua hereditate quod pupilli quoque hereditatem habiturus sit substitutus, cùm per mediam impuberis etiam abstenti personam succedat patri is qui succedit filio instituto *l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iudic. possid.*] ita & vice versa dicere possumus, patris filio in pupillarem duntaxat casum substituentis voluntatem illam esse posse, vt non tantùm filio, sed etiam sibi faciat testamentum, cùm pupillaris casus ille sit quo & soli filio, & in solius impuberis hereditate substituitur, nec hereditas filij possit vnquam fieri hereditas patris, quomodo hereditas patris filio acquisita quamuis abstinenti, fit tandem hereditas filij, quandocunque postea defuncti. Idque est quod in præcedentibus dicebamus, à casu vulgari ad pupillarem fieri progressum, qui tamen à pupillari ad vulgarem regressus dici potius deberet, adeóque contra ordinem & naturæ & iuris. Prius enim est vt pater & mortuus sit, & heredem non modò habere possit, sed etiam reuera habeat quàm vt de pupillari, vel hereditate vel substitutione sit tractandum. Quod ergo Papinianus scribit *in d. l. quod si filius*, mortuo ante patrem filio nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, vt generaliter prolatum & verum est, ita generaliter intelligendum, non cum Bartolo restringendum ad eum casum, quo pater tantò post filium interuallo decesserit, vt testamentum potuerit mutare. Quæ restrictio quàm ridicula sit ex eo quoque apparet, quod Papin. *in d. l. quòd si filius*, è contrario speciem illam tractat, in qua pater testamentum mutare non potuerit. Tractat enim casum quo pater captus fuerit ab hostibus filio impubere in ciuitate relicto, posteáque ibidem ante patrem defuncto. Certum autem est eum qui captus sit ab hostibus, sicuti re vera seruus hostium est, ita facere testamentum non posse quod soli ciues romani facere possunt, & si fecerit vsque adeo non valere, vt nec si redierit testator, postliminij iure voluntas confirmetur. *l. eius qui. 8. D. qui testam. fac. poss.* tanquam nullum tempus sit in quo testamentum videri possit factum, postliminij fictione coniungere instans reditus cum instanti captiuitatis, quemadmodum lex Cornelia coniungit instantia captiuitatis & mortis, atque ita totius medij temporis memoriam abolente, vt nullum penitus intercessisse videatur. Quod si captiuus testamentũ facere nõ potest, multo minus quod in ciuitate fecerat mutare, quia ritè factum testamentum, nisi alio æquè ritè facto, mutari nõ potest. Itaque si Bartoli distinctio esset vera, oporteret dici vulgarem tacitam eo casu locum habituram, quoniam patri imputari nihil posset. Cui è contrario imputari certè potest cùm filius captus est ab hostibus viuo patre, eoque manente in ciuitate. Etsi enim hoc volo largiri Bartolo, quod ille ait, durare hoc casu spem substitutionis pupillaris, quia filius

ab hostibus tandẽ redire iúsq; postliminij habere potest, cùm tamẽ hoc ipsũ incertũ sit, iámq; pro certo habeat pater filiũ, qui nunc apud hostes est si ibidem moriatur, nunquã sibi heredẽ fore, cur non aliud facit testamentum, vel ob id saltẽ vt sibi heredem scribat in eũ casum quo filius ab hostibus non reuerteretur? Solet namq; facilè imputari ei qui prospicere debuit, quod euenire potuit, si tandẽ euenerit, quãuis potuerit etiam non euenire. *l. si quis domum. 9. §. hic subiungi. vers. idem quaeri. D. locat.* Nec fuit cur Bart. in erroris sui confirmationẽ adduceret autoritatem Iuliani *in d. l. lex Cornelia.* vbi nullum prorsus verbũ de vulgari tacita ne per somniũ quidem si Accursij somnia seiungas à prudentia & peritia Iuliani. Hoc enim duntaxat Iulianus scribit *in versic. si verò.* Si viuo patre filius in hostium potestatẽ peruenerit, legi Corneliæ locum non esse ad confirmandas tabulas pupillares, quia per eam non efficiatur vt heredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit. Quòd si per legem Corneliã tabulę pupillares hoc casu non confirmantur, nihil aliud potest dici, nisi quod irritę factę sint per captiuitatem, per quam scilicet factum est, vt desierit pater filiũ habere in sua potestate: quo admisso quænã obsecro ratio vel consecutio illa est, vt ex pupillaribus tabulis factis irritis, adhuc tacita vulgaris inducatur per quã testamentum patris sustineri, eique succedi possit? Mirus plane in hoc est Bartolus, & miri quotquot eũ sequũtur, qui cùm ex pupillari expressã in secundis tabulis induci velint tacitã vulgarem, volunt tamen corruentibus quoque secundis tabulis vulgarẽ tacitam superesse. Quod verò idem Bart. alio distinctionis suæ membro addit, filio mortuo quidem ante patrem, sed tam breui temporis interuallo, vt testamẽtum mutare pater non potuerit, retinendã vulgarem tacitam ex coniectura voluntatis patris, quem credibile est substituturum fuisse in casum vulgarẽ, si filium suũ præmoriturum cogitasset, prorsus commentitium est. Cur non enim cogitauit euenire posse, quod euenit quotidie vt turbetur ordo mortalitatis? Cur non ab initio substituit filio, vel in vtrũque casum, vel saltem in vulgarem? Cur denique putauit vulgarem substitutionem directã & conditionalem quæ non nisi verbis directis & imperatiuis, expressáque conditionis figura fieri potuit suppleri posse per solã coniecturam voluntatis? An nõ errauit in iure si ignorauit huiusmodi coniecturis tunc tantùm locum esse, cùm precaria voluntas quæritur, non etiam cùm directa *l. iubemus. 29. C. de testam. l. cùm proponebatur. 64. de legat. 2.* Sed etsi coniectura voluntatis in proposito casu admitti posset, non improbabiliter tamen quis diceret apertiorem esse voluntatem patris pro substituto cùm testamentum mutare potuit nec mutauit, quasi sub ipsum mortis tempus substituto, ac proinde vulgariter eo, qui fuerat substitutus pupillariter, quíque amplius substitui pupillariter non posset, vt de testamento à milite facto ait Vlp. *in l. idem. 13.* alias *l. neque & deportati*, ibi, *quasi nunc data hereditate. l. in fraudem. 15. §. testamentum. l. miles filiusfamilias. 22. D. de milit. testam.* Nam quod in contrarium adducit Bart. *ex l. tractabatur. 14. eod. tit. & l. 3. C. de inoff. testam.* longe aliam habet sententiam & rationem, vt ex iis constare potest quæ de vtriusq; loci sententia scripsimus, variis Coniecturarum nostrarum libris, ex quibus etiam peti volumus pleraque alia quæ alioquin hîc tractanda essent, ad Iuliani & Papiniani sententiam assequendam *in d. l. lex Cornelia. 28. cum l. seq. de vulg. & pupill. substit. & in d. l. quòd si filius. 11. cum l. praeced. D. de captiu. & postlim.*

ERROR TERTIVS.

De pupillari substitutione facta ventri posthumo nullo nato.

HANC quoque quæstionem superioribus subnectit Bartolus *in suo illo eleganti tractatu, De tacita vulgari substitutione ad d. l.1.num.37.D.de vulgar. & pupill. substitut.* sed paullo aliis verbis, nescio an elegantioribus, concepta quæstione in hunc modum, *Quid si substitutio pupillaris*, inquit, *facta est ventri, & venter non nascitur* [crediderant in hunc vsque diem non nasci ventrem, sed parere] *an substitutus admittatur ex tacita vulgari?* Respondet autem primùm admitti per textum quem ille apertissimum esse putat, sed iuncta glossa *in l.penult.D.de ventr.insp.* vbi Paulus scribit, eum qui ventri substitutus vel institutus est, si ventrem seruare velit audiendum esse. Non alia vtique ratione, quàm quod ipsius intersit, cùm sit futurum non nato posthumo, vt debeat admitti. Mouetur etiam *ex l.vlt. C.de instit. & subst.* vbi vulgaris expressa facta in illum casum, *si posthumus non nascetur*, trahitur ad pupillarem. Ergo idem, inquit, è conuerso. Concludit tamen distinguendum esse, adeò sibi placet ille in nouis & inauditis distinctionibus comminiscendis. *Aut spes*, inquit, *natiuitatis posthumi deficit post mortem testatoris, vel ante per modicum tempus, & substitutus admittitur ex tacita vulgari d.l.penult. Aut deficit multo tempore post testamentum, vel ante mortem testatoris, & tunc secus per ea quæ supra dixi.* Illorum verò reprehendit sententiam, qui putabant distinguendum an aliquis sit coheres, cuius aditione confirmetur tacita illa vulgaris [sic enim legendum est non vt vulgo *pupillaris*] quoniam, inquit, ad vulgarem tacitam confirmandam aditio ex institutione non requiritur. At si verum est, quod ille pro constanti habet Paulum *in dicta lege penultima.* ad propositam quæstionem respondere, illud primùm scire vellem cur prætermiserit Paulus eam distinctionem quam Bartolus non putat prætermittendam, aut cur eam Bartolus probet quam Paulus prætermisit. Nunquam euadet vt arbitror, quin vel Paulum inscitiæ arguat, vel se temeritatis. Paulus enim eo loco tam breuiter sententiam suam perstringit, vt nullas distinctionis ambages quærat, tam apertè verò vt nullum istis interpretationibus locum relinquat. Verba legis ea sunt, *Qui ventri substitutus est.* Vnde verò diuinat Bartolus intelligi ea debere de substitutione facta in casum expressum pupillarem? ac non, potiùs in vulgarem, nisi malit, in vtrumque. Ipsum enim substitutionis verbum simpliciter prolatum, hanc interpretationem non solùm admittit; sed etiam suadet, siue quod frequentior sit ea substitutio, quæ fit in vulgarem casum duntaxat, vnde & vulgaris appellatur, tùm etiam cùm sit impuberi. *dicta lege quarta. De vulgar. & pupill. substitut.* siue quòd pupillaris substitutio minùs propriè dicatur substitutio, quàm quæ est vulgaris, quippe quòd non vt vulgaris æstimetur ex secundo gradu, secundáque delatione hereditatis, cùm hereditas pupilli deferatur substituto,

pupillari, in primo non in secundo gradu. Siue denique quòd, Paulus loquatur *in d.l.penult.* de substitutione facta non posthumo, sed ventri, cuius substitutionis ea vulgaris formula est, *si posthumus non nascetur*, non etiam illa, *si posthumus heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, vt apparet *ex d.l.vlt. C. de instit. & subst.* Prius enim est vt posthumus nascatur, quàm conditio illa adscribatur, *si heres erit*, vel *non erit*. Itémque quàm de ipsius hereditate dandóque ei herede tractari possit. Hícque perpetuus est error Bartoli, & interpretum cæterorum, quod quoties legunt impuberi factam substitutionem statim de ea substitutione intelligunt quæ non solùm pupillaris sit, sed etiam facta in expressum casum pupillarem. Fateor esse substitutionem pupillarem si nihil sit quod impediat, id est si impubes sit in testatoris potestate, nec post mortem ipsius in alterius potestatem recasurus, quia tum etiam cùm facta est expresé in casum vulgarem tamen ex constitutione Diui Marci intelligitur facta in casum quoque pupillarem, si nulla sit in contrarium, vel coniectura voluntatis, vel absurdi alicuius vitandi causa, vt *in l. iam hoc iure. 4. l. Lucius. 45. D. de vulg. & pupill. subst.* aut nisi expresse testator substituerit in vtrumque casum separatim, vt *in l. cùm ex filio. 39. §. 1. eod.* Sed nego substitutionem quamlibet factam impuberi etiam quæ sit pupillaris in effectu, videri quoque debere factam in casum expressum pupillarem, cùm & breuiùs & commodiùs fiat in casum vulgarem tantùm, vt post Marci constitutionem in vtrumque facta esse intelligatur, vt docuimus in primum huius Decadis errorem, vbi similem aliam confutauimus interpretationem Bartoli & aliorum *ad l. si pater filium. 26. eod.* quem locum passim illi intelligunt de pupillari expressa vt inducant occasionem tractandi de vulgari tacita, cùm tamen nihil apertius sit quàm tractari ea lege de substitutione simpliciter facta impuberi, & consequenter in casum vulgarem expressum, non in pupillarem. Illa verò distinctio Bartoli, an spes natiuitatis posthumi defecerit post mortem testatoris vel antè per modicum tempus, an verò multo tempore ante mortem testatoris, neque legem vllam pro se habet neque rationem. Siue enim post defectam spem natiuitatis posthumi testator superuixerit longo tempore siue modico, semper erit quod ei imputetur quare filio suo, præsertim nõdum nato, substituerit in casum expressum pupillarem, ac non potiùs in casum vulgarem, qui erat magis obuius, multóque commodior, si deficiendo sibi herede in casum non nati posthumi cogitabat. Et quamuis nihil esset quod ei posset imputari, non ideo tamen statim consequens fieret, vt verba directa & imperatiua itémque conditionalia, quæ ad vulgarem substitutionem concipiendam essent necessaria, suppleri ob hoc solùm oporteret, quod testator eum casum non omisisset, si de illo cogitasset? An fortè tam improuisus & nouus casus ille est de posthumo qui in vtero sit, nunquam nascituro, vt eum præuidere non potuerit nec debuerit pater, tum maximè cùm substitutum dabat eidem posthumo in eum casum quo & nasceretur, & heres esset, & impubes tandem moreretur? Quid obsecro commune habet hæc species cum inopinatis illis euentibus, de quibus *in l. tractabatur. 14. D. de testam. milit. & in l. 3. C. de inoff. testam?* Rursus si cum Bartolo nihil aliud hîc inspicere volumus, nisi an nihil possit imputari patri. Cur distinguimus an pater longo vel modico tempore superuixerit post habendi posthumi spem abscissam, ac non potius an testamenti mutandi potestatem necne habuerit? An non enim facilè fieri

potest,

potest, vt pater longo tempore superuixerit, id est tanto saltem, quantum sufficere commodè potuerit ad mutandum testamentum? Quid si abortum ab vxore factum ignorauit, fortasse in longinquam peregrinatus prouinciam? Quid si sciuit, sed eo loco in quo non suppetebat tanta copia ciuium romanorum vt septem testes haberi possent, qui numerus ad solennitatem testamenti requirebatur? *vt in l. conficiuntur. 8. §. codicilli. D. de iur. codicill. & d. l. tractabatur*. Debuerat ergo Bartolus distinguere, an testamentum mutare pater potuisset, necne; non an per longum, an per breue tempus superuixisset. Iam verò quod addit Bartolus *ex l. vlt. C. de instit. & subst.* à re nostra omnino alienum est. Ibi enim substitutio ventri facta, trahitur à casu vulgari expresso ad tacitum pupillarem, quod post constitutionem Diui Marci nouum non esse, cum interpretibus omnibus agnoscimus. Non autem à casu pupillari expresso ad vulgarem, quomodo trahi vult Bart. in proposita quæstione. Hoc enim non solùm difficilius est, sed etiam prorsus ἀδύνατον & absurdum, ob rationes in hanc rem à nobis supra congestas. Quinimò ex ea ipsa lege puto, nō leue argumentum pro nobis, cōtra Bartolum, deduci posse. Nam si etiam post Marci constitutionem in hoc expresse latam, vt casus vulgaris trahatur ad pupillarem, tanta fuit inter Iureconsultos contentio, vt necessaria fuerit autoritas Iustiniani ad hoc, vti substitutio facta ventri in casum vulgarem *si posthumus non nascetur*, ad illū casum traheretur, quo posthumus, & nasceretur & impubes moreretur, [constitutio enim Marci ad speciē pertinebat in qua esset facta substitutio in casum vulgarem generalē, *si filius heres non erit*, non in specialem illum, *si non nascetur*, qui quò specialior eo difficiliùs extensionē pati posse videbatur] quanam autoritate quęso, audet Bartolus dicere, substitutionem pupillarem expressam, factam ventri in casum pupillarem; scilicet si posthumus, & nasceretur, & esset heres, & impubes moreretur, ad illum trahi debere, quo posthumus non nasceretur? Quid hoc aliud est quàm agere Imperatorem, immo plus quàm Marcus, plus etiam quàm Iustinianus egerit? Facere nimirum vt pater qui non nisi de dando impuberi herede cogitauit, si posthumus nasceretur, hoc ipso sibi, si non nasceretur posthumus, herędem dedisse videatur. Seuerior sanè sum quàm vt pati possim, hanc sibi autoritatem interpretes nostros vindicare, quam nec Imperator posset sine rubore, tam aperta vi facta, & rationi, & legibus.

ERROR QVARTVS.

De vulgari substitutione quam tacitam vocant trahenda ad bona pupilli.

MIRABILEM hanc quæstionem vocat Bart. *ad l. 2. §. sed si quis. D. de vulg. & pupill. subst.* nec insulse. Mirum enim est, nemini ex prudentibus illis antiquis quorum habemus tam multa De substitutionibus responsa in mentem vnquam venisse, vt quæstionem hanc tractaret, ac ne quidem vt de vulgari tacita verbum vel vnum faceret. Placent tamen sibi interpretes in ea tractanda, & frequentes eunt vt solent in sententiam Bartoli concludentis.

Quoties substitutus filio impuberi datus est in expressum casum pupillarem,& pupillus paterna hereditate se abstinet, succedere substitutum ex tacita vulgari, nimirum in bonis patris, sed eo tempore quo pupillus postea moritur, eundem substitutum ex pupillari expressa succedere in bonis omnibus pupilli. Sic enim ille *ad l. 1. num. 40. eod. tit. De vulgar. & pupill. subst.* Ita fit vt secundum Bartolum possit vtraque substitutio & pupillaris expressa & vulgaris tacita locum habere, quod nec ipse dissimulat *num. 49. ad fin.* tanquam quod non sit absurdum, propterea quòd, inquit ille, non est de necessitate pupillaris substitutionis quòd filius sit heres, *ex l. pupillus. 42. alias l. Iulianus D. de acquir. hered.* Indéque etiam infert, si contingeret vt pater & filius simul & semel morerentur, ita ne sciri posset quis eorum prior, quisue posterior decessisset admittendum fore substitutum ex pupillari ad bona pupilli, ex vulgari verò ad bona patris. Addita ratione quod substitutio ista partim expressa pupillaris partim tacita vulgaris contineat vtrumque casum copulatiuè, vt siue vterque casus siue alteruter eueniat, sufficiat *ex l. iam hoc iure. 4. De vulgar. & pupill. substit.* Non habet tota hæc traditio plura verba quàm errata. Quod primum ait Bart. pupillo abstinente admittendum substitutum ex tacita vulgari, ad bona patris viuo adhuc impubere, falsum est & apertè contra Iauoleni responsum *in l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iudic. possid.* de cuius sententia scripsimus *in Error. vlt. decadis præcedentis.* Pupillo enim abstinente qui habuit substitutum pupillarem expectanda est necessariò mors pupilli vt admitti possit substitutus, & interim quia creditoribus mora fieri non debet vendenda sunt bona patris. Idémque probatur non obscurè *ex l. qui fundum. 87. §. vlt. D. ad leg. falcid.* in illis verbis *deinde impubere mortuo ex substitutione heres extiterit* si cum Dyno & aliis plerisque interpretibus de impubere abstento eam legem intelligas quamuis soleant illi ea abuti vt Bartolus refert ad probandum tacitam vulgarem quæ in expressa pupillari continetur, ad impuberis bona porrigendam esse: Nescio planè qua fronte, cùm ibi loquatur Iulianus apertè de impubere, qui patri suos heres extiterit, & per cuius mediam personam hereditas patris ad substitutum peruenerit pro ea parte ex qua filius fuerat institutus, vt probant verba illa *licèt enim pupillo heres existat, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur, ac si patri heres extitisset.* Si namque pupillus se abstinuisset, substitutus pupillaris non posset videri heres fuisse patri mediatè non magis quàm filius ipse immediatè, quamuis re vera vterque heres sit patri ex mera iuris ratione, filius tanquam suus heres, substitutus verò tanquam sui heredis heres. Sed hoc sensu accipienda non esse supradicta verba ex eo intelligimus, quod ita scribere debuisset *quoniam filius patri heres extitit* non quomodo scriptum est *perinde ac si patri heres extitisset* : si quod res erat magis quàm quod esse videretur, exprimere Iulianus voluisset. Rursum quod addit Bartolus. Eo tempore quo pupillus postea moritur eundem substitutum pupillarem succedere ex pupillari expressa in omnibus bonis pupilli, verum quidem est, sed non eo modo & sensu quo Bartolus dixit, hoc est ita vt ex illa pupillari expressa non succedat pupillaris substitutus in bonis quoque patris, sed in bonis pupilli duntaxat. Nam immo per pupillarem succedit promiscuè in bonis omnibus, & patris & impuberis, quia reperit hereditates iunctas, paternam scilicet hereditatem in hereditate filij *l. sed si plures. 10. §. filio de vulg. & pupill. subst.* adeò vt quamuis omnia

patris

patris bona iam venierint viuo adhuc impubere ita vt nihil penitus ex iis ad substitutum peruenerit, non eo minus tamen ex pupillaris hereditatis aditione, paternis quoque creditoribus siqui supersunt respondere teneatur, tanquam heres patris per mediam impuberis personam, vt scriptum est *in d.l. paterfamilias.* Proinde nullius esse potest effectus illa vulgaris tacita quam ex huiusmodi pupillari expressa nostri inducunt, cùm neque possit facere vt viuo impubere substitutus admittatur ad hereditatem paternam, neque cùm mortuus pupillus est egeat substitutus alia substitutione quàm pupillari vt & patri succedat & filio. Quid enim potest referre testatoris aut substituti, an succedat substitutus ex vulgari tacita ipsi testatori immediatè, an ex pupillari expressa mediatè? Interesset sanè vtriusque vt posset ille succedere immediatè. Nimirum testatoris ne viuo & se abstinente impubere bonorum venditionem pati cogeretur, substituti autem ne ad succedendum patri etiam cui statim heres esse vellet, expectandam haberet mortem pupilli. Sed quoniam id fieri non potest salua iuris ratione quæ filium impuberem omnimodo facit suum & necessarium heredem patri, etiam se abstinentem vt sæpius diximus *ex l.1.§. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. causs. testam. l. cùm quasi. 30. §. sed et si suus. D. de fideic. libert.* satis debet esse vtrique quod mortuo tandem impubere substitutus succedat etiam patri, effectúque ipso perinde sit acsi ab initio successisset. Nisi quòd bonorum venditio facta sub nomine defuncti retractari ampliùs non potest. Itaque quod tertio loco placet Bartolo vtramque substitutionem & pupillarem expressam & vulgarem tacitam locum habere posse in persona eiusdem substituti, falsum sanè est quoniam tacita si qua esset aut potiùs à lege subintellecta, quomodo elegantiùs vocat Goueanus, ea non induceretur nisi in casum necessitatis, & vt ita dicam, possibilitatis. At sicuti necessitas nulla est, inducenda tacitę mortuo pupillo, quia sufficit expressa pupillaris ita neque possibilitas vlla eiusdem inducendæ ante mortem pupilli, ne alioqui duplicem heredem, & quidem vnumquenque ipsorum in solidum patri demus quod fieri nunquam potest. *l. quod contra. 141. §. 1. de regul. iur.* Ratio autem illa, quam adfert Bartolus, quòd non sit de necessitate pupillaris substitutionis vt filius sit heres sicuti vera est in filio impubere exheredato, cui etiam pupillariter substitui posse constat, ita falsa in filio impubere instituto, quia non potest fieri vt non sit ille heres patris, cui & suus & necessarius est. Et nisi esset vtique non posset valere pupillaris substitutio patre, neque filium, neque alium habente heredem, quoniam paternum testamentum confirmatum esse necesse est ad hoc vt valeat pupillare. *l. 2. §. 1. d. l. sed si plures. 10. §. si ex asse. l. ex pupillari. 44. de vulg. & pupill. subst. l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus. l. ita tamen. 27. §. à patre vers. quod si duo. D. ad S. C. Trebell.* Ob idque melius dixerit quisquis dicet contra Bartolum. Immo esse de necessitate substitutionis pupillaris vt filius sit heres patris, cùm fuit ipse institutus siue solus siue cum coherede: siquidem negari non potest, quin ex eiusdẽ pupillaris substitutionis necessitate sit vt filius impubes cui pupillariter substitutũ fuit, & in patris potestate sit & superstes patri. Vtrũq; verò hoc nõ põt cõcurrere vt superuiuat patri in cuius morietis fuit potestate quin hoc ipso patris heres sit, & quidẽ necessarius siue abstinere velit, siue nolit. Rursus quod Bart. infert, si cõtingeret, vt pater & filius simul morerẽtur, puta in eodẽ naufragio, ita ne posset sciri vter eorũ prior aut posterior decessisset, admittẽdũ fore substitutũ, ex pupillari ad bona pupilli, ex vulgari verò

ad bona patris, certè ridiculum est. Eo namque casu præsumitur filius impubes ante patrē decessisse, *l. qui duos. 9. §. vlt. l. si mulier. 23. D. de reb. dub.* vt è contrario, si filius fuit pubes præsumitur superuixisse *d. l. qui duos. §. cùm bello.* nisi fauor aliquis, puta patronatus reuerentia, contrariam suggerat præsumptionem *§. si cum filio. eadem lege.* & consequenter, non potest pupillaris substitutio consistere, aut heredem aliquomodo habere filius qui decessit in patris potestate *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. subst. l. quòd si filius 11. D. de capt. & postlim.* Planè posset substitutus ex vulgari tacita patri succedere, si qua esset. Verùm nullam esse vulgarem tacitam, hoc præsertim casu quo filius decesserit viuo patre, iam probauimus *in Error. 2. Decadis huius.* Nullus ergo in hac specie, siue de pupillari expresse, siue de vulgari tacita, tractandi locus relinquitur. Quòd si vel ex præsumptione vel ex probatione aliqua appareret filium impuberem patri superuixisse, hoc ipso constaret filium patri heredem fuisse, nec tantùm nomine nudo, vt is qui se abstinet *l. 2. §. sed si sint sui heredes. D. ad SC. Tertyll.* sed etiam effectu ipso nulla secuta abstentione saltem quæ probaretur: & ideo succederet quod iam disputauimus suo herede existente, quamuis se non immiscente, præsertim qui nec abstineat nullam vulgari substituto ius aperiri, neque quod ad ius ciuile, neque quod ad prætorem. Media verò illa sententia quam Bartolus inducit vt patre & filio simul mortuis, neuter intelligatur superuixisse, præter id quod nullo iuris loco probatur superioribus etiam legibus apertè refellitur, quæ volunt pro casuum diuersitate, vel filium patri, vel patrem filio præmortuum, censeri. Quod cùm ita sit, non video qua ratione fieri posit, quod vult Bartolus, vt substitutus in ea specie posit admitti & tanquam vulgaris & tanquam pupillaris. Vulgaris enim supponit, patrem; pupillaris verò, filium superuixisse. Quinimo nec aliter posset admitti substitutus ex vulgari quàm si probaret condicionem substitutionis vulgaris extitisse, id est, filium institutum patri non superuixisse. Nec rursus ex pupillari aliter quàm si probaret pupillaris condicionem euenisse, hoc est filium superuixisse, quia cùm substitutiones omnes habeant adnexam aliquam condicionem, necesse est eum qui agit ex dispositione condicionali ante omnia probare implementum condicionis, quo non facto, non deficit quidem ius, sed deficit probatio *l. duo sunt Titij. 30. D. de testam. tutel.* & idcirco dicendum esset, substitutum excludi ab vtriusque, tam patris, quàm filii hereditate testamentaria, vt *in l. si eius. 34. D. ad SC. Trebell.* fideicommissarius vocatus ad partem illius ex liberis qui nouissimus moreretur, neutrius partem consequitur, si non posit probare quis nouissimus decesserit, eique ob hanc causam in vtriusque hereditate præfertur mater quæ vtrique succedit ab intestato. In ea verò specie quam tractamus, De patre & filio simul mortuis, hoc amplius esset quod quæ incertitudinis ratio summoueret substitutum ab vtriusque hereditate, eadem legitimos quoque heredes summoueret si non idem & patris & filij legitimus heres esset, vt *in d. l. si eius*, quoniam neque patris, neque filij legitimus heres quisquis ille esset succedendi ius haberet, neque in totum neque pro parte, nisi probato, quod ille superuixisset cuius hereditatem ipse vindicaret. Atque ita probationum defectu hereditas, vtraque vacaret, fierentque bona vacantia. Et ob hāc nimirum causam ne absurdum hoc eueniret, placuit ciuili legislatori præsumptiones in defectum probationis induci, vt in facti quoque in-

quę incerto ius tamen certum constitueretur, nec legitimarum hereditatum iura fluctuarent. Deniq; quod corollarij loco addit Bartolus, substitutionem istam, partim expressam pupillarem, partim vulgarem tacitā, continere vtrūque casum copulatiuè, vt siue vterque, siue alteruter casus euenict, sufficiat: hoc verò est quod probari oportebat aliter, ac meliùs quā *ex d.l.4.de vulg. & pup.subst.* de cuius sententia & interpretatione scripsimus *in Errores vltimos Decadis praecedentis.* Huic verò Bartoli & aliorum interpretū errori quē nos refutauimus, contrarius ille aliorum est, qui volunt vulgarē istam tacitā, aut vt vocare malunt, & elegantiùs, à lege subintellectā ad solius pupilli bona pertinere, id est per eam fieri, vt soli impuberi nō etiam patri succedatur. Quam sententiam primus ni fallor induxit Antonius Goueanus in suis illis acutissimis contra Bart. commentariis *ad tit. de vulg. & pup. subst.* distinguēs casum vulgarem à substitutione vulgari: quasi pupillaris casus substitutione impuberi facta in casum pupillarem trahēdus quidem sit ad casum vulgarē, vt pupillo etiam in eum casum quo heres non erit, substitutus datus dici possit, sed non substitutio pupillaris ad substitutionem vulgarem. Motus ea potissimum ratione quæ certè magna est, quod constitutioni Diui Marci quæ sola fecit, vt substitutio in alterum casum facta in vtrumque facta esse existimetur, solius pupilli fauor causam dedit, cuius vtiq; intererat testamentarium potiùs quàm legitimū heredem habere, & cui non poterat imputari, cur nō aptioribus & apertioribus verbis heredem scripsisset cùm non ipse sibi testamentum faciat, sed pater ipsi. Nec ad rem facere quod hac ipsa ratione dicendum videatur ex hac vulgari tacita, etiam patri succedi oportere, quod pupilli quoque intersit, vt patris testamentum confirmetur, sine quo pupillare non valeret. Non enim si in aliquo fauendum pupillo fuit, vsque adeo tamen ei fauendum est, vt tota iuris ratio peruertatur, quod contingeret si ex pupillari testamento, paternum vires accipere posset, vt contra Bart. disputauimus in superioribus *ex l. ex pupillari. 44. de vulg. & pup. subst.* Sed & in eo non nisi per consequentias faueretur pupillo, principaliter verò patri, cui tamen imputandum est, cūr non aliter & aptius sibi fecerit testamentum, per expressam vulgarem substitutionem, ne remaneret sine herede in eū casum quo filius heres non esset. Verùm quamquam ista non insubtiliter disserentur, probántque optime, si quid mei iudicij est, nullam esse posse vulgarem tacitam per quam patri succedatur, nunquam tamen mihi persuadebunt, aliquam vulgarem tacitam esse, per quam impuberi & quidē soli succedatur. Nam vt ex alia parte Bartolus disputat, inauditum est nec vllo vsquam iuris loco proditum, vt per vulgarem substitutionem, siue expressa, siue tacita illa sit, impuberi heres detur. Illud verò lōgè absurdius vt pupillaris substitutus succedat impuberi quin succedat etiam patri, tum quoque cùm filius impubes abstinuit se ab hereditate patris, bonáque omnia paterna fuerunt vēdita, vt in specie *d.l. paterfamilias. 28. de reb. autor. iud. possid.* Itaque cùm vtrumque verum sit, & quod vult Goueanus contra Bartolum, nullam esse tacitam vulgarem per quam possit succedi patri ad confirmandum paternum testamentum, & quod vult Bartolus contra Goueanum, nullam posse tacitā vulgarem esse per quam pupillo succedatur, quid aliud inferre possumus ex tam disiunctis sententiis, quàm quod omnino consequens & verissimum est, vulgarem tacitam nullam esse?

ERROR QVINTVS.

De tacita vulgari & pupillari cùm mater est in medio, & ad l. vlt. C. de instit. & substit.

SEQVENS apud Bartolum quæstio est *ad d. l. 1. num. 41. de vulg. & pup. subst.* Vtrum tacita vulgaris locum habeat cùm mater est in medio. Et distinguit an de matre pupilli tractetur, an de matre testatoris. Si de matre pupilli, vult habere locum quod & Accursius sentit, quia, inquit, per tacitam vulgarem non succeditur impuberi, sed testatori, ob idque nullus potest esse fauor matris pupilli cùm agitur de patris hereditate. Si verò de matre testatoris, non esse inducendam tacitam vulgarem contra matrem patris, eadem ratione qua nec tacita pupillaris contra pupilli matrem admittitur. Concludit itaque nec tacitam vulgarem, nec tacitam pupillarem admitti posse contra matrem illius cui succeditur. Idémq; repetit *ad l. 2. nu. 32. & 34. cod. tit.* vbi addit ita omnes interpretes existimare *ex l. vlt. C. de instit. & subst. & l. precibus. 8. C. de impub. & alijs subst.* Adfértq; duplicem huius sententiæ rationem. Vna est, quod cum per vulgarem, siue expressam, siue tacitam succedatur patri, per pupillarem verò etiam tacitam succedatur impuberi, non potest bona esse consecutio vt testator, qui in sua hereditate prætulit impuberis filij sui matri extraneum, idem eundē ipsum voluerit præferre in filij quoque succesione *d. l. vlt. C. de instit. & substit.* Alia ratio est, quia mater cùm à filio præterita est, habet querelam inofficiosi testamenti, quam non habet cùm à patre pupillariter substituente præterita fuit *l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. D. de inoff. testam.* Vnde noluit lex per suam interpretationem excludere matrem à querela, si eam testator expresè non excludit. Sic enim apud Bartolum legendum est. Mihi tota hæc interpretum nostrorum traditio non solùm suspecta iampridem, sed etiam improbabilis semper visa fuit, vt ex iis constare potest quæ scripsimus *lib. 15 Coniect. cap. 9. & seqq. de sententia. d. l. vlt. C. de instit. & substit. & d. l. precibus.* quas leges ostendimus ad rem istam, opinionémq; interpretum confirmandam nullomodo pertinere. Ideóq; breuiores hîc erimus, nec ea quæ ex illis locis peti cōmodè possunt, repetemus. Sed tamen vt habeant etiā qui hæc sola legent, in quo sibi satisfaciant, dicemus obiter. De tacita quidē vulgari an testatoris matrem excludat, superuacuam esse disputationē, cùm huiusmodi vulgaris substitutio tacita, vt iam diximus, nulla sit, quæ tamē si aliqua esset, matrē ipsius etiam testatoris excludere proculdubio deberet, quādoquidem vulgaris substitutio qualiscunq; tandem illa sit, siue expressa, siue tacita, nihil aliud est quàm secunda institutio, à qua incipere testamentū pōt & debet postquā prima defecit, quo admisso nullus legitimę successioni locus relinquitur, nec proinde matri ab intestato tantùm succedenti, quia tritum est, quandiu deferri hereditas ex testamento potest non deferri eam ab intestato. De tacita verò pupillari non posse dubitari apud eos qui iuris rationem callent, quin locum habeat etiā contra matrem. Nempe quia testamentum filij est cuius vtiq; interest habere testamentarium heredem potiùs quàm legitimum, siue honorem inspicias, quoniā nihil habet ciuis Romanus honorificentius factione testamenti, siue vtilitatem quòd pupilli salus sit lōgè tutior minúsq; exposita insidiis agnatorum dato ei substituto pupillari presertim qui ignoretur, clausis, vt ob hanc rationem olim fiebat, tabulis pupilla-

pillaribus,nec nisi post pupilli mortem aperiri iussis, quemadmodũ tractat Iustin.*in §.fin autẽ quis ita.Inst.de pup.subst.* Atqui non pôt filius habere testamentarium heredem per substitutionem pupillarem,siue expressa illa sit, siue tacita,quin legitimi heredis cuiuslibet etiam matris exclusio inducatur. Cùm igitur nõ possit fauor matris ad luctuosam filij hereditatẽ admitti volentis tantus esse, vt non maior ipsius pupilli esse debeat ad habendũ rationem salutis & vitæ pupilli, quippe quæ successionis pupillaris causam tempúsq; præueniat, fatendum est non posse fauorem matris efficere, vt ob id solùm nulla pupillaris substitutio esse intelligatur,ꝙ si nulla esset,pupillo succedere mater ab intestato posset. Alioqui dicendũ esset futurum,vt ex euẽtu penderet ac non potiùs ex patris voluntate,& ex Marci cõstitutione,an vulgaris substitutio expressim facta filio impuberi cõtineret pupillarem necne, cùm in euentu dubio positũ sit,an filius in pupillari ætate moriturus sit ante matrem,an post matrem. Quod tamen absurdũ esset, quia pupillarem substitutionem tacitam inducit potestas constitutionis sola, quæ & hoc solùm requirit vt non refragetur voluntas testatoris *d.l.iam hoc iure. 4. de vulg.& pup.subst.* Nemo autem dixerit refragari voluntatem testatoris, ob id solùm ꝙ mater sit in medio:cũ nihil de matre pater dixisse proponatur. Sicut nec illud dici pôt.Eo tẽpore quo pater vel testatur,vel moritur,inducendã quidẽ potestatem cõstitutionis,sed sub illa conditione,si ante filiũ mater moriatur [quod tñ dicendum esset,si sententiã interpretũ sequeremur.] Nec enim lex quicquã facit vnquã sub cõditione, sed vel purè,& præcisè vel nullomodo. Itaq; vel iã tum cùm pater testatur, aut saltem cùm moritur, facta impuberi filio substitutione vulgari expressa,locũ habere incipit cõst.D.Marci,vt exinde certũ esse incipiat moriente quandocunq; impubere futurũ vti debeat substitutus admitti iure pupillaris substitutionis,& quidẽ omnimodo, i.siue tùm mater in medio erit,siue non. Vel ex eo testamenti mortisvè tẽpore certum est nunquã admissũ iri substitutũ in casum pupillarem, nec si filius post matrem decedat impubes.Pendère namq; ex futuro ac incerto euentu potestas cõstitutionis non pôt:nec quemadmodũ voluntas testatoris plerásq; tacitas cõditiones,recipit per interpretationem, *vt in l.cùm auus.102.de cond.& demõst.*ita & potestas legis tacita vnquã cõditione suspenditur,nisi quę sit omnino ex natura actus,vt *in l.si ita legatũ.65.§.1.de leg.1.l.aliquando.107.de cõd.& demõst.* Neq; moueri debuerunt interpretes *ex d.l.precibus.* in cuius specie is qui pupillo substitutus erat in casum vulgarem expressum non admittitur in pupillarẽ,nõ quia mater esset in medio,vt volunt nostri,sed quia substitutio à patre milite facta proponebatur, in cuius testamento speciale est,vt constit.D.Marci de protrahendo casu vulgari ad pupillarem locũ nõ habeat, quoniã testamenta militum sicut aliam legem nullã habent, nisi vt nullis legibus regantur,ita ex nuda militũ voluntate æstimanda sunt, non ex legibus aut Imperatorum constitutionibus,quæ legum vim obtinent,interpretanda.*l.in testamento.6.C.de test.milit.* Idq; est quod significãt verba illa Imperatorũ *in d.l.precibus.maritus quondam tuus miles defunctus.*Et rursum, *siquidem in patris militis positus potestate*,vt mirum sit in re tam aperta,iámq; à recentioribus ferè omnibus bene obseruata [si Cuiacium excipias quem pene incredibile est,tam grauiter errasse *lib.12.obser.c.27.in fi.*]tot tãtósq; interpretes vltro cęcutiisse.Quod verò à Iustin.constitutũ est *in l.vlt.C.de inst.& substit.*vt mater substituto pupillari præferatur, non eam rationem habet,

quasi senserit Iustinianus ex ratione iuris mentéque testatoris generaliter constituendum esse quod interpretibus placet, vt tacita pupillaris nunquam inducatur contra matrem, sed ex specialibus facti circunstantiis deducitur, quæ si in specie illa non interuenissent, aliud vtique constituturus fuerat Imperator, etiamsi mater in medio fuisset. Duæ autem potissimùm circunstãtiæ aderant, quæ pro matre valde vrgebant. Vna erat quod substitutus vocatus fuerat non in casum illum generalem vulgaris substitutionis, *Si filius posthumus heres non esset*, sed specialiter in illum *si posthumus non nasceretur*, qui casus etsi non eo minùs admittebat constitutionem Diui Marci [alioqui etiam sublata de medio matre, substitutus admitti in casum pupillarem nunquam posset] difficilius tamen recipiebat hanc interpretationem quàm ille generalior, *si posthumus heres non esset*, quia quo specialior casus est qui expressus fuit, eo difficilius recipit interpretationem ne illa non tam interpretatio, quàm extensio & suppletio dicenda esse videatur. Cúmque constitutio Diui Marci non aliter locum habeat, etiam in testamentis paganorum quàm si patris voluntas non refragetur. *d. l. iam hoc iure. ad finem*, nemo non videt patrem qui substitutum vocauit in eum nominatim casum quo mater nulla esset, id est, quo posthumus nõ nasceretur [nec enim potest esse mater cuius filius nullus est, nec rursum filius qui editus nunquam fuit, *l. in falcidia. 9. §. 1. D. ad leg. Falcid.*] non similiter cogitasse de illo vocando in eum casum quo posthumus nasceretur & postea decederet superstite matre siquidem ea ratione fieret, vt à luctuosa filij hereditate excluderetur mater, quam testator matrem futuram esse non credidisset, in eum casum quo substitutus admitteretur. Altera erat circunstantia, quòd mater instituta erat ex parte hereditatis, datáque coheres posthumo etiamsi posthumum aliquem nasci contingeret. Inde namque voluntatis coniecturam magnam sumebat Papinianus, quòd pater noluisset à luctuosa filij hereditate excludi matrem, quam in propria sua hereditate ipsi quoque filio coheredem dedisset. Ergo si neque coheres data mater fuisset, neque substitutus in eum specialiter casum vocatus, quo posthumus non nasceretur, immò si alterutrum istorum defuisset, non est dubitandum quin consensuri fuerint Papinianus & Vlpianus in respondendo pro substituto cõtra matrem. Nam nec Iustinianus ipse dissimulat, quin eius cõstitutionis & species & ratio sit singularis, nec facilè ad alios casus porrigenda, vt ostendunt verba illa *in huiusmodi casu*. Et verò quis dicat post Marci constitutionem si quæratur an vulgaris expressa facta verbis illis generalibus, *si posthumus heres non erit*, ad pupillarẽ trahenda sit, volũtatis esse quæstionem? Cuius enim effectus & potestatis esset, ea cõstitutio si saluam relinqueret quæstionem voluntatis? Fateor quod iam dixi non esse constitutioni locum si patris voluntas refragetur. Sed dico ei incumbere qui substitutum excludere vult, vt probet voluntatem patris refragari, non autem substituto esse imponendam necessitatẽ, vt probet à suis partibus esse testatoris voluntatem. Nec si mater sit in medio, præsertim si ponas factam fuisse substitutionem vulgarem filio impuberi iam nato. Alioqui non erat cur Vlpianus, Papinianus, & Iustinianus cõciperent quæstionẽ in posthumo & in substitutione facta in eum nominatim casum quo posthumus non nasceretur, denique cur tot vndique rationes tacitæ voluntatis pro matre conquirerent, maximè ex eo quod fuisset filio coheres data si vna illa ratio sufficere poterat, quod mater esset solam autem matris præsentiam non

facere

facere vt eo minùs tacita pupillaris inducatur effectúmque habeat etiam contra matrem, perinde ac contra quemlibet alium legitimum heredem, apparet manifestißimè ex *l. Lucius.45. D.de vulg.& pupill. subst.* in cuius specie reciproca substitutio, quæ non alia est quã vulgaris expressa, inter fratres facta, matre in medio existente pupillarẽ tacitã non idcirco non continet ꝙ mater in medio esset, at quia vt lex ait, non eius condicionis ambo fratres erãt, vt substitui pupillariter vtriq; posset: cũ alteruter naturalis esset, hoc est in seruitute susceptus, vt *in l. Lucius.88.§. Dama. in fi.de leg.2.*& cõsequenter nõ ex iustis nuptiis, quæ scilicet inter seruos esse nõ posũt, nec proinde in patris potestate. Neq; habẽt interpretes nostri quod respõdeãt. Nisi quod in ea specie substitutus erat ex liberis, quẽ propterea verisimile erat ex voluntate patris præferendum matri, in eóque melioris conditionis esse debere quàm extraneum: quo nomine intelligunt omnem qui non sit ex liberis etiamsi sit frater testatoris. Sic enim Accursius, Bartolus, & cõmuniter cæteri *ad d.l. precibus.in glos.magna.*& idem Bart. *ad d.l. Lucius.num.1.* Prorsus improbabiliter. Etsi enim non nego maiorem æquitatis & fauoris rationem plerunque facere pro liberis, quàm pro extraneis, vt in specie *d. l. cum auus. 102. De condic. & demonstr. l. cùm acutißimi. 30. C. de fideic.* Attamen cùm de pupillari substitutione siue expressa siue tacita disputatur, non tam substituti quisquis ille sit quàm impuberis, cui substitutio fit, fauor inspicitur, cuius solius gratia & ius substitutionis pupillaris moribus populi Romani inductum, & constitutio Diui Marci de casu vulgari ad pupillarẽ porrigendo lata fuit. At impubes non potest non esse ex liberis testatoris, vt conuenit inter omnes. Cùm igitur omnes etiam fateantur meliorem filij testatoris quàm matris condicionem esse debere, consequens fit, vt quoties voluntas non obscura testatoris minimè refragatur, ea semper interpretatio capienda sit quæ faueat substitutioni, quamuis inde futurum sit vt mater in totum excludatur, siue proponas filium testatoris siue extraneum fuisse substitutum. Idque meo iudicio non ineleganter probari potest, ex elegãti illo Scæuolæ responso, quod extat in *l. Scæuola.76.D. ad S.C.Trebell.* vbi cùm substitutio pupillaris inutiliter impuberi facta proponeretur, quòd in codicillis scripta fuisset, atque ita certum esset vniuersam pupilli hereditatem iure legitimo ad matrem superstitem pertinere, non dubitat tamẽ Scæuola, quin benigna interpretatione defendenda sit illa pupillaris substitutio iure fideicommissi, vt mater eam pupilli hereditatem substitutis planè extraneis ex fideicommisso restituere obligetur. Nam si substitutio pupillaris etiam ipso iure inutilis defenditur benigna interpretatione contra matrem, vt in fideicommissum conuertatur, quanto magis fuit Scæuola admissurus pupillarem tacitam vtilem ex vulgari expressa etiam vtili inducendam, concurrente fauore non modò substitutorum & tuendæ voluntatis pupilli, sed ipsius etiam impuberis vt cum testamento decessisse videri posset, quamuis ea ratione futurum esset vt legitimum ius matris læderetur? Ac sanè quid potest absurdius excogitari quàm vt dicamus cum Bartolo, tacitam pupillarem ob id potissimùm admittendam non esse contra matrem, quod ipsa de filij testamento inofficioso non possit conqueri aduersus pupillarem substitutum? Quænam obsecro ista ratio est, vt totam pupilli hereditatem habere mater debeat, ob hoc solũ, ꝙ alioqui nec legitimã esset habitura? Nã si impuberis patri cõceditur matrẽ etiã à legitima portione impunè remouere, nec volũtatis qua-

stio vlla relinquitur cùm expressa substitutio pupillaris facta est, an legitima quoq; matrem impuberis exclusam esse pater voluerit, quidni eidem licebit idem assequi substituendo filio vulgariter, postquam Diuo Marco placuit sufficere quod substitutio facta sit impuberi in primum casum vt in secundũ quoq; facta esse intelligatur? An fortè difficilius est vt mater à tota hereditate filij, quã vt à legitima portione remoueatur? Atque ita eluditur secũda ratio Bartoli à nobis initio capitis relata, quæ tamen maioris momenti esse videbatur. Prior enim illa quod per vulgarem succedatur soli patri, per pupillarem verò soli impuberi, prorsus leuis est. Cum enim substitutum ex pupillari tacita matri præferendũ esse volumus, non argumẽtamur ab hereditate patris ad hereditatẽ pupilli, sed à pupillari expressa ad tacitã, & à tacita ad expressã, quod optimũ & certissimũ argumentũ est post D. Marci constitutionẽ, cuius definitio cùm sit generalis nec illã habẽs distinctionẽ quæ minimè prætermittenda erat. An mater superstes esset necne, videre nõ possum cur non sit etiã generaliter & indistinctè accipiẽda vulg. *l. de precio. 8. D. de publician. in r e act. l. in fraudẽ. 15. §. vlt. D. de mil. test.* At ex aduerso malè argumentãtur cõtra nos Bartolus, Cuiacius, & cæteri, *ex d. l. vlt. C. de inst. & subst.* cũ ab exclusione substituti dati posthumo nondũ nato, & in cũ specialiter casũ quo nõ nascetur ? argumentãtur ad exclusionẽ substituti in casu vulgari generalẽ expressum dati filio iam nato. Est enim longè diuersa horum casuũ ratio, præsertim cùm quæritur, non tam de admittendo substituto, quàm de matre excludenda ab hereditate vt supra dictum est, sed omnium suauissimus est Bartolus dum subtilem agit in excogitando nouo, vt ipse gloriatur, intellectu *d. l. vlt.* Et ratio qua mouetur vt aduersus Accursium sentiat, suauior. Ait enim non posse sibi placere vt ex ea *l. vlt.* inferatur, tacitam pupillarem contra matrem admitti non debere, quia inquit, hoc esse certum, iuris est certi & aperti *d. l. precibus.* Atqui in *d. l. vlt.* dicitur quod de illo casu erat contentio inter Vlpianũ & Papinianũ. Ergo non est dicendum quod ipsi dubitassent de eo, quod est ius apertum & clarũ. Itaque assumit pro certo & explorato quod nos falsissimum esse probauimus. Quid ergo noui habet quod adferat in quæstione iam iis temporibus tantopere agitata? Hoc vnum, quod vult in ea specie posthumum natum decessisse non adita hereditate, nec existentiam sui heredis ibi operari aditionem quòd inquit, posthumus haberet extraneum coheredem. *ex l. apud Iulianum. 11 §. idem Iulianus. D. ad S. C. Trebell.* Quæstionem verò illam proponi, Vtrum substitutus admitti debeat ex vulgari tacita in hunc casum an mater. Et responderi, quòd licèt ibi tractetur de hereditatẽ viri, tamen mater excludit substitutum, ex præsumpta voluntate defuncti, quia ipsam matrem instituit pro parte, & quia testator plus diligit matrẽ propter filios *l. cùm quis. 10. C. de natur. liber.* Et ideo est verisimile ait Bartolus quod velit hereditatẽ lucrosã ipsius defũcti ad eã pertinere & substitutũ excludi, nisi mater prior decedat, quia tũc admittitur substitutus, Et hic est casus singularis in illa lege Alias autẽ tacita vulgaris admittitur cõtra matrem impuberis, quia de eius impuberis successione tractatur Hæc ipsa sunt verba Bartoli, erroribus vndique redundantia. Primũ in eo quod ponit posthumũ natũ decessisse nõ adita hereditate. Quasi verò adeũdã habeat patris hereditatẽ posthumus qui ipso iure heres est, cũ sit suus & necessarius, cuiusque singulare hoc ius est vt & rũpat testamentũ succedendo & succedat rũpẽdo *l. 2. 3. & pass. C. de posthũ. hered. instit. l. nã etsi. §. vers. rũpẽdo. D. de iniust. rupt.* Secũdo in eo quod addit existentiã sui heredis nihil o-

perari propter datũ posthumo extraneũ coheredẽ. Hoc enim iã nos refutauimus *in Err.8.Dec.30.ex l.3.C.de iur.delib.* aliisque iuris locis. Tertio in eo quod vult quæstionẽ proponi de vulgari tacita & de ipsius patris hereditate cũ tamẽ apertissimè proponatur de tacita pupillari & de impuberis successione iis verbis *matrẽ magis ad eius venire successionẽ. Eius* scilicet *impuberis.* Immediatè siquidem præcedit *& impubere defuncto.* Quæ autẽ sequitur ratio idipsum demõstrat, *si enim sua substãtia partẽ vxori dereliquit, multo magis & luctuosã hereditatẽ ad matrẽ venire curauit,* luctuosam enim hereditatẽ vt Iustinianus loquitur, nõ vt Bart. ineptè legit *lucrosã*: pupillarẽ solã intelligit, ad id respiciẽs quod liberorũ hereditates etsi cõtra votũ naturæ & parẽtũ, tamẽ miserationis & pietatis ratione superstitibus parẽtibus deferũtur *l.scripto.7. §.vlt.D.vnd.liber.l.nã etsi.15.in princ.D.de inoff.test.l.iure succursum.6.D.de iur.dot.* Nec enim potest dici vxori luctuosa esse hereditas maritas mariti cùm iure ciuili cõiux cõiugi ab intestato nõ succedat, sed tãtùm iure prætorio ita demũ si cõsanguinei & propinqui nulli sint. *l. vnic.C. vnd.vir & vxor.l. 3.quor.bonor.* Estque apud Iustinianũ ἀσύνδετον in illis verbis *substãtia sua partẽ,* & *luctuosam hereditatẽ*, cùm iuxta Bartoli interpretationẽ scribi potiùs debuisset, *Si enim sua substantia partẽ vxori dereliquit, multo magis & aliam eiusdẽ substantia partẽ ad matrẽ venire curauit.* Quæ tamẽ ratiocinatio esset ridicula. Quomodo enim posset bona esse cõsecutio ab ea hereditatis parte quæ vxori disertis verbis data esset, ad eã in qua nec instituta ipsa fuisset, nec substituta? Et præterea quis fauor posset esse matris tanquam matris in ea hereditate quę nõ esset filij? Aut cur ea portio ad matrẽ peruenire deberet propter filiũ qui heres nũquã extitisset? Rursum quis vnquã audiit potiorẽ esse causã iuris adcrescẽdi in hereditatibus, quã subst tutiõis? Etsi.n.dici solet ius adcrescẽdi inter coheredes esse veluti tacitã quandã substitutionẽ *l.si Titio & Meuio.6.§.Iulianus.de leg.2.* id tñ tũc obtinet cũ indeficiẽte coheredis portione substitutus nemo fuit. Semper.n.substitutus præfertur coniuncto, dũmodo cõtingat casus substitutionis *l.quidã testamẽto.30.de vulg.& pup.subst. l.nũc.§.in primo.& §.fin an.ẽ aliquid.C.de caduc.tollẽd.* quoniã hominis prouisio tollit prouisionẽ legis, vt vulgo nostri ratiocinãtur quos refert & sequitur Mich.Crass. *in §.substitutio.quæst.14.* vbi addit idẽ quoq; placere interpretibus in vulgari tacita cõprehẽsa in pupillari, & quidẽ indistinctè id est tã etsi qualitas aliqua sanguinis vel adfectionis concurrat quæ pro iure adcrescẽdi facere videatur. Quod & ego libẽter admitterẽ si persuadere mihi possẽ aliquã esse tacitã vulgarẽ. Adieci *dũmodo cõtingat casus substitutionis* quia si pluribus simpliciter institutis alius simpliciter substitueretur is nõ tã vni ex institutis quàm toti gradui videretur substitutus. vt ex cõmuni cõcludit Crass. *dict.quæst.14.in fin.* probatúrq; *ex d. l.quidã* Atqui nõ negat Bart. cõtingere casũ substitutionis in proposita specie si posthũ.natus fuerit, & hereditatẽ vt ipse loquitur nõ adierit. Alioqui nec si mater in medio nõ esset, admitti deberet substitutus qui cõdiciõe defectus fuisset, quẽ tñ admitti vult Bar. si mater ante filiũ decesserit. Cur nõ ergo admittetur & matre in medio existẽte? Quãquã in eo quoq; errat Bar. ac multo grauius, q̃ putat substitutũ sub ea cõdicione, *si posthumus nõ nascetur,* admittendũ esse ex tacita vulgari etiã nato posthumo, si mater in medio nõ sit. Qua enim ratione põt admitti, cùm defecit casus in quẽ nominatim fuerat substitutus. Immo dicẽdũ est nullomodo videri eũ substitutũ ne quidẽ sub cõditione, vt in diuersa licet specie respõdit Modest. *in l.commodissimè.10.D.de liber.& posth.* Deniq; hoc vellem scire,

Vnde Bartolus hauserit vulgarem istam tacitam quam inducit non ex pupillari expressa, sed ex vulgari expressa quidem, sed in alium nominatim casum facta. Scio vulgarem substitutionem factam verbis illis generalibus, *si heres non erit*, continere duos casus qui licet specialiter expressi non sint, pro expressis tamen habentur, casum scilicet noluntatis & casum impotentiæ, vt interpretes loquuntur, ex quibus casibus qui posterior est, alios quoque plures sub se continet, cùm variis de causis fieri posit, ne is qui institutus fuit, posit esse heres etiãsi maximè velit. Sed nego substitutionẽ vulgarem factã expresse in casum noluntatis trahi posse ad casum impotentię aut cõtrà: neq; verò minùs necessaria esset in hanc rem constitutio aliqua, quàm fuit necessaria potestas cõstitutionis D. Marci, vt casus vulgaris substitutionis factę impuberi, traheretur ad pupillarẽ. Quòd si nec post illã constitutionẽ casus pupillaris expressus trahi põt ad vulgarem, i. vt loquar apertiùs, si vulgaris tacita nulla est, etiã quæ ex pupillari expressa induceatur, quemadmodum in præcedentibus contra interpretes à nobis disputatũ est, qua fronte possumus inducere sine iuris autoritate, ac sine exemplo nouã istam vulgarem tacitã, quę ex alia vulgari in contrarium nominatim casum expressa colligatur? Adde quòd cũ in specie *d. l. vlt. C. de inst. & subst.* posthumus natus patri heres fuerit suus & necessarius, nec vnquã aut ipse, aut alius quisquam ipsius nomine abstinuisse proponatur, nullus vulgari substitutioni, siue expressæ, siue tacitę locus relinquitur, quę nimirũ nunquã fit nisi in casum nõ agnitæ hereditatis. *l. post aditã. 5. C. de impub. & aliis subst. l. ex cõtractu. 44. D. de re iudic.* Tãtúmq; abest vt dicendũ sit, cum Bartolo impeditũ fuisse ius sui heredis propter adiectũ extraneum coheredẽ, vt è contrario vel ex vno illo maximè loco probare liceat. Suũ heredem etiam cui extraneus coheres adiectus sit, nõ eo minùs suum heredẽ manere, & consequenter nõ solùm ipso iure heredẽ esse, quãuis se abstineat, verùm etiam à pretore loco heredis haberi in omnibus si se non abstinuerit. Nec enim dubitandum est quin siue Vlp. & Papin. siue Iustinianũ consulas, admittatur substitutus in ea specie quã tractamus, non ex vulgari substitutione expressã, quę proculdubio defecit nato posthumo, cùm facta esset sub ea cõditione, *si posthumus non nasceretur*, neq; rursum ex vulgari tacita, quę omnino nulla est, saltẽ quę ex vulgari expressa induci queat aut debeat, sed ex pupillari tacita, quã ex vulgari expresa elicit nõ cõiectura voluntatis aut interpretatio prudẽtum, sed autoritas cõstitutionis D. Marci, quæ si non esset, nullomodo certè substitutus admitteretur, quod & cæteris omnibus interpretibus cõtra Bart. video placere, qui has Bartoli ambages & phantasiã vocant. Neq; tamen potest ea cõstitutio facere, vt omnimodo admittẽdus sit substitutus, sed ita demũ si vel posthumus editus nõ sit, quo casu non ex tacita pupillari admittitur, sed ex vulgari expresa, vel natus quidẽ sit posthumus, sed ante ipsũ mater decesserit, propter cõcurrentes hoc casu pro matre illas facti circũstantias, de quibus superiore cap. diximus, illã presertim ꝙ matrẽ impuberis pater ipsi impuberi coheredẽ ex parte dedisset. Inde naq; potissimũ fit nõ vt voluntas patris refragetur, ne vulgaris casus ex cõstit. D. Marci trahatur ad pupillarẽ [alioqui nõ traheretur, nec si predefũcta esset mater] sed vt volũtas refragetur ne trahi possit in preiudiciũ matris, cui si proprię substãtię partẽ pater reliquit, multo magis luctuosã impuberis filij hereditatẽ saluã relinquere voluisse intelligitur, quã tamẽ ademisse dicẽdus esset, si in hũc quoq. casũ superstite matre substitutũ inuitasse crederetur.

De alia vulgari tacita itémque de pupillari quæ in compendiosa continetur an excludat matrem postea dicemus.

ERROR SEXTVS.

De substitutione vulgari mixta vt vocant, partim expressa, partim tacita.

PRIMVS fuit Bartolus qui triplicem fecit substitutionem vulgarem, vnam expressam, alteram tacitam, tertiã mixtam, id est partim expressam, partim tacitam. Et rursus expressam triplicem. Vnam in genere, id est verbis generalibus, qualem esse vult eam quæ continetur sub reciproca & compendiosa, facta verbis generalibus, nec specialiter collata in casum vulgaris substitutionis, hoc est non agnitæ hereditatis. Secundam in specie, id est quæ fit expressa, verbis specialibus illis, *si heres non erit*. Tertiam singulariter & in indiuiduo, quæ vel vtrumque casum voluntatis & impotentiæ, vel alterutrum continet nominatim. Tacitam illam quæ sit omnino tacita, cuiusmodi ait esse illam, quę continetur in pupillari expressa facta in eum expressim casum, *si filius heres erit, & in pupillari ætate decesserit.* Alioqui si omissa sit prior illa pars conditionis, *si heres erit*, volunt nostri vulgarem illam tacitam quæ sub pupillari expressa contineatur, non esse omnino tacitam, sed potiùs expressam verbis generalibus, & habere effectum expressæ substitutionis vulgaris. Mixtam denique duplicem, vnam quod ad verba quæ sit expressa in genere, & tacita in specie, qualis illa est quam idem Bartolus constituit primam speciem expressæ, id est quę in reciproca & compendiosa contineatur. Aliam quod ad casus cùm alteruter tantùm casus expressus est, vel impotẽtiæ vel noluntatis. Alterũ enim casum qui expressus non sit, in expresso contineri vult Bartolus, siue in hereditate, siue in legatis fiat substitutio. Sed tamen hoc ita demum, si substitutio facta sit in vnum casum sub conditione necessaria, qualis ea est quæ ponitur in formula Galli Aquilij, *si filius meus me viuo morietur*, non item si sub conditione voluntaria, cuius proprium ius est, vt impleri debeat in forma specifica. Item si facta extensione de casu ad casum remaneat eadem substitutio, tam in persona substituti, quàm in persona instituti, non etiam si varietur persona alterutrius. Denique nisi propter huiusmodi extensionem fieret, vt ea persona excluderetur, quæ à testatore magis dilecta fuisset. Ita Bartol. ad *d. l. 1. & ad l. si mater. §. si filius. de vulg. & pup. subst. & ad l. Gallus. §. & quid si tantum. de lib. & posthum.* cuius totam traditionem hanc, vulgo à ceteris probatam esse, testatur Mich. Grass. *in lib. Sẽtent. §. substitutio. quæst. 7.* Quàm tamen falsa & inepta sit, puto ex iis quæ iam diximus satis apparere. Nam cùm probauerimus tacitam nullam esse, quæ ex pupillari expressa induci possit, nè quidem post Marci constitutionem, illud omnino sequitur mixtam nullam esse. Quorum enim simplicia nulla sunt, eorum neque mixta vlla esse possunt. Nec absurdius quicquam dici potest, quàm vt substitutio expressim facta in vnum casum, porrigatur ad alterum, citra vllam constitutionem, & sola interpretum nostrorum autoritate, vt ex eo constat quod ante diui Marci constitutionem ne quidem

vulgaris casus trahebatur ad pupillarem, quamuis pupilli magnus fauor id suadere videretur. *d. l. iam hoc iure. in princip. de vulg. & pupill. subst.* Item ex eo quod ante Iustiniani constitutionem in *l. vlt. C. de posthum. hered. instit.* posthumus institutus in eum casum quo nasceretur viuo patre censebatur preteritus, si natus fuisset patre mortuo. Est enim lex illa vna ex quinquaginta Iustiniani decisionibus continens ius nouum & iuris veteris correctoriũ, vt apparet ex *l. commodissimè. 10. D. de lib. & posth.* Adde *l. Pater Seuerianam. 101. in princ. de cond. & demonst.* Et verò quid simile aut commune habet hic casus, *si heres esse nolet*, cum illo, *si heres esse non poterit.* Nam quod ait Bartolus, paria esse *nolle*, & *non posse*, *ex l. 1. §. vsus.* D. *de procurat.* non pertinet ad cõditiones, quas eius naturæ esse, vt in forma specifica impleri debeãt, nec Bartolus ipse diffitetur. *l. qui heredi. 44. l. Mænius. 55. D. de cond. & demonst.* Illa autem distinctio, An necessaria conditio sit, an voluntaria prorsus commẽtitia est, neque casum aut exemplum vllum habere potest in vulgari substitutione, in qua sicut necessarium est præponi conditionem nõ agnitæ hereditatis, ita voluntarium, an noluntatis casus tãtùm, an impotentiæ tantùm, an verò vterque exprimatur. Nec moueri debuit Bartolus ex eo quod scriptum credidit in *d. l. Gallus. 29. §. & quid si tantum.* In formula Galli Aquilij vnum casum porrigi ad alium. Nam in hac ratiocinatione triplex Bartoli error est. Primus, quod putat nepotem Aquilianum dicendum esse vulgarem substitutum, cùm tamen passim à Scæuola & aliis Iureconsultis dicatur institutus, tota *d. l. Gallus. & in d. l. si mater. 33. §. si filius. de vulg. & pup. subst.* nunquam substitutus, quippe cui primo gradu & loco non secundo vt substitutis omnibus, defertur hereditas, quamuis filium quoque institui necesse sit. *d. l. Gallus. §. in omnibus.* nec posit vnquam fieri vt filius & nepos ad hereditatem simul admittantur: qua ratione duo heredum gradus esse dicuntur in *l. cùm in testamento. 37. D. de hered. instit.* vt explicauimus *lib. 9. Coniect. cap. 11.* Secundùs, quod existimat Bartolus eam esse Scæuolæ sententiam in *d. §. & quid si tantùm*, vt casus vnus à testatore expressus in formula Galli Aquilij, ad aliũ non expressum porrigatur, quod non ita est. Id enim tantùm sibi vult Scæuola, quamuis Galli Aquilij formula concepta sit in casum mortis duntaxat, tamen ad similitudinem casus mortis permittendum esse testatori, vt alios morti similes casus exprimere posit per quos æquè fiat, vt filij persona non obstet nepoti, quominus nascatur ille suus heres auo, quod etiam pluribus à nobis explicatum est *dict. lib. 9. cap. 3.* Tertiùs, quòd cùm Scæuola in *d. §. & quid si tantùm*, non porrigat casum mortis ad alios quoslibet, sed tantum ad similes, id est qui æquè sint casus impotentiæ, & per quos fiat ne filius ex quo speratur posthumus nepos, patri suo suus heres esse posit. Bartolus tamen eum porrigit etiam ad casum noluntatis. Quasi defendenda sit institutio nepotis Aquiliani, etiamsi filius institutus superuixerit patri, neque tamen ipsius heres esse voluerit, quod certè ridiculum est, & à iuris ratione quæ Galli temporibus vigebat, alienum. Siquidem non poterat tùm institui posthumus nisi qui suus eset. Suus autem esse non poterat nepos qui anteuertebatur à patre quantumlibet se abstinente. Nec melius est aliud argumentum, quod adfert Bartolus ex *l. Titius. 25. §. 1. D. eodem titul. de liber. & posthum.* Tantùm enim abest, vt verum sit quod ille putat, & post eum cæteri vulgo, in ea specie fauore testamenti, & propter ignorantiam testatoris natum haberi pro non nato, quasi testator haud dubie, fuerit aliter prouisurus si

rus si sciuisset natum quem in vtero esse credebat. Vt è contrario non alia ratione moueatur Paulus, nec moueri potuerit ad eam institutionem iure ciuili defendendam, quàm quòd editus fuisset partus antequam testamentum scriberetur, cùm ex eo fieret, vt non posset videri institutus posthumus alienus, qui eo iure institui nullomodo potuisset, nec à volēte testatore. Adeò vt dubitandi causa ea esset apud Paulum, quod testator neptis suę filiū instituisset, tanquam alienum posthumum, cùm testamenti tempore editū illū fuisse ignoraret. Hoc enim significant verba illa, *licèt ignorante testatore*. Ob idq; non sic Paulus loquitur, vt dicat institutionē valere quāuis neptis testatoris enixa esset ante scriptum testamentum, sed contrà, ita demum valere si enixa esset prius quàm testamentum scriberetur, hoc est ideo valere, quod eo tēpore iam esset enixa. Illa nāque ratio dubitandi quam nostri adferunt, quòd hîc neptis filius non videretur institutus, cùm testamenti verba relata essent ad id quod neptis in vtero, tum gestabat leuissima sanè est, cùm cōstaret de corpore de quo sensisset testator: & error tantùm esset in demonstratione quę ex improuiso euentu falsa reperiebatur, cùm tamen veritatis primordiū aliquod habuisset, vt loquitur Papinianus licet in specie dissimili in *l. cùm filius. 76. §. heres meus. de leg. 2.* Ceterùm nullus ibi erat expressus casus, nulla condicio inquam esset institutio collata. Nec proinde vllum ex eo loco argumētum sumi potest pro Bartolo, vt probetur institutionem vel substitutionem in vnum casum factam ad alium porrigi posse vel debere, si bene Pauli mens & ratio percipiatur, quā nec nos benę perceperamus cùm de ea scribebamus *lib. 9. Cōiect. cap. 2.* Mixta igitur substitutio vulgaris quod ad casus nulla est. At neq; quod ad verba. Nā quę secundum interpretes continētur in reciproca, & in cōpendiosa eā vulgaris expressa omnino est vel penitus nulla. Expressa omnino est, quę reciproca, i. cùm pluribus heredibus scriptis, siue puberibus, siue impuberibus, testator adiecit, *eósq; inuicē substituo, vt in d. l. 4. l. coheredi. 41. §. qui discretas. & §. qui patrē. l. Lucius. 45. de vulg. & pup. subst.* Substitutionē enim vulgarē facit quidem conditio illa, *si institutus heres non erit*, sed nō expressio cōditionis. Nā & ipsum *substituendi* verbū per se prolatū sufficere potest ad vulgarē substitutionem exprimendā, acsi adiectū esset *vulgariter*, cùm propriè nulla sit substitutio nisi quę est vulgaris. Siquidē substitutio nihil aliud est quā secunda institutio, vel quod effectu idē est secūdi heredis institutio, vt est apud Vlp. & Caiū in Instit. eáq; æstimāda nō ex ordine scripturę, sed ex gradu. Gradus aūt ex delatione, vt is cui primo gradu defertur hereditas, institutus: cui verò defertur secūdo gradu, is demū substitutus verè sit. Atqui nō alij substitutioni quā vulgari hęc definitio cōuenit, ac ne quidē pupillari, quia licèt substitutus pupillaris sēper instituatur secūdo loco, vtpote cuius institutionē pręcedere debeat institutio paterni heredis *l. 2. §. prius aūt. eo. tit. de vulg.* nūquā tū ei defertur secūdo loco & gradu hereditas, neq; patris neq; filij: nō patris, quia vel ponimus institutū pupillū fuisse vel exheredatū. Si institutū, ita hereditas patris acquiritur filio quē ponēdū etiā est patri superstitē, atq; ita suū ex testamēto heredē extitisse, vt fiat patrimoniū filij desinátq; esse hereditas patris, itavt moriēte postea pupillo defteratur substituto pupillari, nō tanquā hereditas patris, sed tanquā hereditas filij, in qua patrimoniū quod patris aliquādo fuit, reperiatur. *l. sed si plures. 10. §. filio. eo. l. paterfam. 28. de reb. autor. iud. poss.* Si verò exheredatū, nihil vnquā iuris eo casu habuit filius in hereditate patris, nec pinde ipsi' substitutus, saltē

quatenus substitutus. Quomodo igitur aut quo sensu posset substitutus pupillaris dici secundo gradus institutus? Ergo nec verè substitutus est si verè est vt est quæ à nobis ex Vlpiano & Caio allata fuit definitio substitutionis. Et consequenter fatendum est substitutionis nomine simpliciter prolato, vulgarem substitutionem totam significari, & nihil referre cum testator aliquem simpliciter substituerit, an cum adiectione illa *vulgariter*, vt vulgaris substitutio facta intelligatur. Quemadmodum itaque ridiculus esset qui diceret non esse omnino expressam vulgarē substitutionem, sed partim expressam partim tacitam, quæ ita facta esset *Titius heres esto, Titio Sempronium vulgariter substituo*, quãuis non fuisset expressim adiecta conditio illa, *si Titius heres non erit*] nam & omissa dictione *vulgariter*, solam tamen substitutionem vulgarem non etiam fideicommissariam supradictis verbis contineri vulgo creditum est & rectè post Bartolum *ad l. Centurio. eod.* vt attestatur Anton. Gomez. *variar. resolut. tom. 1. cap. 3. num. 4. & 5.*] Ita nec minùs ridiculi sunt nostri qui volunt vulgarem quæ in reciproca continetur mixtam esse & partim expressam, partim tacitam, ob id solum, quòd non habeat expressam specialiter condicionem illam, *si heres alteruter non fuerit.* Quid enim aliud est reciproca substitutio quàm vulgaris mutua & expresse substitutio? Aut quid potest referre ad faciendam expressam substitutionem vulgarem an condicio sit expressa, quæ etiam cùm omissa est, necessariò subintelligi deberet? Cùm enim substitutio quælibet. dispositio sit *l. verbis legis, 120. de verb. signific.* tritum autem sit verba condicionalia non disponere *l. si quis sub condicione. 8. D. si quis omiss. caus. testam.* apparet æstimandam esse vulgarem expressam substitutionem, non ex conditionalium verborum, sed ex dispositiuorum expresione. Sufficit igitur expressum esse verbum *substituendi* nulla etiam expressa conditione. Nam & sola eius verbi proprietas, vim & potestatem exprimit vulgaris substitutionis, quandoquidem ex latini sermonis ratione substitui dicitur id omne, quod in alterius locum subrogatur. Herede autem aliquo instituto fieri nequit vt alius in locum eius subrogetur, nisi in solum eum casum, quo heres ipse non erit: propterea quòd qui semel heres fuit, cùm semper heres maneat, alij locum facere amplius non potest. Quæ cùm ita sint, tacita vulgaris substitutio nulla esse potest quæ in reciproca contineatur, nisi eo plane sensu quo vellet quis tacitam dicere illam quoque substitutionem vulgarem, quæ sic facta esset, *Si Titius heres non erit, Sempronium substituo.* tantùm ob id quòd neuter casus specialiter aut vt loquuntur singulariter expressus esset, neque voluntatis neque impotentiæ. Quod verò ad eam pertinent quam nostri volunt in compendiosa contineri, eam si probanero nullam esse, statim etiam probanero tacitam dici non posse. Quia quod non est id, neque expresum neque tacitum dici posse certum est. Nulla autem esse probatur facilè, non ex eo solum quod ius & nomen compendiosæ substitutionis commentitium, & Doctorum nostrorum imperitiæ merum inuentum est, vt in sequentibus docebitur, sed ex eo quoque quod etiamsi aliqua eset compendiosa substitutio qualem sibi fingunt interpretes, cùm testator ita scripsit *Filius meus heres esto, Quandocunque filius meus decesserit Titium substituo,* nullus tamen vulgaris substitutionis ex huiusmodi verbis inducendæ color est, cum neque mors neque tempus faciat vulgarem substitutionem, sed solus casus non agnitæ hereditatis: qui casus nec expresè nec tacitè con-

inetur in substitutione facta filio impuberi heredi scripto, quem scilicet & ratio iuris & voluntas testatoris imperantis vt heres sit, suum ac necessarium heredem facit, nec patitur heredem nō esse aut heredis loco nō haberi quod ad hoc vt substituto locus fiat, [nisi adiecta sit expressim condicio illa, *si heres non erit*, quæ ex verisimili patris voluntate tum quoque impletur cùm filius se abstinet, tametsi maneat heres ipso iure vt suo loco explicauimus.] Adeo vt si patri superuiuat quamuis ab hereditate paterna se abstineat, non possit tamē admitti substitutus etiam qui verè pupillaris sit, nisi mortuo demum pupillo. *d.l.paterfamilias:* quo tempore non ex tacita vlla vulgari admittitur, sed ex pupillari expressa, vt probant verba *d.l.paterfamilias.* Ex quo loco omnium manifestissime coniicitur, quod placet nostris post Baldum *ad l.precibus.* Cùm pupillaris substitutio facta est omissis illis verbis *si heres erit*, vulgarem contentam sub expressa pupillari, non esse omnino tacitam sed expressam verbis generalibus & habere effectum expressę substitutionis vulgaris, quod & refert & probat *Mich. Crass.in §.substitutio. quæst.7. nu.6.* Nam in specie *d.l.paterfamilias*, omissa erant verba illa *si heres erit* neque tamen substitutio vlla vulgaris esse intelligitur pro substituto pupillari, ne quidem tacita nedum expressa, & ob id non admittitur substitutus viuo pupillo quantumuis abstinente qui tamen admitteretur si nō ad hereditatem saltem ad bona si per expressam vulgarem substitutus fuisset *l.ex contractu.44.D. de re iudic.* Immo & si qua alia ratione impediretur ne viuo pupillo succedere patri posset, puta quod substitutionis pupillaris condicio mortē pupilli demonstrasset, adhuc tamen dicendum esset saltem defuncto impubere admittendum substitutum ad patris hereditatem nec cogendum etiam succedere pupillo si forte pupillarem hereditatem suspectam haberet. Nam & idipsum contingeret si ille impuberi per vulgarem expressam substitutus fuisset, cùm per vulgarem alij quàm testatori succedere nemo possit, tantum abest vt sit cogendus. Et tamen placet Ianolego *in d.l.paterfamilias.* in omni ære alieno quod patris aut filij fuit substitutum obligari nec ei permittendū vt separet hereditates quæ in persona impuberis semel iunctæ fuerunt. Nēpe quia non ex vulgari vlla siue expressa siue tacita potest succedere qui expressim pupillariter substitutus fuit, sed tantùm ex pupillari expressa: vt modo dicebamus. Quòd si pupillaris etiam expressa siue condicionem illam habeat *si heres erit* siuè non habeat, vulgarem nullam continet ne quidem tacitam, quanto minùs continebit ea quæ ab interpretibus compendiosa appellatur, quæ nec alio colore potest videri continere quam quia cōtineat expressam pupillarē saltem verbis generalibus vt loquuntur interpretes quæ ipsa vt iidem volunt continet tacitam vulgarem ex Marci constitutione. Quamuis enim sæpius dixerimus, in quo perstamus constitutone Diui Marci factum non esse vt casus pupillaris trahatur ad vulgarem sed è contrario tantùm vt vulgaris in fauorem pupilli trahatur ad pupillarem, maior tamen erroris prætextus est pro iis qui tacitam aliquam vulgarem in pupillari expressa contineri volunt, quàm pro iis qui in compendiosa. Cùm Marci cōstitutio de vulgari & pupillari substitutione locuta sit, licet non eo sensu, De compendiosa verò nullomodo, vt neque a'ius quisquam ex prudentibus nostris aut ex Imperatoribus. Sed de hoc latiùs nobis dicendū erit cū tractabimus de cōpendiosa & de reciproca. Iā igitur cōcludamus vulgarē substitutionē vnius tantùm esse & generis & speciei quæ scilicet fit in casum nō ag-

nitæ hereditatis, nec quicquam referre, an casum illum testator expresserit, an verò heredi scripto aliquem simpliciter substituerit, siue puberi, siue impuberi. Nisi quòd cùm impuberi vtrouis modo facta vulgaris substitutio est, ea ex D. Marci constitutione pupillarem quoque continet, non etiā cùm facta est puberi vel extraneo. Nec rursum an substitutio facta sit generaliter in casum hereditatis non agnitæ nullo expresso speciali casu, siue noluntatis, siue impotentiæ. An vtroq; casu illo expresso, an alterutro tantùm. Nisi quòd cùm alteruter tantùm expressus fuit, alter qui omissus est pro omisso habetur, ita vt si eueniat non eo magis admittatur substitutus tanquā conditione defectus, præterquàm si impuberi facta substitutio sit, quo casu vulgaris etiā in vnū duntaxat casum facta perinde trahitur ad pupillarem ex Marci constitutione acsi vel simpliciter neutro casu expresso vel in vtrumq; casum nominatim facta esset *d. l. vlt. C. de instit. & subst.* Eodem pupilli fauore qui constitutioni causam dedit, hanc quoque interpretationē verbis constitutionis non repugnantibus inducente.

ERROR SEPTIMVS.

De vulgari substitutione facta filiofamilias repudianti, vel per iniunctum heredi onus restituendæ hereditatis, si heres non erit.

SCRIBIT Iustinianus *in §. vlt. Instit. de vulgar. substit.* verba illa, *si heres non erit*, quæ in vulgari substitutione adiici solent in eo quidem quem alieno iuri subiectum esse testator scit, ita esse accipienda. Si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit. In eo verò quem patremfamilias esse arbitraur, illud significare. Si hereditatem sibi vel ei cuius iuri postea subiectus esse cœperit, non adquisierit. Quod & ante Iustinianum scripserat Iulianus in *l. si paterfamilias. 40. D. de hered. instit.* vbi tractat, si paterfamilias Titium quem ingenuum esse credebat heredē scripserit, eique *si heres non esset* Sempronium substituerit, deinde Titius quia seruus erat, iussu domini hereditatem adierit, Sempronium in partem hereditatis admitti & idcirco duos semisses in hoc casu faciendos esse ita vt as inter eum qui dominus instituti heredis fuerit & substitutum æquis portionibus diuidatur. Sic enim locus ille legendus est, & corrigendus vt feliciter & præclare Cuiacius noster obseruauit. Constátque ex eo quod in *l. seq.* subiicitur ex Pomponio, cum Parthenius quidam Cæsaris seruus heres scriptus esset tanquam ingenuus, & Cæsaris iussu hereditatem adiisset, diuisam postea fuisse hereditatem inter Cæsarem & eum qui Parthenio fuerat substitutus. Non iniquo temperamento, cùm mera iuris ratio faceret pro domino, at testatoris voluntas pro substituto. Quid enim aliud est diuisam fuisse hereditatem inter Cæsarem & substitutum, quàm quod vult Cuiacius, datum semissem vnum Cæsari alium semissem substituto, non quod volunt interpretes, ideo fieri duo semisses, vt vnus inter dominum serui & substitutum diuidatur, alius totus domino soli detur. Quæ distributio nullam prorsus habet rationem cùm tanto maior esse debeat fauor substituti quàm domini, quanto potior est cæteris omnibus voluntas testa-

tas testatoris in testamentis interpretandis. Testator autem non poterat cogitasse de domino, cùm institueret eum quem ingenuum esse arbitrabatur. Itaque pro substituto facit non tantùm voluntas testatoris, sed etiam vis verborum. Siquidem verum est heredem non esse illum qui cùm seruus sit hoc ipso est incapax adquirendæ sibi hereditatis. Et quod facit heredem dominum, ex mera iuris ratione fit & ex concurrente voluntate testatoris eo demum casu quo non fallitur ille in cōdicione heredis instituti non ex vi & potestate verborum, quæ nec aliud significare possunt quàm quod testator noluit. *l. cùm proponas.* 3. *C. eod.* Sed tolerabilis est hic error interpretum cui corrupta legis lectio causam dedit. Etsi non facilè ignosco interpretibus verba legum quantumlibet mendosa sectantibus nec in eo laborantibus vt rationem inuestigent, ne quid contra rationem legibus cautum videatur, non magis quàm si & ratione & iudicio carerent. At ferre illud non possum, quod tam præcipitem errandi occasionem inde sumpserint, existimantes si testator instituerit alicuius filium familias heredem, eique substituerit vulgariter deinde filius repudiauerit, excludi substitutum quasi condicione defectum quod filius repudiando fecerit heredem patrem. Hanc enim communem esse nostrorum opinionem testatur. *Mich. Crass. in §. substitutio. quæst.* 8. *num.* 5. *& quæst.* 9. *num.* 4. *post Alex. in dict. l. cùm proponas. num.* 4. *& & Rip. in l.* 1. *num.* 156. *de pupill. subst.* Quæ sententia quàm falsa sit, ratio ipsa qua mouentur vt eam confirment, sola ostendit. Nec enim fieri potest vt filiusfamilias, heredem patrem faciat repudiando, quem faceret adeundo. Nisi fortè putamus absurdum non esse, vt quantum ad hoc nihil distet inter aditionem & repudiationem. Non inficior ita comparatum esse ex ratione iuris vt per filium heredem institutum pater heres fieri possit. Sed dico non aliter id contingere, quàm si filius adeat hereditatem & quidem iussu patris, quem iussum ideo præcedere necesse est vt aditio valeat, ex eáque hereditas acquiratur *l. qui in aliena.* 6. *l. si quis mihi bona.* 25. *§. iussum. & seqq. l. filiusfamilias.* 92. *D. de acquir. heredit.* Nam neque seruus heres institutus aliter dominum suum facere heredem potest, quàm si adeat iubente domino ita vt vtriusque voluntas cōcurrat & domini & serui, cùm possit seruus si velit etiam nolle adire atque ita locus facere substituto *d. l.* 3. *C. de hered. instit. d. l. qui in aliena. §. vlt. alias l. eum qui metu verborum. de acquir. hered.* Quod si peruicacia serui non dicam repudiantis hereditatem cuius scilicet repudiandæ ius non habet, sed nolentis adire non solùm heredem non facit dominum sed etiam vsque adeo nocet domino vt aperiat locum substituto, quãto minùs dicendum erit repudiationē filij familias posse facere hoc ipso heredē patrem? Nã & in eo plus iuris habet dominus quàm pater, quod domino & ignoranti & inuito acquiritur per seruū ex omnibus pene causis, i. ex vniuersis cęteris præterquã ex hereditaria *l. etiã.* 32. *D. de acq. rer. dom. l. seruum vetando.* 62. *de verb. oblig.* non etiã patri per filium. Et ē cōtrario plus iuris habet filiusfamilias quã seruus, in hoc quod patre nolente sibi acquiri filiusfamilias acquisitionis capax est, cuius omnino incapax est seruus. *l. cogi.* 16. *§. si pater. l. imperator.* 50. *D. ad SC. Trebell. l.* 1. *C. qui admitt. ad bon. possess.* Nam ex hoc illud fit, vt scripsimus *lib.* 7. *Coniect. cap.* 9. Vnde etiam est quod delatam filiusfamilias hereditatem, si pater repudiet sine filio nihil agit, vt præiudicet filio, sed sibi tantùm nocet. *l. is qui heres.* 13. *§. vlt. de acquirend. hered.* sicut nec filius repudiando, sine patre noceret patri, quominus eo

postea mandante adire posset, patrique hereditatem acquirere, quamuis sibi ipsi non posset eam acquirere quam semel repudiasset. *l.4.C.eod.* Itaque vnum illud est, in quo fauere patri possumus cùm filius sine patre hereditatem repudiauit, vt non idcirco prohibeatur pater heres fieri per filium, si mandare ei velit vt adeat, quia nec nouum est vt alieni liceat contra proprium factum venire, si modò alieni non proprij compendij causa id faciat. Sed adeò patri fauere, vt per solam filij instituti repudiationem heres fiat, prorsus ridiculum est, & ipsi etiam patri iniuriosum, qui si ea ratione heres fieret, obligaretur oneribus hereditariis ignorans & inuitus, nec postea exonerari posset inuitis creditoribus, & legatariis quibus semel fuisset obligatus. *l.cùm hereditate. 55.eod.* nec potest absurdius quicquam dici, quàm vt plus possit repudiatio quàm aditio hereditatis per filium iniussu patris facta ad patrem hereditati obligandum: quod tamen contingeret, si filius repudiando faceret heredem patrem. Nisi fortè iussum patris ad hoc quoque requirimus: quod nec ipsum sufficiet nisi addamus patrem qui non possit heres fieri nisi per filium, hoc ipso velle sibi hereditatem acquiri, quod iubet eam à filio repudiari. Quam rem si quis erit tam ineptus vt probare velit, nō recuso vt idem ille habeat me pro inepto. Sed quid respondebit ad id quod Vlpianus scribit in *d.l.is qui heres.§.vlt.* filium repudiando ita demum non nocere patri, si repudiet sine patre? An non iis verbis significatur apertissimè. Nocere igitur si repudiet sciente patre & consentiente? Quamquam noceret etiam filius patri repudiando sine patre si eum faceret heredem, cùm non paruum incommodū sit quod alienæ hereditati fortassis damnosæ quis obligetur. *d.l.qui in aliena.l.seruo inuito.65.l.non enim.38.D.ad S.C.Trebell.* Denique sicuti repudiando nemo heres fit, ita neque alium heredem facere potest, sed tantum acquirendæ hereditatis occasionem in alium transferre, qui fortè vel substitutus sit, vel proximi agnati iure ab intestato successurus: quò pertinet quod ait regula iuris. Non velle heredem esse illum qui ad alium voluit transferre hereditatem. *l.non vult.6.D.de reg.iur.l.3.& 4.D.si quis omis.caus.testam.l.si sponsus.5.§.si maritus.D.de donat.inter vir.& vxor.* Atqui instituto filiofamilias nemo dixerit institutum patrem videri, vt proprio iure & ex propria persona possit adire, multo minus vt citra aditionem possit heres esse. Eius enim est adire cui delata est hereditas, siue ex testamento, siue ab intestato. *l.delata.151.D.de verb.signif.* Ei vero soli defertur ex testamento, qui fuit à testatore institutus. Hic porro non pater est, sed filius, tum quoque cum patris contemplatione institutus fuit: quemadmodum & seruo instituto licet non possit dubitari quin sit institutus contemplatione domini aut alterius cui possit acquirere, putà fructuarij. *l.si serui.21.& seq.D.de vsufruct.* cùm alioqui factionem testamenti ex propria persona habere non possit, non ideo tamen dici potest dominus institutus, vt adeundæ hereditatis, quasi sibi delatæ ius habeat, quia esse quem institutum facti est non iuris, quamuis esse quem heredem iuris sit non facti: quæ autem facti sunt, ea neque ad patrem, neque ad dominum transeunt. *l.qui heredi.44.D.de condict.& demonst.* Falsum igitur est repudiatione filiifamilias heredem fieri patrem excludique substitutum. Illud sanè verum est, non idcirco admitti substitutum si filius repudiauerit sine patre, quia ita fieret vt patri noceret filij repudiatio, quæ tamen nocere non debet *dicta l.is qui heres.13.§.vltim.D.de acquirend.hered.* Tum ergo admitte-

tur

est substitutus cùm filius vel patre sciente & consentiente repudiauerit vel desierit posse adire, tam ex propria voluntate quàm iubente ac mandante patre: quod tum maximè contingit cùm ad iussum patris respondet nolle se adire, quod etiam seruo respondere liceret ad faciendum substituto locum. *d.l.cùm proponas.3. C.de hered.instit.* Et hæc quidem omnia ex iuris ratione quam verissimè disputantur. Sed dubitationem hic præcipuam facit Iustiniani constitutio in *l.vlt. §. sin autem. in secunda ætate.C.de bon.quæ liber.* vbi nolente filio delatam sibi hereditatem adire iussu patris dat Iustinianus licentiam patri vt eam adeat, & pleno iure habeat, siue aduentitij, siue castrensis peculij iure fuerat filio delata, *quasi ipse pater,* inquit lex, *ab initio fuisset institutus.* Ex quibus potissimum verbis mouetur Bartolus ad *l.1.num.21. & 22. D. de vulgar.& pupill.* & pro patre sentiat contra substitutum. Illud etiam addens, quòd hoc casu patrem facit heredem filius repudiando, vt proinde conditio illa, *si filius heres non erit,* deficere videatur, sub qua tamen datus ei fuerat substitutus. Ego verò contra puto: Iustiniani enim constitutio hac in re nouum planéque mirabile ius induxit pro patre, vt quamuis nulla eius mentio facta sit in testamento, perinde tamen liceat ei adire, ac si esset institutus eo solo prætextu, quòd si filius adiisset, potuisset pater habere vsumfructum. Quasi ea res inducere debeat quoddam ius coniunctionis, & adcrescendi inter patrem & filium, ac si ambo essent ex aliqua parte hereditatis instituti. Ac si cùm pater adeunte filio sibi vsumfructum acquirit, acquireret ex testamento & ex iudicio testatoris, ac non potius ex dispositione legis propter patriam potestatem quæ tum reperitur. Quid enim si eo tempore quo testator moritur, filiusfamilias reperiretur emancipatus? Debet igitur ea constitutio cancellis suis contineri, nec facilè extendi in præiudicium alterius præsertim substituti, qui venit ex iudicio expresso testatoris, & cui non debet captiosum esse beneficium quod Iustinianus indulget patri non instituto, non magis quàm quod prætor indulget heredi sub conditione instituto. *in l. Paulus notat.* 8. D.*de prætor.stipulat.* Id enim potius egit Iustinianus, vt per aditionem patris recusante filio conseruaret testamentum, quàm vt defuncti voluntatem euerteret. Et vt iam olim Gulielm. de Cun. vulgari quidem, sed tamen non malo argumento disputabat, prouisio testatoris debet facere vt cesset prouisio legis, quæ proculdubio non solùm est exorbitans, vt nostri loquuntur, sed etiam subsidiaria. Nam etsi patrem haberemus pro instituto cum filio & pro coherede, cui accommodandum esset ius adcrescendi, quomodo Iustinianus cum habere videtur, adhuc tamen vulgaris substitutus notissimo iure coheredi præferretur. Nec sanè potest negari quin conditio vulgaris substitutionis omnimodo existat filio repudiante tametsi pater maximè heres esse velit, cùm verùm sit filium, neque heredem esse, neque heredem facere patrem. Hoc enim casu tum quoque cum pater fit heres non fit per filium qui repudiauit, & cuius factum nullum intercedit, sed per legem quæ patrem ipsum habet pro instituto, vt Iustinianus ait. Ex quo debuit potiùs colligere Bartolus, non fieri igitur patrem heredem per filium, sed ex persona propria, & ex constitutionis potestate. Quo admisso fatendum est existere conditionem vulgaris substitutionis. Idque adeo verum est, vt eo quoque casu quo filiusfamilias

addit iussu patris facitque patrem heredem adhuc tamen dubitatum sit à prudentibus, an nihilominus admitti debeat substitutus. *l. si quis. 7. D. de acquirend. heredit.* tantùm abest vt filio repudiante fuerint illi cum Bartolo pro patre contra substitutum responsuri. Superiori quæstioni proxima illa est quàm iidem interpretes tractant si testator ita scripserit, *Titius heres esto, si Titius heres non erit restituat hereditatem Sempronio*, an Sempronius admitti possit, tanquam ex vulgari substitutione, si Titius heres esse nolit. Nam quin admitti non debeat tanquam ex fideicommissaria, dubitari vix potest, tametsi ea fuerit sententia Alberici post Rayner. *in tract. de vulgar. substitut.* Non enim solum *restituendi* verbum fideicommissariam substitutionem inducere potest nisi cætera concurrant, quæ necessaria sunt ad hoc, vt hereditas ex fideicommisso restituatur. Inter quæ primum illud est, vt hereditatem habeat is à quo facienda restitutio est. Quomodo enim restitueret quis quod non haberet? Itaque magis communiter placuit vulgarem esse hanc substitutionem, vt verbum *restituat* vulgari substitutioni adiectum significet nudum ipsius heredis ministerium & restitutionem quandam facti non iuris: scilicet vt institutus quamuis, nec ipse adeat, nec heres fiat, tamen restituat hereditatem substituto. Sic enim Baldus ad *l. humanitatis. numer. 53. C. de impuber. & alijs substitut.* cuius opinionem veriorem esse ait Alexander in *l. verbis ciuilibus. numero 7. de vulgar. & pupill.* Itémque Zasius *in tractat. substitut. part. vltim. quæstio. 1. reg. 3.* Soléntque pro hac sententia qui eam tuentur adferre illam rationem quod in dubio interpretanda sit substitutio directa potius quàm obliqua, tum etiam cùm valere posset tanquam obliqua. *cap. si pater. de testament. in 6.* Ego contra puto & ineptam esse huiusmodi substitutionem & ineptam quæstionem, ineptiores verò illos qui & quæstionem hanc arduam vocant, & pro substituto respondent. Continet enim ea formula manifestam repugnantiam, cùm fieri nequeat quod testator tamen voluit, vt heres non sit Titius, & nihilominus restituat hereditatem Sempronio. Quod & ante nos disputauit Politus *in tractat. de vulgar substitut.* Nam vt maximè velis restitutionem istam intelligere de ea quæ sit meri facti, quis vnquam audiit vulgarem substitutum qui iure directo succedat cogi accipere hereditatem per manus instituti, qui iam repudiauit hereditatem? Aut quonam iure vel colore permittemus heredi instituto, vt post repudiationem attingat & contrectet res hereditarias? Nam statim atque repudiatio ab instituto facto est necessario incipit hereditas pertinere, vel ad substitutum vulgarem si quis sit, vel ad legitimum heredem. Si ad legitimum heredem, sanè non poterit substitutus inuito eo vel ignorante quidquam attingere hereditarium quin furtum faciat, si tale aliquid sit, cuius furtum fieri possit. *l. si seruum. 71. §. vltim. D. de acquirenda hereditate.* Si verò ad substitutum vulgarem quid eget ille facto & ministerio instituti ad acquirendam sibi hereditatem? aut quomodo potest hanc in rem aptum videri nomen restitutionis? Cùmque acquisitio hereditatis nuda voluntate fieri possit, nisi cùm aditionis solennitas necessaria olim erat *§. vlt. Institut. de hered. qualit. & differ.* apparet non posse restitutionem istam quam interpretes meri facti vocant necessariam esse substituto, vt fiat heres. At nec rursum vt fiat possessor, quia licèt hereditatis

ditatis acquisitio ea tantùm tribuat heredi quæ sunt iuris, in quorum numero non est possessio cùm sit illa facti magis quàm iuris. *l. cùm heredes. 23. D. de acquirend. possess. l. 1. §. Scæuola. D. si is qui testam. lib. ess. iuss. est.* attamen post acquisitionem hereditatis habet heres ius adprehendendæ propria autoritate possessionis rerum hereditariarum, nec indiget facto instituti qui iam repudiauit, quique si eum prohibere vellet ne possessionem occuparet, non posset. Taceo quòd cùm hereditas sit meri iuris, & nullomodo facti. *l. hereditas. 50. D. de petit. heredit. & dicto §. Scæuola*, non potest admittere restitutionem illam facti, quæ ex contrario nihil omnino iuris habeat. Atqui ponimus iussisse testatorem vt restitueretur hereditas ab instituto si is heres non esset, non autem vt restituerentur bona vel res hereditariæ, aut possessio ipsa bonorum & rerum hereditariarum. Non potest igitur ea sumi interpretatio, vt testatur de huiusmodi restitutione quæ meri facti sit sensisse videatur. Sicut ex diuerso restitutio solius possessionis bonorum hereditariorum non posset conuenire acquisitioni hereditatis, aut aptus esse modus substituti directò heredis faciendi, quandoquidem sola hereditas illa est non etiam possessio hereditariarum rerum quæ heredem facere immediatè potest. Qua ratione vt alibi monuimus non valebat, olim heredis institutio si testator ita scripsisset, *Titium heredem instituo*, aut ita, *Titium heredem facio*, vt refert Vlpianus, in *fragment. titulo quemadmodum hered. institu. deb.* quia nec in testatoris potestate est, vt heredem faciat, sed tantùm vt heredem, vel nuncupet vel scribat, solius autem legis est heredem facere, idque per mediam hereditatem. Quanto minùs illa institutio valuisset Sempronij, *Titius si heres meus non erit, hereditatem meam restituat Sempronio*, præsertim quòd etiam captatoria quodammodo videri posset, quæ ex Titij voluntate factòque penderet. *lege, illa institutio. 32. in princip. l. captatorias. 70. cum l. sequent. §. 1. D. de hered. instit.* Quod si eo modo concepta institutio non valeret nec substitutio valebit, quæ nihil aliud est quàm secunda vel secundi heredis institutio vt ex Vlpiano & Caio supra diximus. Etsi autem non inficior has verborum & formularum sollennitates hodie sublatas esse post Constantini constitutionem in *l. quoniam indignum. 15. C. de testam.* non tamen vsque adeo & verba & iura omnia confusa esse credendum est vt ad instituendum vtiliter Sempronium, directóne substituendum sufficiat hodie ita scribere, *Titius qui heres meus non erit*, aut, *si heres meus non erit, hereditatem meam Sempronio restituat.* Alioqui non solùm nulla supererit differentia inter hereditates directas & fideicommissarias, sed neque aliqua erit tam inepta formula quæ non aptissima existimari debeat, & vtilis ad faciendam heredis institutionem, nec si testator hoc tantùm dixerit, *Arma virúmque cano.* Non esset meo iudicio illa ineptior quàm hęc de qua disputamus. Quod autem interpretes adferunt censendam esse in dubio substitutionem directam potius quàm precariam & obliquam, tunc verè dicitur cùm substitutio non modò valet, sed etiam vtroque modo valere potest, & tanquam directa & tanquam fideicommissaria: non autem cùm substitutio prorsus inutilis & inepta est. Præcedere namque debet vt substitutio vtilis sit, quàm vt disputari debeat, directa ne sit an precaria. Quanquam nec vllo casu casu fieri potest vt

eadem substitutio possit & directa & obliqua esse si prudentibus nostris plus quàm interpretibus tribuamus, vt ex iis quæ de verbis communibus postea dicturi sumus, intelligetur.

ERROR OCTAVVS.

Si quis instituerit filium suum & ex eo nepotem.

CVM testator filium suum heredem instituit, & ex eo nepotem, duplex quæstio incidit circa nepotem. Prior illa vtrum simul cum filio admittatur tãquam copulatiuè institutus an verò post filium eundémque patrem suum & ordine successiuo quasi nõ tam institutus quàm substitutus videatur. Posterior, si successiuè admittitur & post patrem, vtrum in casum vulgarem duntaxat, an & in fideicommissarium, id est vtrum in eum duntaxat casum, quo pater heres nõ sit, an verò etiamsi heres fuerit. In vtraque autem quæstione receptissima est apud nostros Bartoli traditio *ad §. quidam rectè. l. Gallus. de liber. & posthum.* non esse admittendum nepotem, nisi ordine successiuo, nec rursum nisi in casum vulgarem. Vulgóque reprobata est contraria Pauli Castrensis opinio ibidem existimantis. Quibus casibus liberi post patrem vocati sunt ordine successiuo succedere illos in duplicem casum, vulgarem nimirum & fideicommissarium. Vt contra Castrensem testatur Decius *cons.* 205. 248. 253. 291. Nisi euidens sit, inquiũt, voluntas testatoris in contrarium puta si verbis iis vsus sit quæ habeant tractum temporis, ita vt compendiosam substitutionem possint inducere quæ contineat fideicommissariam. Sic enim post alios *Crauet. cons. 22. num. 7. & cons.* 131. Item nisi substitutio talis sit quæ nunquam potuerit valere iure directo, vt tractat Decius *dict. cons.* 253. Cur verò non sit admittendus nepos in hac specie nisi post patrem & ordine successiuo, illa ratio adsertur à Bartolo & ab omnibus probatur[omnes enim cum Bartolo in hoc sentiunt]quod quamuis institutio facta sit per copulam, *&*, cuius natura est vt faciat coniunctionem *l. si ita quis. 66. D. de hered. instit.* perinde tamen haberi debeat, acsi facta esset per disiunctiuam, propterea quòd facta sit inter eas personas inter quas cadat ordo necessitatis. Quanquam idem admittit Bartol. si non necessitatis ordo ille sit, sed adfectionis. Necessitatis ordinem vocant, cùm eæ personæ instituuntur quas institui necesse est vt testamentum valeat, & quæ tamen simul admitti non possunt, cuiusmodi sunt filius & nepos Aquilianus. Nec enim potest hic institui tanquã qui sit posthumus alienus, nisi in eum casum quo suus nascatur ac proinde quo pater ipsius iã vel mortuus vel emancipatus vel deportatus reperiatur. Adfectionis verò & charitatis ordinem appellat Bartolus, qui ex intestati successione & ordine inducitur, inter eos quos institui nil necesse est, & quos tamẽ ex testamento simul admitti nihil prohiberet. Tales sunt frater & fratris filius. Fratris inquam eiusdem. Nam alterius fratris filij cum alio fratre eodémque patruo ex Iustiniani constitutione hodie admittũtur, iure repræsentationis, q olim in descendentibus tantùm habebat locum, ad fratrũ quoq; filios protracto, *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient.* sed fratris mei filius cũ patre suo fratre meo nunquam ab intestato admittitur ad meam hereditatem. Itaque ordo

que ordo necessitatis nullus esse potest nisi inter descendentes, adiectionis verò potest esse etiam inter transuersales. Proinde si Titium fratrem meum heredem instituam & filium ipsius, putat Bartolus Titium solum primo loco vocatum intelligi, post ipsum autem & ordine successiuo Titij filium ex *l. generaliter. 6. C. de instit. & substitut. & l. Lucius. 85. D. de hered. instit.* quasi iis locis ratio adfectionis faciat, vt disiunctiua resoluatur in coniunctiuam, nec difficilius sit vt propter adfectionis ordinem coniunctiua resoluatur in disiunctiuam. Distinguit tamen idem Bartolus an instituerim Titium & filium ipsius, an verò Titium cum filio. Etsi enim fatetur nullam esse differentiam inter has syllabes, *&*, *cum*, quantum ad inducendam coniunctionem *l. Titia. 36. 7. nihil distat. de leg. 1. l. si quis Attio. 7. D. de vsuf. adcresc.* aliud tamen esse ait, si quæratur vtrum ista coniunctio intelligenda sit simul, an ordine successiuo, atque ita respondet ad *l. si mulieri. 8. D. de vsufr. admitt.* in cuius specie vsusfructus matri & liberis relictus à marito eodémque patre, ad omnes simul pertinet, fuisse scilicet eum vsufructum relictum non matri & liberis, sed matri cum liberis: eodémque modo diluit aliam obiectionem ex *l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* etsi fatetur, quod & verum est, fuisse ibi extraneos institutos. Sed hanc posteriorem Bartolinę tractionis partem, quæ ad ordinem charitatis & adfectionis pertinet, multi improbant, & quidem calculo frequentiore, vt testatur *Didac. ad cap. Raynutius. §. 2. num. 2. & 3.* Sicut quod ille addit de differentia huiusmodi formularum, *Titio & filiis*, *Titio cum filiis*. Verius enim creditur inter transuersales copulam efficere vt eodem tempore & ex æquis partibus pater & filij succedant, tanquam cōiunctim instituti. Quæ fuit sententia Barbatiæ in apostill. ad Bart. in *d. §. quidam rectè. in lit. 9.* vbi ad quæstionem quam eo loco proponit, si frater instituat sororem & filios sororis. An admittantur sororis filij simul cum sorore, respondet admitti, quia frater sororem aut eius filios instituere non tenetur, vt intelligamus Bartoli sententiam eo tantùm casu recipiendam esse, quo adsit ordo necessitatis: quod & Decius respondit *dict. cons. 253.* licèt contrariam sententiam idem Decius magis probare videatur, *cons. 205. post princip. & consil. 662. itémque Cranet. dict. cons. 22.* Nam si copupula, *&* coniungit, sicut & particula, *cum*, *d. §. nihil distat. & d. l. si ita quis.* quomodo possunt videri coniuncti, qui simul coniunctim non admittuntur? Aut si ratio illa & ordo adfectionis aliquid in hac re potest, curnon idem admittit Bartolus instituto fratre cum filiis eius? Quare nec quicquam interest, vtrum in transuersalibus liberi vocati sint nomine collectiuo cùm parētibus an nomine singulari. Illud namque duntaxat inspiciendum est an vocati sint copulatiuè, necne. Sicut nec refert an testator instituerit *fratrem & suos* quomodo nostri temporis tabelliones loqui solent, an verò *fratrem & eius liberos* Nam & *suorum* appellatione intelliguntur per prius liberi vt idem *Decius ait dict. cons. 253.* nec negat *Cranet. dict. cons. 22.* Et hanc copulæ vim esse debere, non potest dissimulare Bartolus qui hoc casu eò tandem cōfugere cogitur vt dicat resolui hoc casu coniunctam in disiunctam propter ordinem istum charitatis. Abutens in eam rem constitutione Iustiniani in *d. l. generaliter*, & responso Scæuolæ, in *d. l. Lucius.* quibus locis è cōtrario disiuncta quidē in couinnctam resoluitur, sed longè alia ratione vt ex iis videre est quæ nos de illarū legū interpretatione scripsimus *lib. 17. Coniecturarū.* Vno igitur illo casu placet interpretibus traditio Bartoli quo institutæ sint

nitæ hereditatis, nec quicquam referre, an casum illum testator expresserit, an verò heredi scripto aliquem simpliciter substituerit, siue puberi, siue impuberi. Nisi quòd cùm impuberi vtrouis modo facta vulgaris substitutio est, ea ex D. Marci constitutione pupillarem quoque continet, non etiã cùm facta est puberi vel extraneo. Nec rursum an substitutio facta sit generaliter in casum hereditatis non agnitæ nullo expresso speciali casu, siue noluntatis, siue impotentiæ. An vtroq; casu illo expresso, an alterutro tantùm. Nisi quòd cùm alteruter tantùm expressus fuit, alter qui omissus est pro omisso habetur, ita vt si eueniat non eo magis admittatur substitutus tanquã conditione defectus, præterquàm si impuberi facta substitutio sit, quo casu vulgaris etiã in vnũ duntaxat casum facta perinde trahitur ad pupillarem ex Marci constitutione acsi vel simpliciter neutro casu expresso vel in vtrumq, casum nominatim facta esset *d. l. vlt. C. de instit. & subst.* Eodem pupilli fauore qui constitutioni causam dedit, hanc quoque interpretationẽ verbis constitutionis non repugnantibus inducente.

ERROR SEPTIMVS.

De vulgari substitutione facta filiofamilias repudianti, vel per iniunctum heredi onus restituendæ hereditatis, si heres non erit.

SCRIBIT Iustinianus *in §. vlt. Instit. de vulgar. substit.* verba illa, *si heres non erit*, quæ in vulgari substitutione adiici solent in eo quidem quem alieno iuri subiectum esse testator scit, ita esse accipienda. Si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit. In eo verò quem patremfamilias esse arbitraur, illud significare. Si hereditatem sibi vel ei cuius iuri postea subiectus esse cœperit, non adquisierit. Quod & ante Iustinianum scripserat Iulianus in *l. si paterfamilias. 40. D. de hered. instit.* vbi tractat, si paterfamilias Titium quem ingenuum esse credebat heredẽ scripserit, eique *si heres non esset* Sempronium substituerit, deinde Titius quia seruus erat, iussu domini hereditatem adierit, Sempronium in partem hereditatis admitti & idcirco duos semisses in hoc casu faciendos esse ita vt as inter eum qui dominus instituti heredis fuerit & substitutum æquis portionibus diuidatur. Sic enim locus ille legendus est, & corrigendus vt feliciter & præclare Cuiacius noster obseruauit. Constátque ex eo quod in *l. seq.* subiicitur ex Pomponio, cum Parthenius quidam Cæsaris seruus heres scriptus esset tanquam ingenuus, & Cæsaris iussu hereditatem adiisset, diuisam postea fuisse hereditatem inter Cæsarem & eum qui Parthenio fuerat substitutus. Non iniquo temperamento, cùm meta iuris ratio faceret pro domino, at testatoris voluntas pro substituto. Quid enim aliud est diuisam fuisse hereditatem inter Cæsarem & substitutum, quàm quod vult Cuiacius, datum semissem vnum Cæsari alium semissem substituto, non quod volunt interpretes, ideo fieri duo semisses, vt vnus inter dominum serui & substitutum diuidatur, alius totus domino soli detur. Quæ distributio nullam prorsus habet rationem cùm tanto maior esse debeat fauor substituti quàm domini, quanto potior est cæteris omnibus volun-
tas testa-

tas testatoris in testamentis interpretandis. Testator autem non poterat cogitasse de domino, cùm institueret eum quem ingenuum esse arbitrabatur. Itaque pro substituto facit non tantùm voluntas testatoris, sed etiam vis verborum. Siquidem verum est heredem non esse illum qui cùm seruus sit hoc ipso est incapax adquirendæ sibi hereditatis. Et quod facit heredem dominum, ex mera iuris ratione fit & ex concurrente voluntate testatoris eo demum casu quo non fallitur ille in cōdicione heredis instituti non ex vi & potestate verborum, quæ nec aliud significare possunt quàm quod testator noluit. *l. cùm proponas. 3. C. eod.* Sed tolerabilis est hic error interpretum cui corrupta legis lectio causam dedit. Etsi non facilè ignosco interpretibus verba legum quantumlibet mendosa sectantibus nec in eo laborantibus vt rationem inuestigent, ne quid contra rationem legibus cautum videatur, non magis quàm si & ratione & iudicio carerent. At ferre illud non possum, quod tam præcipitem errandi occasionem inde sumpserint, existimantes si testator instituerit alicuius filium familias heredem, eique substituerit vulgariter deinde filius repudiauerit, excludi substitutum quasi condicione defectum quod filius repudiando fecerit heredem patrem. Hanc enim communem esse nostrorum opinionem testatur. *Mich. Crass. in §. substitutio. quæst. 8. num. 5. & quæst. 9. num. 4. post Alex. in dict. l. cùm proponas. num. 4. & & Rip. in l. 1. num. 156. de pupill. subst.* Quæ sententia quàm falsa sit, ratio ipsa qua mouentur vt eam confirment, sola ostendit. Nec enim fieri potest vt filiusfamilias, heredem patrem faciat repudiando, quem faceret adeundo. Nisi fortè putamus absurdum non esse, vt quantum ad hoc nihil distet inter aditionem & repudiationem. Non inficior ita comparatum esse ex ratione iuris vt per filium heredem institutum pater heres fieri possit. Sed dico non aliter id contingere, quàm si filius adeat hereditatem & quidem iussu patris, quem iussum ideo præcedere necesse est vt aditio valeat, ex eaque hereditas acquiratur *l. qui in aliena. 6. l. si quis mihi bona. 25. §. iussum. & seqq. l. filiusfamilias. 92. D. de acquir. heredit.* Nam neque seruus heres institutus aliter dominum suum facere heredem potest, quàm si adeat iubente domino ita vt vtriusque voluntas cōcurrat & domini & serui, cùm possit seruus si velit etiam nolle adire atque ita locus facere substituto *d. l. 3. C. de hered. instit. d. l. qui in aliena. §. vlt. alias l. eum qui metu verborum. de acquir. hered.* Quod si peruicacia serui non dicam repudiantis hereditatem cuius scilicet repudiandæ ius non habet, sed nolentis adire nōn solùm heredem non facit dominum sed etiam vsque adeo nocet domino vt aperiat locum substituto, quāto minùs dicendum erit repudiationē filij familias posse facere hoc ipso heredē patrem? Nā & in eo plus iuris habet dominus quàm pater, quod domino & ignoranti & inuito acquiritur per seruū ex omnibus penè causis, i. ex vniuersis cęteris præterquā ex hereditaria *l. etiā. 32. D. de acq. rer. dom. l. seruum vetando. 62. de verb. oblig.* non etiā patri per filium. Et ē cōtrario plus iuris habet filiusfamilias quā seruus, in hoc quod patre nolente sibi acquiri, filiusfamilias acquisitionis capax est, cuius omnino incapax est seruus. *l. cogi. 16. §. si pater. l. imperator. 50. D. ad SC. Trebell. l. 1. C. qui admitt. ad bon. possess.* Nam ex hoc illud fit, vt scripsimus *lib. 7. Coniect. cap. 9.* Vnde etiam est quod delatam filiusfamilias hereditatem, si pater repudiet sine filio nihil agit, vt præiudicet filio, sed sibi tantùm nocet. *l. is qui heres. 13. §. vlt. de acquirend. hered.* sicut nec filius repudiando, sine patre noceret patri, quominus eo

postea mandante adire posset, patríque hereditatem acquirere, quamdiu sibi ipsi non posset eam acquirere quam semel repudiasset. *l.4.C.eod.* Itaque vnum illud est, in quo fauere patri possumus cùm filius sine patre hereditatem repudiauit, vt non idcirco prohibeatur pater heres fieri per filium, si mandare ei velit vt adeat, quia nec nouum est vt alicui liceat contra proprium factum venire, si modò alieni non proprij compendij causa id faciat. Sed adeò patri fauere, vt per solam filij instituti repudiationem heres fiat, prorsus ridiculum est, & ipsi etiam patri iniuriosum, qui si ea ratione heres fieret, obligaretur oneribus hereditariis ignorans & inuitus, nec postea exonerari posset inuitis creditoribus, & legatariis quibus semel fuisset obligatus. *l.cùm hereditate. 55.eod.* nec potest absurdius quicquam dici, quàm vt plus possit repudiatio quàm aditiò hereditatis per filium iniussu patris facta ad patrem hereditati obligandum: quod tamen contingeret, si filius repudiando faceret heredem patrem. Nisi fortè iussum patris ad hoc quoque requirimus: quod nec ipsum sufficiet nisi addamus patrem qui non possit heres fieri nisi per filium, hoc ipso velle sibi hereditatem acquiri, quod iubet eam à filio repudiari. Quam rem si quis erit tam ineptus vt probare velit, nō recuso vt idem ille habeat me pro inepto. Sed quid respondebit ad id quod Vlpianus scribit in *d.l.is qui heres.§.vlt.* filium repudiando ita demum non nocere patri, si repudiet sine patre? An non iis verbis significatur apertissimè. Nocere igitur si repudiet sciente patre & consentiente? Quamquam noceret etiam filius patri repudiando sine patre si eum faceret heredem, cùm non paruum incommodū sit quod alienæ hereditati fortassis damnosæ quis obligetur. *d.l.qui in aliena.l.seruo inuito.65.l.non enim.38.*D.*ad S.C.Trebell.* Denique sicuti repudiando nemo heres fit, ita neque alium heredem facere potest, sed tantùm acquirendæ hereditatis occasionem in alium transferre, qui fortè vel substitutus sit, vel proximi agnati iure ab intestato successurus: quò pertinet quod ait regula iuris. Non velle heredem esse illum qui ad alium voluit transferre hereditatem. *l.non vult.6.D.de reg.iur.l.3.& 4.D. si quis omis.caus. testam. l.si sponsus.5.§.si maritus.D.de donat.inter vir.& vxor.* Atqui instituto filiofamilias nemo dixerit institutum patrem videri, vt proprio iure & ex propria persona possit adire, multo minùs vt citra aditionem possit heres esse. Eius enim est adire cui delata est hereditas, siue ex testamento, siue ab intestato. *l.delata.151.D.de verb.signif.* Ei vero soli defertur ex testamento, qui fuit à testatore institutus. Hic porro non pater est, sed filius, tum quoque cum patris contemplatione institutus fuit: quemadmodum & seruo instituto licet non possit dubitari quin sit institutus contemplatione domini aut alterius cui possit acquirere, putà fructuarij. *l.si seru.21. & seq.* D. *de vsufruct.* cùm alioqui factionem testamenti ex propria persona habere non possit, non ideo tamen dici potest dominus institutus, aut adeundæ hereditatis, quasi sibi delatæ ius habeat, quia esse quem institutum facti est non iuris, quamuis esse quem heredem iuris sit non facti: quæ autem facti sunt, ea neque ad patrem, neque ad dominum transeunt. *l.qui heredi.44.* D. *de condict. & demonst.* Falsum igitur est repudiatione filiifamilias heredem fieri patrem excludíque substitutum. Illud sanè verum est, non idcircò admitti substitutum si filius repudiauerit sine patre, quia ita fieret vt patri noceret filij repudiatio, quæ tamen nocere non debet *dicta l.is qui heres.13.§.vltim.* D. *de acquirend. hered.* Tum ergo admittetur

est substitutus cùm filius vel patre sciente & consentiente repudiauerit vel desierit posse adire, tam ex propria voluntate quàm iubente ac mandante patre: quod tum maximè contingit cùm ad iussum patris respondet nolle se adire, quod etiam seruo respondere liceret ad faciendum substituto locum. *d.l.cùm proponas.3. C.de hered.instit.* Et hæc quidem omnia ex iuris ratione quam verissimè disputantur. Sed dubitationem hic præcipuam facit Iustiniani constitutio in *l.vlt. §. sin autem. in secunda ætate.C.de bon.quæ liber.* vbi nolente filio delatam sibi hereditatem adire iussu patris dat Iustinianus licentiam patri vt eam adeat, & pleno iure habeat, siue aduentitij, siue castrensis peculij iure fuerat filio delata, *quasi ipse pater*, inquit lex, *ab initio fuisset institutus.* Ex quibus potissimum verbis mouetur Bartolus ad *l.1.num.21. & 22. D. de vulgar.& pupill.* & pro patre sentiat contra substitutum. Illud etiam addens, quòd hoc casu patrem facit heredem filius repudiando, vt proinde conditio illa, *si filius heres non erit*, deficere videatur, sub qua tamen datus ei fuerat substitutus. Ego verò contra puto: Iustiniani enim constitutio hac in re nouum planéque mirabile ius induxit pro patre, vt quamuis nulla eius mentio facta sit in testamento, perinde tamen liceat ei adire, ac si esset institutus eo solo prætextu, quòd si filius adiisset, potuisset pater habere vsumfructum. Quasi ea res inducere debeat quoddam ius coniunctionis, & adcrescendi inter patrem & filium, ac si ambo essent ex aliqua parte hereditatis instituti. Ac si cùm pater adeunte filio sibi vsumfructum acquirit, acquireret ex testamento & ex iudicio testatoris, ac non potius ex dispositione legis propter patriam potestatem quæ tum reperitur. Quid enim si eo tempore quo testator moritur, filiusfamilias reperiretur emancipatus? Debet igitur ea constitutio cancellis suis contineri, nec facilè extendi in præiudicium alterius præsertim substituti, qui venit ex iudicio expresso testatoris, & cui non debet captiosum esse beneficium quod Iustinianus indulget patri non instituto, non magis quàm quod prætor indulget heredi sub conditione instituto. *in l. Paulus notat.* 8. D.*de prætor.stipulat.* Id enim potius egit Iustinianus, vt per aditionem patris recusante filio conseruaret testamentum, quàm vt defuncti voluntatem euerteret. Et vt iam olim Gulielm. de Cun. vulgari quidem, sed tamen non malo argumento disputabat, prouisio testatoris debet facere vt cesset prouisio legis, quæ proculdubio non solùm est exorbitans, vt nostri loquuntur, sed etiam subsidiaria. Nam etsi patrem haberemus pro instituto cum filio & pro coherede, cui accommodandum esset ius adcrescendi, quomodo Iustinianus eum habere videtur, adhuc tamen vulgaris substitutus notissimo iure coheredi præferretur. Nec sanè potest negari quin conditio vulgaris substitutionis omnimodo existat filio repudiante tametsi pater maximè heres esse velit, cùm verùm sit filium, neque heredem esse, neque heredem facere patrem. Hoc enim casu tum quoque cum pater fit heres non fit per filium qui repudiauit, & cuius factum nullum intercedit, sed per legem quæ patrem ipsum habet pro instituto, vt Iustinianus ait. Ex quo debuit potiùs colligere Bartolus, non fieri igitur patrem heredem per filium, sed ex persona propria, & ex constitutionis potestate. Quo admisso fatendum est existere conditionem vulgaris substitutionis. Idque adeo verum est, vt eo quoque casu quo filiusfamilias

addit iussu patris facitque patrem heredem adhuc tamen dubitatum sit à prudentibus, an nihilominus admitti debeat substitutus. *l. si quis. 7. D. de acquirend. heredit.* tantùm abest vt filio repudiante fuerint illi cum Bartolo pro patre contra substitutum responsuri. Superiori quæstioni proxima illa est quam iidem interpretes tractant si testator ita scripserit, *Titius heres esto, si Titius heres non erit restituat hereditatem Sempronio*, an Sempronius admitti possit, tanquam ex vulgari substitutione, si Titius heres esse nolit. Nam quin admitti non debeat tanquam ex fideicommissaria, dubitari vix potest, tametsi ea fuerit sententia Alberici post Rayner. *in tractat. de vulgar. substitut.* Non enim solum *restituendi* verbum fideicommissariam substitutionem inducere potest nisi cætera concurrant, quæ necessaria sunt ad hoc, vt hereditas ex fideicommisso restituatur. Inter quæ primum illud est, vt hereditatem habeat is à quo facienda restitutio est. Quomodo enim restitueret quis quod non haberet? Itaque magis communiter placuit vulgarem esse hanc substitutionem, vt verbum *restituat* vulgari substitutioni adiectum significet nudum ipsius heredis ministerium & restitutionem quandam facti non iuris: scilicet vt institutus quamuis, nec ipse adeat, nec heres fiat, tamen restituat hereditatem substituto. Sic enim Baldus ad *l. humanitatis. numer. 53. C. de impuber. & alijs substitut.* cuius opinionem veriorem esse ait Alexander in *l. verbis ciuilibus. numero 7. de vulgar. & pupill.* Itémque Zasius *in tractat. substitut. part. vltim. quæstio. 1. reg. 3.* Soléntque pro hac sententia qui eam tuentur adferre illam rationem quod in dubio interpretanda sit substitutio directa potius quàm obliqua, tum etiam cùm valere posset tanquam obliqua. *cap. si pater. de testament. in 6.* Ego contra puto & ineptam esse huiusmodi substitutionem & ineptam quæstionem, ineptiores verò illos qui & quæstionem hanc arduam vocant, & pro substituto respondent. Continet enim ea formula manifestam repugnantiam, cùm fieri nequeat quod testator tamen voluit, vt heres non sit Titius, & nihilominus restituat hereditatem Sempronio. Quod & ante nos disputauit Politus *in tractat. de vulgar substitut.* Nam vt maximè velis restitutionem istam intelligere de ea quæ sit meri facti, quis vnquam audiit vulgarem substitutum qui iure directo succedat cogi accipere hereditatem per manus instituti, qui iam repudiauit hereditatem? Aut quonam iure vel colore permittemus heredi instituto, vt post repudiationem attingat & contrectet res hereditarias? Nam statim atque repudiatio ab instituto facto est necessario incipit hereditas pertinere, vel ad substitutum vulgarem si quis sit, vel ad legitimum heredem. Si ad legitimum heredem, sanè non poterit substitutus inuito eo vel ignorante quidquam attingere hereditarium quin furtum faciat, si tale aliquid sit, cuius furtum fieri possit. *l. si seruum. 71. §. vltim. D. de acquirenda hereditate.* Si verò ad substitutum vulgarem quid eget ille facto & ministerio instituti ad acquirendam sibi hereditatem? aut quomodo potest hanc in rem aptum videri nomen restitutionis? Cùmque acquisitio hereditatis nuda voluntate fieri possit, nisi cùm aditionis solennitas necessaria olim erat *§. vlt. Institut. de hered. qualit. & differ.* apparet non posse restitutionem istam quam interpretes meri facti vocant necessariam esse substituto, vt fiat heres. At nec rursum vt fiat possessor, quia licèt hereditatis

ditatis acquisitio ea tantùm tribuat heredi quæ sunt iuris, in quorum numero non est possessio cùm sit illa facti magis quàm iuris. *l. cùm heredes. 23. D. de acquirend. posseß. l. 1. §. Scæuola. D. si is qui testam. lib. eß. iuß. eßt.* attamen post acquisitionem hereditatis habet heres ius adprehendendæ propria autoritate possessionis rerum hereditariarum, nec indiget facto instituti qui iam repudiauit, quíque si eum prohibere vellet ne possessionem occuparet, non posset. Taceo quòd cùm hereditas sit meri iuris, & nullomodo facti. *l. hereditas. 50. D. de petit. heredit. & dicto §. Scæuola*, non potest admittere restitutionem illam facti, quæ ex contrario nihil omnino iuris habeat. Atqui ponimus iussisse testatorem vt restitueretur hereditas ab instituto si is heres non esset, non autem vt restituerentur bona vel res hereditariæ, aut possessio ipsa bonorum & rerum hereditariarum. Non potest igitur ea sumi interpretatio, vt testatur de huiusmodi restitutione quæ meri facti sit sensisse videatur. Sicut ex diuerso restitutio solius possessionis bonorum hereditariorum non posset conuenire acquisitioni hereditatis, aut aptus esse modus substituti directò heredis faciendi, quandoquidem sola hereditas illa est non etiam possessio hereditariarum rerum quæ heredem facere immediatè potest. Qua ratione vt alibi monuimus non valebat, olim heredis institutio si testator ita scripsisset, *Titium heredem instituo*, aut ita, *Titium heredem facio*, vt refert Vlpianus, in *fragment. titulo quemadmodum hered. institu. deb.* quia nec in testatoris potestate est, vt heredem faciat, sed tantùm vt heredem, vel nuncupet vel scribat, solius autem legis est heredem facere, ídque per mediam hereditatem. Quanto minùs illa institutio valuisset Sempronij, *Titius si heres meus non erit, hereditatem meam restituat Sempronio*, præsertim quòd etiam captatoria quodammodo videri posset, quæ ex Titij voluntate factóque penderet. *lege, illa institutio. 32. in princip. l. captatorias. 70. cum l. sequent. §. 1. D. de hered. instit.* Quod si eo modo concepta institutio non valeret nec substitutio valebit, quæ nihil aliud est quàm secunda vel secundi heredis institutio vt ex Vlpiano & Caio supra diximus. Etsi autem non inficior has verborum & formularum sollennitates hodie sublatas esse post Constantini constitutionem in *l. quoniam indignum. 15. C. de testam.* non tamen vsque adeo & verba & iura omnia confusa esse credendum est vt ad instituendum vtiliter Sempronium, directóne substituendum sufficiat hodie ita scribere, *Titius qui heres meus non erit*, aut, *si heres meus non erit, hereditatem meam Sempronio restituat.* Alioqui non solùm nulla supererit differentia inter hereditates directas & fideicommissarias, sed neque aliqua erit tam inepta formula quæ non aptissima existimari debeat, & vtilis ad faciendam heredis institutionem, nec si testator hoc tantùm dixerit, *Arma virúmque cano.* Non esset meo iudicio illa ineptior quàm hęc de qua disputamus. Quod autem interpretes adferunt censendam esse in dubio substitutionem directam potius quàm precariam & obliquam, tunc verè dicitur cùm substitutio non modò valet, sed etiam vtroque modo valere potest, & tanquam directa & tanquam fideicommissaria: non autem cùm substitutio prorsus inutilis & inepta est. Præcedere namque debet vt substitutio vtilis sit, quàm vt disputari debeat, directa ne sit an precaria. Quanquam nec vllo casu casu fieri potest vt

que ordo necessitatis nullus esse potest nisi inter descendentes, adfectionis verò potest esse etiam inter transuersales. Proinde si Titium fratrem meum heredem instituam & filium ipsius, putat Bartolus Titium solum primo loco vocatum intelligi, post ipsum autem & ordine successiuo Titij filium ex *l. generaliter. 6. C. de instit. & substitut. & l. Lucius. 85. D. de hered. instit.* quasi iis locis ratio adfectionis faciat, vt disiunctiua resoluatur in coniunctiuam, nec difficilius sit vt propter adfectionis ordinem coniunctiua resoluatur in disiunctiuam. Distinguit tamen idem Bartolus an instituerim Titium & filium ipsius, an verò Titium cum filio. Etsi enim fatetur nullam esse differentiam inter has syllabes, *&*, *cum*, quantum ad inducendam coniunctionem *l. Titia. 36. 7. nihil distat. de leg. 3. l. si quis Attio. 7. D. de vsuf. adcresc.* aliud tamen esse ait, si quæratur vtrum ista coniunctio intelligenda sit simul, an ordine successiuo, atque ita respondet ad *l. si mulieri. 8. D. de vsufr. admitt.* in cuius specie vsusfructus matri & liberis relictus à marito eodémque patre, ad omnes simul pertinet, fuisse scilicet eum vsufructum relictum non matri & liberis, sed matri cum liberis: eodémque modo diluit aliam obiectionem ex *l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* etsi fatetur, quod & verum est, fuisse ibi extraneos institutos. Sed hanc posteriorem Bartolinę tractionis partem, quæ ad ordinem charitatis & adfectionis pertinet. multi improbant, & quidem calculo frequentiore, vt testatur *Didac. ad cap. Raynutius. §. 2. num. 2. & 3.* Sicut quod ille addit de differentia huiusmodi formularum, *Titio & filiis*, *Titio cum filiis.* Verius enim creditur inter transuersales copulam efficere vt eodem tempore & ex æquis partibus pater & filij succedant, tanquam cōiunctim instituti. Quæ fuit sententia Barbatiæ in apostill. ad Bart. in *d. §. quidam rectè. in lit. 9.* vbi ad quæstionem quam eo loco proponit, si frater instituat sororem & filios sororis. An admittantur sororis filij simul cum sorore, respondet admitti, quia frater sororem aut eius filios instituere non tenetur, vt intelligamus Bartoli sententiam eo tantùm casu recipiendam esse, quo adsit ordo necessitatis: quod & Decius respondit *dict. cons. 253.* licèt contrariam sententiam idem Decius magis probare videatur, *cons. 205. post princip. & consil. 662. itémque Crauet. dict. cons. 22.* Nam si copupula, *&* coniungit, sicut & particula, *cum*, *d. §. nihil distat. & d. l. si ita quis.* quomodo possunt videri coniuncti, qui simul coniunctim non admittuntur? Aut si ratio illa & ordo adfectionis aliquid in hac re potest, curnon idem admittit Bartolus instituto fratre cum filiis eius? Quare nec quicquam interest, vtrum in transuersalibus liberi vocati sint nomine collectiuo cùm parētibus an nomine singulari. Illud namque duntaxat inspiciendum est an vocati sint copulatiuè, necne. Sicut nec refert an testator instituerit *fratrem & suos* quomodo nostri temporis tabelliones loqui solent, an verò *fratrem & eius liberos* Nam & *suorum* appellatione intelliguntur per prius liberi vt idem *Decius ait dict. cons. 253.* nec negat *Crauet. dict. cons. 22.* Et hanc copulæ vim esse debere, non potest dissimulare Bartolus qui hoc casu eò tandem cōfingere cogitur vt dicat resolui hoc casu coniunctam in disiunctam propter ordinem istum charitatis. Abutens in eam rem constitutione Iustiniani in *d. l. generaliter*, & responso Scæuolæ, in *d. l. Lucius.* quibus locis è cōtrario disiuncta quidē in couiunctam resoluitur, sed longè alia ratione vt ex iis videre est quæ nos de illarū legū interpretatione scripsimus *lib. 17. Coniecturarū.* Vno igitur illo casu placet interpretibus traditio Bartoli quo institutæ sint

personæ inter quas sit ordo necessitatis. Quod si intelligatur, quomodo Iacobū de Aretia intellexisse Bart. refert, & nos supra explicauimus, vt ordo necessitatis nō sit nisi inter eas personas quæ simul institui nequeát, nullus iam casus supererit, qui hanc Bartoli sententiam admittere possit. Is namque casus, qui olim erat vnicus de posthumo nepote Aquiliano, iam explosus est postquam placuit Iustiniano vt non minùs alieni quàm sui posthumi institutio valeat iure ciuili, lata in eam rem constitutione, quæ etsi non extat in nouo Codice tamen relata & confirmata est in *§. posthumo Instit. de legat.* Si quidem ea sola ratio impediebat olim huius posthumi institutionē quod testamenti tempore non videretur habere testamenti factionem tanquam qui esset alienus posthumus, cùm à patre anteuerteretur. Totáque vtilitas & necessitas formulę Aquilianæ in eo posita fuit, vt ratio reperiretur instituendi vtiliter huius posthumi collata institutione in eum casum, adeóque quod magis est in id tempus quo esset suus vt explicauimus *lib. 9. Coniect. ad d. l. Gallus.* Cùm igitur hodie posthumus alienus quilibet dummodo ex ea quæ iure Quiritium vxor nostra esse possit, factionem habeat testamenti, nec tantùm iure prętorio vt olim sed etiam ciuili *d. §. posthumo & §. posthumus. eod. tit. de legat. & apertius in princip. tit. Instit. de bon. poss.* consequens est vt hodie possit auus instituere filium simul & ex eo nasciturum nepotē, nec iam vllus ordo sit necessitatis, inter filium & nepotem. Si verò necessitatis ordinem inter eos esse intelligas quos instituere necesse est saltem ex ordine siue vt testamentum ab initio valeat, siue ne ex postfacto rumpatur, quomodo intelligebat Andræas quidam de Pisis quem Bartolus refert, & interpretes nostri magis communiter intelligere videntur, erunt quidem hodie multo plures casus quàm olim ad quos aptari hæc Bartoli traditio possit [quandoquidem ex *Nouella Iustiniani constitutione.* 115. *Vt cùm de appell. cognosc. §.* aliud quoque capitulum descendentes omnes sine vlla sexus aut conditionis differentia omnimodo instituendi sunt vel adiecta causa exheredandi etiam à matre & ascendentibus maternis, alioqui testamentum ipso iure nullum est, quod olim secus erat] sed tanto improbabilior erit & reprehensibilior traditio, quanto periculosior, & vsus frequentioris. Etenim cùm vt modò diximus, nullus hodie casus sit in quo descendentes etiam diuersi gradus à quouis ex ascendentibus institui simul possint, neque voluntas testâtis refragetur, quæ nec aliunde meliùs quàm ex vi & proprietate verborum quibus testator vsus sit dignosci queat, quid causæ est obsecro cur testamenti verbis ita conceptis *Filius meus & nepos ex eo meus heredes mihi sunto* nepos simul admitti cum filio non debeat, cum quo simul & coniunctim vocatus fuit? Nam quod maior videatur esse ratio instituendi filij quàm nepotis vt pote quem tanto dilectiorem fuisse credibile sit quanto proximioris gradus fuit *l. heredes mei. 57. §. vlt. ad SC. Trebell. l. cùm pater. 77. §. pen. de legat.* 2. mouere quidem testatorem potuit & debuit vt filium nepoti præferret, nec filio nepotem coheredem daret si non suberat causa quæ nos persæpe latet quamuis testatorem ipsum non latuerit, aliter faciendi, sed non similiter mouere nos debet, vt contra proprietatem & sensum verborum ordinem successionis inducamus, inter eos quos testator simul & coniunctim vocauit, tam apertè vt non potuerit apertiùs. Nam cùm in verbis nulla est ambiguitas non est admittenda quæstio voluntatis, *l. ille aut ille.*

25. §. 1.

25. §. 1. *de legat. 3.* neque inquirendum est, quid testator velle aut potuerit, aut debuerit cùm apparet quid voluerit, etiamsi remotiores aut proximioribus prætulerit, aut cum proximioribus vocauerit *l. omnia. 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso. de legat. 2.* Nec sanè aliud quicquam est in quo à seculi nostri Doctoribus circa quæstiones testamentarias grauiùs & perniciosiùs erretur, non valentibus iam testatoribus tam aptè & apertè loqui, vt possint effugere quæstiones quas leguleij & pragmatici nostri mera iuris ignoratione comminiscuntur & inducunt ex ementitis coniecturis voluntatis. Et verò si fuit in arbitrio testatoris filium suum & extraneum coniunctim heredes instituere, nec Bartolus ipse negaret quin eo casu extraneus simul cum filio admitteretur [concedit enim si quis Titium & filium Sempronij instituat, coniunctim illos admitti ex *l. interdum. 23. in princip. de hered. instit.* cui adde *l. si ego. 26. D. de acq. hered.*] cur volumus deteriorem condicionem esse nepotis quàm extranei? Aut quænam ratio ista est, vt quia minùs diligi debuit nepos, quàm filius, minùs etiam dilectus videatur, quàm si esset omnino extraneus? Cur non ergo tum etiam quando fuit institutus cum patre, saltem eo iure censebitur quo alius quilibet extraneus censeretur? In eámque rem textus est omnium apertissimus in *l. pen. §. institu'o. de legat. 2. & in cap. Raynutius. vbi etiam Didacus Couarr. in §. 2. num. 1. Extr. de testam.* Sed me illud præcipuè mouet, quod illo quoque casu quo institutus sit nepos qui simul cum patre admitti non posset, id est, in casu Galli Aquilij, non puto veram esse Bartoli traditionem, validámq; posthumi nepotis institutionem ita factam *filium meum & ex eo nepotem instituo*, vt post filium admitti possit nepos ex vulgari substitutione. In eóque non tantùm à Bartolo sed à cæteris quoque interpretibus omnibus qui cum Bartolo vniuersi sentiunt, ego libenter dissentio. Primùm quia licèt Scæuola in *d. l. Gallus. §.* quidam rectè [qui vnus locus omnes decepit] eorum sententiam probet qui post inductam à Gallo formulam instituendi posthumi nepotis, non putant necessarium esse vt quicquam exprimat testator de morte filij, sed sufficere vt simpliciter filium instituat, non in ea tamen est hæresi vt putet valere hodie quibuscunque verbis conceptam posthumi nepotis Aquiliani institutionẽ. Illud enim omnino semper requiritur ita institui posthumũ nepotem, itémque filiũ ex quo is posthumus nepos speratur, vt appareat duos à testatore factos esse gradus heredum ne vnquam filius & nepos simul vocati videantur. *l. cùm in testamento. 37. D. de hered. instit.* Atqui supradicta formula, *filium meum & ex eo nepotem instituo*, nihil habet quod præseferat duos gradus heredum, cum è contrario aptior alia nulla sit ad vocandum cum filio nepotem coniunctim & eodem gradu. Non potest igitur, fieri vt valeat. Aut illa etiam valebit, *filium meum cum posthumo ex eo, nepote heredem instituo*, quod tamen nec Bartolus ipse auderet dicere, quia syllaba, *cum*, inquit, denotat quandam similitudinem. Syllaba verò, *&*, magis est continuatiua nec requirit concursum vtriusque sed tantùm vt verificetur in quolibet copulatiuorum licèt diuersis temporibus. Sic enim subtiliter ille ratiocinatur. Sed cùm nobis concedat non valituram illam institutionem posthumi nepotis quæ facta esset per coniunctionem, *cum*, propterea quod ea coniunctio non admittat istam ordinis, successiui interpretationẽ, ne quidem inter eas personas inter quas sit ordo necessitatis, iã ipsius est.

probare aliud esse, si facta sit institutio per coniunctionem, *&*, rationémque aliquam reddere, cur Scæuolam velit intelligere de institutione facta filij & nepotis, potiùs quàm de institutione filij cum nepote. Ac sanè ita esse, vt non possit videri sensisse Scæuola, de posthumi nepotis institutione coniunctim facta cum institutione filij, apparet satis ex eo quod posteaquam de huiusmodi nepotis institutione diu multúmque tractauit, monet tandem *in §. in omnibus.* in iis omnibus speciebus quas exposuit obseruandum illud esse, vt filius ante omnia heres instituatur ex aliqua parte, quia nec præteriri posset, nec exheredari post mortem suam quin testamentum ipso iure nullum esset. Quæ admonitio esset superuacua saltem eo casu quo iam scripsisset in *d. §. quidam rectè.* institui posse filium coniunctim cum nepote. Cúmque in ea posthumi nepotis instituendi formula quæ omnium amplissima est in principio legis posita, non proponatur filius institutus, sed nepos duntaxat, quia supponit Scæuola fuisse filium separatim ac primo gradu institutũ, nec tractat nisi de ipsius nepotis institutione, cur in alia eiusdem nepotis instituendi formula, quam breuius concipi posse ait, ipsius quoq; filij institutionem, siue coniunctim, siue disiunctim volumus contineri? Nam nec aliud vult Scæuola, nisi quod non est necesse, vt in posthumi nepotis institutione mors filij exprimatur. At non ideò requirit aut supponit fieri posse, vt filius & nepos coniuncti per copulam *&* simul instituantur. Immò si propius inspicias hanc interpretationem excludit, cùm subiicit ita demum valere huius nepotis institutionem etiam non expresso casu mortis, si casus ille ex verbis institutionis concipi possit. Nam præter id quod hęc adiectio demonstrat, non facilè passurum Scæuolam quod vult Bartolus, vt nepotis institutio sumat interpretationem ex commentitia volũtatis coniectura aduersus vim & proprietatem verborum, quis dicat præter Bart. & eos qui non sunt ingeniosiores Bartolo, ita concepta nepotis Aquiliani institutione, *filius meus & nepos ex eo meus heredes sunto*, posse ex verbis talibus concipi casum à Gallo Aquilio expressum de nepote, non nisi post filij mortem vocando, acsi in casum mortis filij expresim vocatus esset? An fortassis, aut alia nulla, aut ista omnium optima nedum bona ratio est instituendi nepotis post mortem filij, si vnà cum filio instituatur? Debuit ergo Bartolus contentus esse aliis exemplis quæ adfert in illius loci explicationem, quæ omnibus istis absurdis carent. Vnum est si auus ita scripserit, *si filius meus heres non erit, qui mihi ex eo nascetur nepos heres esto.* Alterum est huic sola verborum figura non effectu dissimile, *Filio meo nepotem meum substituo*, quo verbo supra diximus solam vulgarem substitutionem propriè significari. His enim duobus casibus nihil quidem de morte filij exprimitur, sed tamen idem ille casus quo filius decedat viuo testatore, in vulgari substitutione comprehenditur. *lege, cùm ex filio. 39. §. quidam. de vulgari & pupillari substitutione.* Et quamuis ante formulam à Gallo Aquilio subtiliter excogitatam vulgaris substitutio non posset sufficere ad nepotis huius institutionem hodiè tamen sufficit, & aptissima esse intelligitur ob eas rationes quas attendi *libro nono Coniecturarum cap.* 10. *& libro decimo cap.* 1. Vnde alia omnia peti volumus, quæ contra Bartolum hîc disputanda essent de sententia *dicto §. quidam rectè.* Miror sanè Baldum cui perpetuum fuit studium Bartolo contradicendi, tam parum in hoc vidisse, vt cum Bartolo senserit. Is enim ad *dicto §. quidam rectè*, ita notat, sufficere vt auus

instituat

instituat filium & nepotem his verbis *filium & nepotem ex eo instituo*, & sic facta institutione verbum *instituendi* ad filium relatum propriè: ad nepotem verò, pro *substituere* sumendum esse: quod quàm ridiculum sit apparet ex ipso quoque interpretum nostrorum tutissimo brocardico. Cùm vnum verbum est plura determinabilia determinans, æqualem debere fieri determinationem *ex lege iam hoc iure. 4. De vulgari & pupillari substitutione.* Quando enim posit meliùs aut tutiùs ei brocardico locus esse, quàm cùm determinalia per copulam & coniunguntur, vt in casu proposito? Non repeto quod iam supra dixi Scæuolæ temporibus non potuisse valere institutionem etiam filij iam nati, quæ facta fuisset per verbum *institituo* si Vlpiano credimus *tit. quemadm. hered. inst. poss.* Qui ergo potest exemplum illud accommodatum esse ad Scæuolam vt posthumi quoque nepotis institutio longè difficilior vtiliter concipiatur? Verùm his omnibus nugis illud vnum causam dedit quod habent isti omnes pro re explorata, duce semper Accursio, posthumum nepotem institutum ex præscripto Aquilianę formulę substitutum vulgarem dici debere non institutum, quod nos iam refutauimus in Error. 7. Decadis huius, & fusius in coniecturis nostris cùm passim dicatur institutus numquam substitutus vt apparet ex tot. *d. l. Gallus & ex l. si mater. 33. §. si filius. De vulg. & pupill. subst.* Nunquam enim ei defertur secundo gradu hereditas, sed semper primo, cùm tamen vulgaris substitutio ex secundo gradu, gradus autem ex delatione æstimetur. Nec quod supra diximus casum Galli Aquilij in vulgari quoque substitutione contineri, huic sententiæ nostræ contrarium est. Id enim eo pertinet, vt qui alteri vulgariter substitutus fuit *si is heres non erit* perinde admitti posit si heres institutus viuo testatore decesserit, acsi fuisset ille superstes testatori & hereditatem repudiasset. Verùm cùm hac differentia quod instituto mortuo post testatorem & ante aditam hereditatem admittitur substitutus iure substitutionis & tanquam substitutus: qui tamen præmortuo instituto ante testatorem, non admittitur tanquam substitutus, at potiùs tanquam institutus, euadente substitutione in institutionem, ob hoc ipsum quod in hoc casu hereditas quæ viuentis testatoris nulla fuit, nec proinde instituto deferri vnquã potuit, substituto ipsi & primùm & soli defertur. quæ sententia & ratio est *dict. l. cùm ex filio. 39. §. vlt. eod. tit. de vulg. subst.* vbi ob hanc causam substitutus qui euasit in institutum admittitur in iure adcrescẽdi cum aliis institutis, cum quibus tamen concurrere non posset tanquam in remotiore gradu cõstitutus si iure substituti admitteretur. Faciunt ergo ineptè interpretes nostri cùm ad vulgares substitutos accommodant ea quæ scripta sunt de instituto nepote Aquiliano. Tanto autem ineptiùs quòd etiamsi esset iste dicendus substitutus vulgaris, non ideo tamen posset eadem ipsius ratio constitui quæ aliorum substitutorum, quia certum est nepotem Aquilianum, si ius illud inspiciamus quod Galli Aquilij & Scæuolæ temporibus obtinebat, nullo casu potuisse cum filio concurrere in aui successione, quoniam si testatori superstes filius esset quomodo superstitem esse oportebat vt posset succedere, non poterat posthumus nepos non nasci alienus, ac proinde talis, qui non poterat institui iure ciuili. Ob idque mirum non esset admissa etiam hac formula quæ interpretibus tantopere placet, *instituo filium meum, & ex eo nepotem.* non nisi ordine successiuo institutum videri nepotem, qui nec volente testatore admitti cum patre suo vnquam posset *d. l. cùm in testamento.*

37. *D. de hered. instit.* In eoque sunt omnino ridiculi interpretes qui nepotẽ hunc tum etiam cùm à testatore disertis verbis institutus est, habent pro substituto: quem è contrario etiamsi expressim substitutus esset deberent habere pro instituto, euadente substitutione, vt modo dicebamus in institutionem, quomodo euadere illam prorsus necesse est vt nepos admitti possit, At substituto vulgariter alio quolibet præter nepotem hunc Aquilianum, non idem tractari potest, cùm nihil prohibeat quominùs ex vulgari substitutione succedat in omnem casum quo institutus heres non sit, siue quia noluit siue quia non posit, & siue viuo siue iam mortuo testatore institutus decesserit. Neque necesse est vt euadat ille in institutum cùm posit succedere tanquam substitutus, quando substitutus est. Eadem igitur ratione fatendum est, si nepos hic talis sit qui posit etiam viuo filio institui & heres esse, quique simul cum filio institutus sit, quomodo institui hodie potest nepos quoque Aquilianus nihil causæ esse cur inducamus ordinem istum successionis & pro substituto habeamus illum qui non solùm sit institutus, sed etiam coniunctim institutus, cùm eo cum quo etiam coniunctim admitti posit. Cessante iam ratione illa quæ fecisset olim vt aliud Scæuola in nepote Aquiliano respondisset, si tamen ei vnquam tale quid in mentem venisset vt responderet quod ab eo responsum interpretes arbitrantur. Nec simile est exemplum quod solent adferre nostri inter quos Guid. Pap. *conf.* 6?. de patre sibi filiis suis stipulante vt dicemus in Error. seq. At quid si quis instituerit Titiũ, siue filius ille sit, siue frater, siue extraneus quilibet *& ipsius liberos*, nondũ eo tẽpore natos? Hoc quoq; casu putant pleriq; videri vocatos liberos ordine successiuo, cùm simul admitti nequeant qui nondum sunt nati, déque illo tantùm disputant vtrum in casum vulgarem duntaxat vocati videantur, an in casum etiam fideicommissi, easdémque ferè distinctiones adhibent quas supra retulimus circa nepotem cum patre institutum. Ego verò magis esse puto vt eos qui coniunctim cum alio instituti sunt, vel cum ipso quoque cõiunctim succedere necesse sit, vel nullomodo. Itaque cùm ab initio valeat eorum institutio, postquàm placuit posthumũ quemlibet etiã alienum heredem institui posse, non tam illud inspiciẽdum est, vtrum in rerum natura sint tempore testamenti, quàm vtrum eo tempore quo & hereditas, & hereditatis delatio ex testamento per legem aliqua esse incipit, si eo tempore vel iam editi vel saltem concepti sint, habebant commodum institutionis simúlque cum patre ipso admittentur si verò tunc neque editi neque concepti proponantur potest quidem tentari nullius momenti esse quòd ad eos institutionem totamque hereditatem pertinere ad Titium qui solus institutus reperitur nemine partem ei faciente [Quod enim ei relinquitur qui delationis faciendę tempore in rerum natura non est pro nõ scripto haberi conuenit, si quidem potestas legis cuius est hereditatem deferre non potest in suspenso manere si institutio ipsa non aliqua condicione suspendatur.] verius arbitror, hoc casu pendere institutionem in id vsque tempus quo vel nati fuerint Titio liberi vel certum esse cœperit nullos amplius nasci posse, quoniam negari non potest quin eorum omnium qui nondum nati sunt institutio tacitã illam conditionẽ habeat, si nascẽtur: quæ vtrum expressa sit an tacitè subintelligatur parum refert quod ad hoc vt retineat institutionem in suspenso *l. interdum.* 73. *D. de verbor. obligat.* Interim igitur partem habebit Titius, & quidem dimidiam, quia quotquot liberi ei nascituri

sunt

sunt non nisi ad vnam dimidiam vocati intelliguntur, tanquam vocati sub vno eodémque nomine collectiuo liberorum *d.l.si quis Attio 7.D.de vsufr. adcresc.* Alterius verò partis bonorum curator dandus erit, qui bona interim administret in eorum commodum qui ex ea parte heredes quandoque futuri sunt, siue Titij liberi sint siue ipse Titius, vt fieri solet quoties heres expectatur *l.1.D.de curat. bon.dand.* Nam vt Titius qui non nisi ex parte scriptus fuit totam hereditatem habeat quandiu coheredem aliquem habere potest licèt nullum adhuc habeat fieri certè nequit.*l.2.D.si pars hered. petat.l. planè.34.§.si coniunctim.de legat.1.l.coniunctim.80.de legat.3.* Multo magis idem obtinebit si quis substituerit. *Titium & liberos eius nascituros.* Nam cùm substitutio vulgaris quælibet tacitam habeat condicionem vel expressam. Si heres non erit ille qui fuit institutus, faciliùs est vt vulgariter substituantur nondum nati, quàm vt instituantur, siquidem sufficere potest vt vel in hominum, vel saltem in rerum natura reperiantur eo tempore quo euenit condicio substitutionis, id est quo heres institutus desiit posse heres esse, siue per mortem, siue per repudiationē exclusus. Etsi nec tempus illud vsque adeò spectandum esse arbitror vt non possint admitti ex ea substitutione illi etiam qui postea concepti fuerint, propter aliam tacitam condicionem illam quam supra diximus inesse institutioni nasciturorū, *si nascentur.* Eadem namque ratio facit vt necessariò insit etiam substitutioni. Scio equidem placere multis liberorum, siue institutorum, siue substitutorum mentionem quantumlibet generalem ad eos restringendam esse qui tempore condicionis euenientis iam nati reperiantur. Sed mihi videtur nimia & improbabilis hæc restrictio, cui proprietas verbi repugnet. An non enim æquè sunt liberi Titij quotquot ei quandocunq; nascuntur. Illud probabilius defendi potest. Institutis cum Titio, vel substitutis ipsius liberis simpliciter, illos solos videri institutos aut substitutos si qui sint, qui iam editi fuerūt vel saltem concepti moriente testatore, vt pote quos credibile sit prædilectos fuisse hactenus, ne per concursum aliorum qui postea nati ac testatori omnino incogniti fuerunt, ipsorum portio minuatur. Exemplo eius quod de fideicommisso familiæ relicto scribit Modestinus in *l. omnia.32. aliàs l. cùm ita.§.in fideicommisso.de legat.2.* Sed si nulli eo tempore fuerunt, vel qui fuerunt decesserint antequam heredes essent non potest hæc interpretatio alios excludere quominùs cum Titio patre admittantur. Planè quamuis dici soleat liberorum nomine descendentes omnes etiam qui remotioris gradus sint, contineri *l.liberorum.220.de verb.signific.* non ideo tamen credendum est Titio datos videri coheredes non tantùm filios eius, verùm etiam nepotes & pronepotes filiis existentibus. Quoties enim plurium graduum personæ sub vno eodémque nomine collectiuo vocantur, illi priore loco vidêtur inuitati non qui priore tempore, sed qui priore gradu procreati sunt *d.§. in fideicommisso. iunct.l.si heres mei.57.§.vlt.ad SC.Trebell.* Nullis verò filiis existentibus nihil vetat etiam nepotes tanquam liberos. Titio ano coheredes fieri, sed eos demum qui viuo ipso saltem concepti fuerint, alioqui nec nepotes ipsius dici possunt qui eo iam mortuo sint cōcepti. *l.1.§.si quis proximior.D.vnd.cognat.l.Titius.6.& seq.D.de suis & legit.*

ERROR NONVS.

De patre stipulante, aut aliter contrahente pro se & filijs suis.

SVNT quos pudeat sequi aliorum errores, nisi hoc agant, vt ratione aliqua id facere videantur, quibus tamen euenire necesse est, vt nouis erroribus se implicent, cùm errori ratio fauere, ac suppetias ferre nunquam posit. Hoc autem in supra disputata quæstione iis euenit, qui vt cum Bartolo defendât institutionem coniunctim factam earum personarum, inter quas ordo adfectionis cadat, intelligendam ita esse, vt inter eas ordo etiam successionis inducatur, adferunt rationem. Quoniã inquiunt, idem cõtingere cernimus si pater sibi & filiis suis stipuletur. Nã sibi primùm, deinde post mortem suam filiis suis dari stipulatus intelligitur. Quomodo ratiocinatur Guid.Pap. *consil.* 60. vt est ille perpetuus & exercitatissimus in Bartoli erroribus tuendis & comprobandis, ita vt vix aliud quicquam sciuisse videatur, quam quod Bartolum sciuisse putabat, sed si verum amamus, quæ Bartolus ignorauit. Quamquam esset fortassis Papiniano nostro æquiparandus, ne addam præferendus si omnia sciuisset, quæ Bartolus nesciuit. At nec Bartolus ipse tam facilè audet propositionem illam adstruere de successionis ordine inducendo in contractibus, si quis pro se & filijs suis aliquid stipulatus sit vel emerit aliter contraxerit. Dignámque putat esse quæstionem quam separatim tractet, *in d.l. Gallus.* 29. *§. quidam rectè. de liber. & posthum.* Itaque postquam circa institutionem eas adhibuit distinctiones quas proximo capite retulimus & refutauimus, querit ille ex proposito *num.* 8. quid in contractibus? Et refert quidem putare nonnullos in contractibus quoque ordinem eundem successionis locum habere. Sed tamen distinguendum esse putat quid actum sit, id autem potissimum esse considerandum ex qualitate in condicione rerum super quibus pactum contractúsve interponitur. Vt si tales sint quę de sui natura transeant ad heredes, videatur pater acquirere voluisse filiis vt heredibus, & sic non pro virilibus, sed pro hereditariis portionibus si fortè ex in æqualibus fuerint instituti: si verò tales sint quæ de sui natura transeant nisi ad filios, tunc videatur stipulatus filiis, vt filiis non vt heredibus. Ex quo infert admittendos esse filios ex eiusmodi contractu post mortem patris pro virilibus non pro hereditariis portionibus, adfértque exemplum in operis libertorum ex *l. vt iurisiurandi.* 7. *§. si liberi. iunct. l. si quis operas.* 5. D. *de oper. libert.* Itémque in emphyteusi ecclesiastica quam placet non transire ad extraneos heredes sed tantum ad filios & nepotes. Ex *Nouell.* 7. *de non alien. aut permut. reb. eccles. cap.* 3. *§. emphyteusin.* In dubio autem & alio non apparẽte concludit videri patrem filiis pactum esse non vt filiis, sed vt heredibus secutus opinionẽ glossæ quæ hoc ipsum nominatim tradit in *l. si tibi* 17. *§. si pactus.* D. *de pact.* qui tamen locus si quid video hanc sententiam apertissimè conuellit. Ibi enim Paulus scribit. Si pactus sim ne à me néve à Titio petatur, non profuturum hoc pactum Titio etiamsi heres mihi extiterit, quia ex postfacto, inquit, pactum illud confirmari non potest, cùm ab initio fuerit inutile quantum ad personam

ſonam Titij cui non magis exceptio quàm actio per me acquiri potuit. *Et hoc Iulianus ſcribit in patre*, inquit Paulus, *qui pactus erat ne à ſe néue à filia peteretur, cùm filia patri heres extitiſſet.* Filiam ſcilicet quanquam heredem patris non poſſe tueri ſe huiuſmodi pacti exceptione aut alia vlla ratione commodum ſibi aliquod ex eo comparare cùm neque ex propria perſona ius vllum habere poſsit ex pacto patris, per quem nihil poteſt acquiri filiæ *l. cùm dos.7. verſi. ſi verò filia. D. de pact. dotal.* neq; tanquam ipſius patris heres, quando pactum fuit perſonale, quale iſtud eſt ex qua parte paciſcitur pater ne à ſe petatur, vt idē Paulus ſcribit in *ead. l. ſi tibi. §. ſi quis paciſcatur.* vbi verba illa, *ſed vt ab herede petatur*, quæ lineis intercluſa ſunt, quomodo ſolēt eſſe quæ ſunt ſuſpecta, deleri haud dubiè omnino debent, quia tum quoque cùm quis paciſcitur ne à ſe petatur, licèt non addiderit ſed vt ab herede petatur, heredi tamen non prodeſſe exceptionem certum eſt. At qua ratione pater paciſci filiæ non poteſt, nudo pacto, eadem neque ſtipulari alitérue liberorum gratia contrahere poteſt, quia generaliter verum eſt quod ait Pomponius in *d. l. cùm dos*, patri quidem per liberos quos in poteſtate habet acquiri poſſe, ſed liberis per patrem non poſſe. Nec verum eſt quod vulgo noſtri ad Paulum ſupradicto loco notant, filiam non poſſe equidem habere exceptionem pacti ex pacto patris etiam cuius heres ſit, ſed dandam ei exceptionem doli ex eo quod idem Paulus ſcribit ex eodem Iuliano in *l. & heredi. 21. §. nos autem. D. eod. tit. de pact.* illis verbis, *Iulianus quoque ſcribit ſi pater pactus ſit ne à ſe néue à filio petatur magis eſt vt pacti exceptio filiofamilias danda non ſit, ſed doli proſit.* Nam ſi ita eſſet, quid obſecro in effectu referret, an pacti an verò doli exceptionem haberet filia ex pacto patris? Aut quomodo verum eſſe poſſet, quod Paulus apertè ſcribit tam in *d. §. ſi pactus, quàm in d. §. nos autem*, pactum patris ne à filio filiáue petatur, ſoli patri prodeſſe ſi filij aut filiæ nomine conueniatur, non etiam ipſis liberis etiam quos habeat in poteſtate. An non tam prodeſſet pactum ex quo daretur exceptio doli, quàm ex quo exceptio pacti? Et quamuis non negem multum referre quantum ad rationem iuris prætorij quod exceptiones introduxit, an pacti exceptio detur an doli, quoniam hæc illi ſubſidiaria eſſe ſolet, ſicut & in factum exceptio ſubſidiaria eſt exceptioni doli. *l. reſcriptum.* 10. *§. vltim. eod. iunct. l. licèt famoſæ.* 7. *§. nec exceptiones.* D. *de obſeq. parent. & patr. præſt. l.* 4. *§. aduerſus.* D. *de doli mali except.* [vbi malè, *apud bonos mores*, pro eo quod legendum eſt, *apud bonos viros.*] Attamen ſi effectum rei & poteſtatem exceptionis conſideres, quid poteſt intereſſe an hæc an illa exceptio accommodetur cùm is qui excipit, tantùm per vnam quantum per aliam conſequatur? Denique quid videri poteſt facere dolo malo is qui pactus cum patre de non petendo à perſona patris, nec à perſona filiæ, vtiliter quidem quod ad patrem, ſed inutiliter quod ad filiam, à filia petit ſiue viuo ſiue mortuo patre, ac ſiue ſit illa heres patris ſiue non ſit? Neutro enim caſu venit contra pactum, neque ex qua parte fuit conceptum in perſonam patris cuius illa heres ſit, quia fuit pactum perſonale & conſequenter, extinctum cum patris perſona, nec tranſmiſsibile ad heredem. Neque ex qua parte fuit conceptum in perſonam filiæ quia cùm hoc intuitu ſit inutile, etiam apud prætorem, qui animaduertit ante omnia ne pactum inter alios initum alijs noceat aut proſit *l. ſi vnus. 27. §. pacta quæ turpem. verſic. ante omnia.* D. *de pact.* pro non interpoſito

habetur. Sed tamen vrgent valde pro interpretibus suprà relata Pauli & Iuliani verba, & tam fortiter, vt cùm pro me constet de iuris oratione dubitandum non sit, quin vnus hîc esse videatur ex iis locis qui emendatione nostra indigent. Lubricus enim error fuit & qui facilè potuit irrepere ex imperitia primùm ex scriptoris alicuius, deinde etiam interpretis, cùm scriptum esset more florentini librarij, *sed soli Prosit*, pro eo quod pluribus literis scribendum fuisset, *sed soli patri prosit*, litera *P.* maiuscula pro duabus posita, quarum altera sufficere posset ad integram dictionem *patri*, significandam, altera subseruiret principio sequentis dictionis, *posit*, quod quia non intellexerunt, putantes scriptum, *sed soli prosit*, facilè in eum errorem prolapsi sunt, vt pro *soli*, crediderint reponendum *doli*. Facit autem hæc nostra emendatio vt & Paulus & Iulianus non solum inter se: verùm etiam cum seipsis bene conueniant, qui alioqui à seipsis, quoque dissentirent. Id enim vtroque loco & Paulus & Iulianus scripserunt soli patri non etiam filiæ tale pactum prodesse debere. Patri inquam siue proprio, siue filij sui filiæúe nomine conueniatur, sed diuersis tamen, vt aiunt, respectibus. Ipsi enim si proprio nomine conueniatur, prodest pactum quatenus pactus ille est, ne à se petatur. Si verò ex persona & nomine filij vel filiæ, prodest ei quatenus pactus est ne à filio petatur. Eatenus siquidem interest patris, vt pactum à se ipso interpositum defendatur, suúmque effectum habeat: id faciente iure potestatis, vt quemadmodum ex contractibus filiorum quos in potestate nostra habemus conueniri possumus, ita pacisci & consulere nobis possimus ne ab iis petatur, vt eorum nomine non cõueniamur. Quod si pactum non valet in persona filij cum pater sibi & filio suo paciscitur, similiter nec stipulatio valebit, aliúsue vllus contractus, quoniam vna eadémque est iuris regula, quæ facit vt alij nec paściści nec stipulari alitérue contrahere quisquam possit, quoniam ad hoc comparatæ sunt obligationes omnes vt vnusquisque acquirat sibi quod sua interest *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. D. de verb. obligat. iunct. l. si mihi & Titio. 110. eod. l. fundus ille. 64. D. de contr. empt.* Non dico stipulationem non valere siquis filio suo stipuletur quem habet in potestate. Valet enim perinde ac si pater sibi ipsi stipulatus esset. *l. eum qui. 56. §. qui sibi. l. dominus. 39. de verb. oblig.* Sed dico, non valere stipulationem in persona filij vt ex ea filius ipse agere, sibique commodum aliquod parare posit, ne quidem patre mortuo, adeóque nec si pater contulerit stipulationem in id tempus quo pater ipse iam erit mortuus, vt in specie *l. pater. 23. D. de pact. dotal.* vbi non dubitat Africanus quin inutilis stipulatio sit quantum ad filios quibus in potestate constitutis, pater post mortem suam dari stipulatus fuerat, non secùs quàm si sibi aut post mortem suam extraneo cuilibet, putà Titio stipulatus fuisset. Id enim est quod significat postrema illa legis clausula *& perinde habendum acsi talis stipulatio interposita fuisset, si nauis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam Lucio Titio dari spondes?* Et quamuis placeat Africano ex eiusmodi stipulatione filios agere posse, & duas dotis partes petere quæ fuerant in stipulationem deductę, non tamen admittit eos vt filios, sed vt heredes quoslibet, vt ostendit responsi ratio quam ille adfert iis verbis, *etenim eius stipulationis vim hanc esse, vt si in matrimonio mortua filia esset, dos patri redderetur*, nulla scilicet facta mentione liberorum. Vt intelligamus

ligamus cùm eorum mentio facta est, licèt fuerint illi stipulationis tempore in patris potestate, ipsorum tamen personas pro non adiectis habendas esse, sicuti pro non adiecto habendus esset extraneus cui dari stipulator, *post mortem suam*, stipulatus fuisset. Atqui si non esset adiecta liberorum mentio in stipulatione, nemo diceret posse illos ex ea stipulatione agere tanquam filios, nec si essent heredes patris, sed solum ius illud haberent, vt possent agere tanquam alij quilibet heredes patris, quoniam quisquis sibi paciscitur vel stipulatur, non tantùm sibi: sed etiam heredibus suis pacisci & stipulari intelligitur *l. si pactũ.* 9. D. *de probat.* Idẽ ergo dicendũ est, cùm eorũ mentio facta fuit in stipulatione: quod omniũ apertissimè exprimũt vltima illa legis verba, *nam etsi post mortẽ stipulatoris nauis venisset, heredi deberi.* Et hæc proculdubio Africani sentẽtia est, quã tamẽ magnus Africani interpres non percepit, vt nec alius quisquam ex cæteris aut veteribus aut recentioribus, quemadmodum alio loco pluribus ostendemus. Igitur cùm ex eiusmodi stipulatione patris qui sibi & filiis suis siue simpliciter siue post mortem suam dari stipulatus est, nullum ius acquiri possit liberis, nisi vt si heredes sint, actionem illam habeant, quam alius quilibet extraneus heres iure hereditatio habiturus esset: fatebor quidem quod vult Bartolus non nisi ordine successiuo admitti eos posse, cùm viuentis hominis neque heres, neque hereditas esse possit; sed non æquè admittam quod idem ille vult, hoc ius iis competiturum ex verbis stipulationis, quibus facta sit ipsorum mentio, & ex vi coniunctionis mutatæ in disiunctionem, cùm vtroque casu æquè sit inutilis expresio liberorum, siue pater sibi & filiis suis, siue sibi aut filiis suis stipulatus proponatur. Nam & cùm quis sibi & heredi suo, aut sibi vel heredi suo dari stipulatur, inutilis omnino est expresio personæ heredis: Non quia heres agere ex ea stipulatione non posit: sed quia perinde agendi ius haberet, etiamsi nihil de illo in stipulatione cautum esset, nec agit tanquam nominatus siue proprio nomine, vt putà Titij, siue appellatiuo, *heredis*, sed tanquam heres stipulatoris, cui stipulatori verum est quæsitum ius fuisse: cum quod ad eius personam attinet, non posit inutilis videri stipulatio. Ideoque si in stipulatione nominati sint filij sub vtroque nomine & filiorum & heredum: contingat autem alios stipulatori esse heredes, non proderit filiis quod sint filij, cùm non sint heredes, quanquam nocebit veris heredibus quòd non filij sint heredes. *l. tale pactum.* 40. *§. vlt.* D. *de pact.* quia nulla quidem ratio est cur proprium nomen attendi debeat eius cui stipulari defunctus nec noluit nec potuit, nisi tanquam heredi, difficiliùs sanè est vt cùm quis sibi & Titio heredi suo stipulatur, deinde alium quàm Titium habet heredem, actio ex stipulatione detur heredi, quàm vt eidem detur exceptio doli in specie *d. §. vlt.* quia ad inducendam exceptionem doli sufficit aliquid fieri contra id quod actum est à paciscentibus vel contrahentibus. Expresio autem nominis personæ, quam paciscens vel stipulator eo tempore sperabat heredem sibi fore, non facit quin appareat paciscentem vel stipulatorem ei personæ tanquam heredi potiùs, quàm quasi Titio aut quasi fratri prospicere voluisse. Vt verò detur actio ex stipulatione, non sufficit voluntas contrahentium, nisi adsint etiam verba stipulationis. Verba autem euidenter repugnant cùm Titij vel fratris nomen expressum est, licèt adiecta qualitate heredis, vt alius heres quilibet, qui neque Titius

neque frater sit stipulatione cõtineri intelligatur. Vnde est quod nec in specie *d. §. vlt.* dat Papinianus heredi exceptionem pacti, sed tantùm exceptionem doli quæ subsidiaria est exceptionis pacti. *l. rescriptum. 10. §. vlt. eod.* quia nimirum exceptio pacti non aliis dari potest quàm iis, quorum personę pacto nominatim comprehensæ sunt, vel eorum successoribus; sicut neque actio ex stipulatu aliis quàm qui in stipulatione nominati fuerunt. Nec facilius est vt pacti exceptio, quàm vt ex stipulatu actio detur ei, de quo nihil in pacto vel in stipulatione dictum est. Sed vt detur doli exceptio ei quoq; de quo nihil dictum fuit, dummodò actum de illo fuerit, facillimum est. Atque ita intelligi proculdubio debet Papinianus. Alia ratio, quam adfert Bart. vt probet ex stipulatione quam pater interposuerit pro se & pro filiis suis admitti filios ordine successiuo, non melior est. Ait enim, quod filio acquiritur ex stipulatione & prouisione patris esse profectitium, ex eóque infert. Non igitur posse acquiri filio nisi post mortem patris: quia si viuo patre acquireretur filio, consequens fieret vt acquireretur patri per filium etiã hodie, cùm nihil in peculio profectitio immutatum sit à Iustiniano in *L. cùm oportet. 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Nam probat quidem hæc ratio. Nihil posse filio acquiri viuo patre ex stipulatione patris: sed non probat posse quicquã acquiri filio etiam post mortem patris. Prius enim probandum esset valere stipulationem quantum ad personam & vtilitatem filij, siue pater sibi & filio suo, siue sibi aut filio suo dari stipulatus sit, quod nos negamus tum quoque cùm post mortem patris collata stipulatio est, *ex d. l. pater. 23. & l. si ita conuenerit. 9. D. de pact. dotal.* Atqui nec Bartolus probat, nec pro Bartolo probare quisquam posśit, valere huiusmodi stipulationem quod ad filij personam & vtilitatem. Et quamuis casus ille sit dubitabilior, si pater stipulatus sit dari post suam mortem filiis suis propter aliquos iuris locos, qui in eã specie videntur vtilem actionem dare filio etiam qui non sit heres patris. *L. quodcunque. 45. §. si quis ita.* D. *de verb. oblig. L. pater. 7. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* de quarum legum sententia scribemus fortasse, latiùs *lib. 19. Coniecturarum*, hic tamen casus quem nunc tractamus de patre qui sibi & filiis suis simpliciter stipulatus est coniunctim, aut etiam disiunctim, *sibi aut filijs suis*, nullam omninò recipit dubitationem, quin liberorum mentio haberi debeat pro nõ adiecta, siue proponas in potestate fuisse liberos stipulationis tempore, siue iam tum emancipatos: & rursum, siue pactus sit pater filiis tanquam filiis, siue tanquam heredibus, siue denique hoc expresso, quòd iis prospicere vellet tanquam heredibus, siue ex tacito intellectu, & per interpretationem ea præsumptio capiatur. Nec pugnat cùm hac nostra sententia quod nostri obiiciunt de operis liberti, valere earum stipulationem etiam in fauorem & vtilitatem liberorum, si quis à liberto sibi liberísque suis operas stipulatus sit ex *d. l. si quis operas. 5. D. de oper. libert.* adeóque licèt liberi non sint heredes patris, vt constat ex eo, quod Caius scribit in *L. cùm patronus. 22. §. 1. eod.* cùm libertus promiserit patrono se operas daturum, neque adiecerit *liberísque eius*, nihilominùs liberis deberi: sed ita demum si patri heredes extiterint, vt in hoc minus iuris habeant quàm liberi, quorum mentio adiecta est in stipulatione, quòd in illis de quibus cauit stipulatio non est necesse vt sint heredes. Nam respondeo esse hoc iuis speciale operarum, vt eas à liberto stipulari posśit patronus, non tantùm sibi, sed etiam liberis suis, vt hoc veluti præmio inuitentur domini ad dandam eo facilius seruis suis libertatem,

cuius beneficium tantum esse creditur, & re vera est, vt nihil non possit ex ea causa libertus debere patrono,& liberis patroni. Vsque adeò vt quamuis operæ nullæ promissæ sint, non eo minùs tamen naturâ deberi intelligantur. *l.si non sortem.26. §.libertus.D.de condict. indeb.* nec minùs patroni liberis,etiamsi patris heredes non sint, quàm ipsi patrono; quia & cùm heredes non sunt patronorum, tamen iura retinent, dum ne sint exheredati. *l.si operarum.*29.D.*de oper.libert.*& cùm heredes sunt instituti etiam ex inæqualibus partibus,patronorum tamen ius & nomen habent,& consequenter operarum petitionem pro partibus æqualibus, non pro hereditariis. *d. l. vt iurisiurandi.*7.§.*si liberi.eod.* quod ego sic intelligo, etiamsi operas illas patronus sibi tantùm,non etiam liberis suis stipulatus sit. Quinimò quod magis est, interdum operarum manet petitio,etiamsi ius patroni non sit, vt euenit in fratribus eius cui adsignatus est libertus, aut in nepote alterius patroni,extante alterius patroni filio. *l.4.& vlt.eod.* Cur non ergo debeat licere patrono stipulari operas à liberto non tantùm sibi, sed etiam liberis suis,in illum etiam casum,quo non sint illi futuri heredes? multo magis cõcepta simpliciter stipulatione, quomodo concipi solebat non expresso eo, an liberos heredes habiturus esset pater, necne. Nam libertus non magnam in hoc iniuriam patiebatur, cùm operarum stipulatio ad heredem extraneum transire non posset, nisi post litem à patrono contestatam. *d.l.si operarum.* iunctis iis quæ de illius loci emendatione & interpretatione scribit Cuiacius *lib.*17. *Obser.cap.*14. quòd indignum esset ciuem Romanum obligari ad operas alij præstandas, quàm ei ipsi à quo libertatem accepisset, aut saltem liberis eius. Quod igitur non poterat patronus heredi suo extraneo acquirere,fuit æquum vt posset liberis suis etiam non heredibus stipulari, aut etiam citra stipulationem liberis suis acquirere, & in eos transferre, ita demum si heredes essent,vt plus iuris haberent qui essent & liberi & heredes,quàm qui vel liberi tantùm,vel heredes tantùm. Quoties autem pater sibi suisque liberis stipulatur, non vocantur liberi simul & coniunctim cum patre,sed ordine successiuo. Non propter ordinem illum adfectionis quem ponderat Bartolus,sed propter ordinem necessitatis,quia fieri nequit vt patronus, & patroni liberi simul admittātur ad ius patronatus,nec proinde ad petitionem operarum,quæ non nisi propter ius patronatus debentur. Non enim habent liberi ius vllum patronatus, quandiu pater viuit, nisi quod iis tum quoque debetur reuerentia, ne in ius vocari à liberto possint sine venia prætoris. *l.adoptiuum.*8.§.*vlt.D.de in ius vocand.* Nec quòd patris & filij vna eadémque persona esse creditur, propter ius patriæ potestatis, facere debet vt existimemus commune esse ius patronatus patri & liberis eodem tempore. Siquidem non ius patriæ potestatis illud est,quod tribuit filio patroni ius patronatus,sed nomen filij. Vnde est quod parui refert an emancipati sint filij, an in potestate. *d.l. vt iurisiurandi.*7.§.*parui autẽ refert.de oper. libert.*dum ne sint exheredati. *d.l.si operarum.*29.*eod.iunct.l.si ex patronis.*12. §.1.*& ll.seqq.l.Paulus.*47.*de bon.libert.* Ex qua exceptione tāto magis apparet nullum ius patronatus habere liberos patroni,nisi ex persona patris;alio qui si quod haberent ex persona propria nõ posset iis auferri per exheredationem, nec rursus si quod habuissent viuo patre & cum patre, siue quod ad causam successionis, siue quod ad exactionem operarum. Et inde etiam est quod dubitatum olim fuit, an libertorum iura salua essent liberis quorum

pater perduellionis damnatus, aut ex alia causa punitus esset: quanquam ex benignitate Imperatorum placuit salua esse. *l. iura libertorum. 4. D. de iur. patronat.* Denique dicitur ius patronatus transire à patre in liberos. *d. l. adoptiuum. §. vlt.* & à patre ad liberos peruenire in *l. 3. D. de interd. & releg.* vt appareat fieri non posse, vti patrono viuo liberi ipsius iura patronatus, aut operarum exactionem habere intelligantur, nec si pater velit, sicut nec in potestate patris est, qui libertatē ipse dedit vt liberos suos faciat patronos, cùm patronus ille sit qui manumisit, & quidem solus quandiu viuit. Proinde mirum videri non debet ex stipulatione, quam patronus pro se liberisque suis interposuerit, non admitti liberos ad exactionem operarum, nisi ordine successiuo, & mortuo demum patre, vel ob hoc ipsum ne nimis libertus oneretur, si patrono permittatur non tantùm pro se, quod magnum per se est, sed etiam pro liberis suis se viuo, & coniunctim stipulari operas ab homine & libero & ciue Romano, quamuis non ingenuo, sed libertino. Satisque esse debet patrono, quòd ex hac causa permittitur ei contra iuris communes regulas stipulari liberis suis, vt ex stipulatione operas petere possint post mortem patris. Sed non potest bona esse consecutio, si quis ex eo inferat quomodo infert Bartolus. Idem ergo admittendum esse si quis pro se suisque liberis centum, aut quid aliud ab extraneo, id est, qui eius libertus non sit, stipuletur. Dissimilitudo namque in eo est, quòd posteriore hoc casu non valet stipulatio quantū ad personas liberorum, & idcirco nullus quæstioni locus relinquitur, an admitti debeant simul cum patre an ordine successiuo: cùm etiamsi admittantur post patrem, non tamen admittantur tanquam nominati in stipulatione, sed tanquàm alij quilibet stipulatoris heredes etiam qui nominati non fuissent.

ERROR DECIMVS.

De emphyteusi, quam quis pro se & filijs suis acceperit.

QVOD autem postremo loco adduci solet à Bar. & cæteris de emphyteusi, quam quis pro se suisq; liberis acceperit, interposita etiam, vt fieri solet in eam rem stipulatione. Admittendos scilicet liberos post mortem patris & ordine successiuo ad emphyteusim, & quidem pro virilibus portionibus, licèt inæqualiter instituti proponantur. Etsi Doctores nostros omnes in eo cōsentire video, vereor tamen ne non sit verum. Nam quod Iustin. constituit in *d. §. emphyteusim. Nouell. 7. de reb. eccles. non alien.* vt emphyteusis ecclesiastica non possit transire ad extraneos heredes, sed tantùm ad filios vsque ad secundum gradum, non ita est accipiendum, quasi velit Iustinianus, quod volūt nostri posse filios in emphyteusi succedere ex patris stipulatione tanquā filios, tametsi non sint heredes, sed è cōtrario, vt ita demū possint in emphyteusi succedere, tanquā filij, si etiam heredes sint: hactenúsq; tantùm prosit iis ius filiorum & nomen, quatenus prodesse iis potest ius & nomen heredum, aliis qui liberi non essent minimè profuturum. Et ita esse vt Iustin. duo ista coniunctim requirat, quòd eius qui emphyteusim accepit filij, & filij sint, & heredes,

des,probāt clarißimè verba illa,*& in duobus eiusdē persona heredibus*,i.heredum gradibus,*deinceps,filijs tantùm solis masculis,aut fœminis, aut nepotibus vtriusq; natura*. Itē quod sequitur, *alioqui nō transire ad aliquē alterū heredē*. Illa nāq; dictio *alterū*,implicat heredes etiā esse oportere illos,in quos prius dixerat emphyteusim trāsire. Ex eóq; infero,nō ex stipulatione patris trāsire emphyteusim ecclesiasticā in filios,sed iure hereditario. Nec enim illud etiā requirit Iustin. vt qui emphyteusim accepit aliquā filiorum suorū mentionē adiecerit[in quo errauit Iulius Clar.*in §.emphyt.q.28.nu.1.in fi.* vbi ait emphyteusim ecclesiasticā simpliciter concessā, nulla facta mētione filiorū, nec heredū,finiri stricto iure in persona accipiētis, & de hoc esse textum,vt ipse loquitur,rotundū in *d.§.emphyteusim*.]immò vult,vt simpliciter accepta emphyteusis trāseat ex sui natura ad filios & nepotes accipientis,quáuis nulla eorū mentio facta sit,non etiā ad pronepotes,aut ad extraneos heredes,etiāsi de ipsis expreßim cautū proponatur.Solúmq; in viro & vxore hoc exigit,vt de iis nominatim cōuenerit,si ad emphyteusim admitti velint,nō tanquā vir & vxor,quod neq; filiis tanquā filiis conceditur; sed tanquam heredes,si tales reperiantur. Sic namq; Iustin. scribit,*aut vxore aut viro,si hoc videlicet de vxore aut viro expreßim nominetur*. Ex diuerso autē cùm in concedenda,vel potiùs constituenda emphyteusi mentio expressa fit liberorū accipientis,siue patris stipulatio interuenerit aliqua,siue nulla,dico accipientis liberos non ex stipulatione succedere, sed tanquam heredes stipulatoris, vt proinde mirū non sit admitti eos post patrem & ordine succeßiuo, cùm viuentis patris heredes esse non poßint. Moueor autem ex eo quod iam supra probaui huiusmodi stipulationem non valere quantū ad expressas personas liberorū. Quænam enim ratio esse potest,propter quā liceat patri acquirere filio suo in emphyteusi potiùs quàm in rebus cæteris? Nonne eadem ratio & iuris communis,& patriæ potestatis obstare in emphyteusi debet,quę in cęteris quoque rebus obstaret? Nec mutat quod generali ferè gentiū omnium consuetudine iā obtinuit,vt ex notarij stipulatione acquiri poßit actio cuilibet etiam absenti & ignoranti.Nam hoc etiam admisso,iis demū prodesse debet notarij stipulatio, qui possent ipsi stipulando sibi acquirere, in quorum numero non est filiusfamilias, qui si ipse siue solus, siue coniunctim cum patre stipularetur, proculdubio acquireret patri non sibi, præsertim si purè stipularetur,nec conferret stipulationem in id tempus,quod esset post mortem patris. Quando & si sub conditione stipuletur, quæ existat posteaquàm factus est sui iuris, non ideo tamen filio emolumentum actionis acquiritur, sed patri. *l.si filiusfamilias.78. D.de verb.oblig.* quia vt ea lex habet, stipulationis tempus inspiciendum est, quoties quæritur, cui actio ex stipulatu acquiratur. Vox enim filij, vox est patris, quod ad hoc, vt patri acquiratur, tam quod filius quàm quod pater stipulatur. *§.si quis alij. Instit. de inutil. stipulat.* Quòd si nihil impediret quominùs valeret eiusmodi stipulatio in persona & fauore liberorum etiam viuo patre saltem accedente notarij stipulatione,dicerem vtique admittendos fore liberos,cum patre, non ordine succeßiuo,sed simul & eodem tempore: quoniā ita facerēt verba stipulationis,quibus pater liberíq; coniūcti fuissent. Nullo addito per quod videri poßit in tēpus mortis patris collata stipulatio propter liberos potiùs quàm propter patrem. Adde quòd neque ferenda esset illa stipulatio,quam filiusfamilias conferre vellet in id tēpus quo pater iam esset defunctus. Esset

enim ea res pessimi exempli, votúmque induceret captandæ mortis patris, quam ob causam nulla vsquam in libris nostris talium stipulationum exempla proponũtur, sed earum tantùm quas parentes ipsi sic interposuerint vt voluerint dari post mortem suam filiis vel nepotibus suis, vt in *d. l. quodcunque. 45. §. si quis ita. de verb. oblig. & d. l. pater. 7. C. de pact. conuent.* quibus tamen locis non nisi vtilis actio datur ex ipsius quoque patris stipulatione, quamuis ea patris voluntas careat culpa & mala suspicione, siue patris, siue filij personam spectemus. Quanto minùs ergo siue directa, siue vtilis dabitur ex stipulatione filij collata in tempus defuncti patris? Hoc verò si ita est, vt nec ab ipso filio interposita stipulatio valitura sit quæ expressè collata fuerit in tempus mortis patris, non magis quàm quæ purè, licèt alia atque alia ratione: cur magis defendemus stipulationem à notario pro patre ac filiis simul interpositam? aut cur ei hanc dabimus interpretationem, vt videatur notarius liberorum nomine stipulatus in id tempus, quo pater sit mortuus, cùm eo modo stipulari nec filiis ipsis præsentibus permitteretur? Consequenter ridiculum est, quod vult Bartolus, vt si eius qui emphyteusim accepit, liberi ex inæqualibus partibus instituti sint, nihilominùs ex virilibus portionibus ad emphyteusim admittantur, tanquã qui non vt heredes admittantur, sed vt filij. Nam cùm nihil eis profuturum esset, quòd essent filij si non essent etiam heredes, vt diximus, nec nisi iure hereditario admittantur, fieri nequit vt non pro hereditariis portionibus admitti debeant. Implicat enim contradictionem, vt admittantur tanquam heredes & tamen pro aliis portionibus, quàm quæ sint hereditariæ: sicut & obligari dicuntur pro portionibus hereditariis, qui tanquam heredes obligantur, *l. si ita quis. 66. & pass. de hered. instit. l. siue à certis. D. de duob. reis.* Nec simile est exemplum, quo Bartolus vtitur de operis libertorum ex *d. l. vt iurisiurandi. 7. §. si liberi. D. de oper. libert.* Nam vt suprà diximus in operis libertorum cæterisque pertinentibus ad ius patronatus liberi succedũt non tanquam heredes, sed tanquam liberi. At in emphyteusi è contrario non tanquam liberi: sed tanquam heredes. Similius est quod adduci solet de feudo, quia eadem ferè iura in feudo & emphyteusi obtinent, nisi in quibus casibus diuersa expressim constituta reperiuntur, vt passim nostri iactitant, quoties de feudo ad emphyteusim argumentantur aut contrà. Atqui certum ius est in feudis succedere filios & nepotes ex filio loco sui patris, omnes æqualiter, etiamsi in hereditate inæqualiter fuerint instituti, adeóque in feudo ipso. Nulla scilicet ordinatione defuncti in feudo manente vel valente, vt scriptum est in *lib. 1. feudor. tit. §. de success. feud. in princip.* Idem ergo in emphyteusi quoque obtinere videatur, sed non ita est. Nam in feudis ita obtinet iure constituto contra veram apertámque iuris rationem. In emphyteusi verò nihil tale constitutum legimus. Non igitur quod in feudis contra iuris rationem constitutum est, produci debet ad consequentias, & ad emphyteusim, cuius etsi hoc ius proprium esse dicitur post constitutionem Zenonis in *l. 1. C. de iur. emphyt.* vt non aliam formam & naturam habeat, quàm quæ ex contrahentium pactionibus constituatur, debet tamen omnino id intelligi cum hoc temperamento, vti ne per eas pactiones regulæ iuris violẽtur, quæ tamen violarentur, si ex stipulatione patris aliquod ius acquiri posset filiis etiam non heredibus. Itemque si quicquid filiusfamilias eiúsue nomine notarius stipularetur, id non acquireretur aut soli patri, si tale esset quod

patri per

patri per filium acquiri posset,aut patri & liberis simul cùm iis omnibus coniunctim stipulatus esset de ea re cuius capaces essent liberi etiam viuo patre. Neque rursum dici potest solam concedentis voluntatem sufficere,vt emphyteusis non tantùm primo accipienti: sed ipsius etiam liberis acquiratur,quamuis non sint heredes. Nam præter id quod hoc falsum est cùm regulariter nemo possit rerum etiam suarum dominium transferre sine possessione,possessio autem in patrem,qui emphyteusim accipit,trãslata,non possit similiter videri translata in filium,nec simul cum patre, quia duo in solidum eiusdem rei possessores esse non possunt: nec ordine successiuo post patrem,si filius non sit heres patris. Dico longe aliam esse voluntatem illius qui concedit sibi emphyteusim pro te & filiis tuis, quàm vt videri debeat eandem emphyteusim filiis tuis,etiamsi heredes non essent, concessisse: sic enim potiùs ea verba sunt accipienda, & iuris rationi conuenientiùs, vt cũ emphyteusis ex sui natura transire possit ad quoscunque heredes quantumlibet extraneos [in quo differt à feudo si emphyteusim ecclesiasticam excipias secundum ea quæ ex communi veráque Doctorum sententia tractat Iulius Clarus in *d.§.emphyteosis.quæst.28.ex d.§.emphyteusim*] nolit tamẽ iste cõcedens transire illam ad alios tuos heredes quàm ad eos qui sint etiam filij tui. Idq; siue heredum qualitatem adiecerit, concessa emphyteusi pro te & filiis tuis heredibus qui casus nullam omnino recipit dubitationem, siue non adiecerit. Expressa enim filiorum mentio adiicitur fauore concedentis ad restringendam concessionem,quæ alioqui ex ratione iuris latiorem reciperet interpretationem, non pro te tuisue liberis ad eam, vt vulgo creditur,ampliandam. Idemque tractari potest si non tam concessionem ex parte concedentis,quàm stipulationem ex parte accipientis consideremus. Nam & cùm emphyteusim pro te tuísque filiis stipularis, credendus & filiorum tuorum mentionem fecisse,non vt iis ius aliquod acquireres: in eum quoque casum quo ipsi heredes tui non forent,quod nec si noluisses facere, tamen potuisses, ac potiùs vt posses emphyteusim sibi concessam saltem in filios tuos transmittere :quam alioquin is qui concedebat tibi, noluisset transitoriam esse ad heredes tuos. Cæterùm si non sint illi heredes tui. Contendo non solùm in potestate tua non fuisse , vt iis siue stipulando siue traditionem accipiendo quicquam iuris acquireres, quod iam probauimus: sed quod magis est,nec potuisse concedentem hoc facere, vt ex pacto contractúque tecum inito emphyteusis ad filios tuos,quamuis heredes tui non essent, transmitteretur. Ius enim quod semel sibi quæsitum fuit, quomodo potest post mortem tuam acquiri filiis tuis, qui tui heredes non sint, per solam voluntatem illius, qui sibi emphyteusim concesit, cùm ex die concessionis non plus iuris habeat ille, quàm filij tui quod ad hoc,vt te inuito de emphyteusi disponere posit? sed etsi voluntas tua cum ipsius voluntate concurreret, quis dicat ex sola voluntate tua fieri posse , vt ius sibi quæsitum in heredes tuos transmittatur citra viam succesionis, aut alium quempiam ex legitimis modis per quos placuit iura & dominia ab vno in alium transire posse. An forte dicemus factam esse in emphyteusi substitutionem fideicommissariam,quam volunt nostri etiam per contractum fieri posse? ex *l. quotiens. 7. C.de donat.quæ sub mod.l.1.C.de donat.caus.mort.* At hoc ridiculum est,vt suo loco probabimus,cum de illarum legum interpretatione in tractatu de donationibus differemus. Opúsque esset hoc casu aliqua constitutione Impe-

ratorum, quæ vtilem in rem actionem daret filiis tanquam secundis emphyteutis, contra patrem primum emphyteutam quemadmodum in specie *d. l.* 3. fuit necessaria Imperatorum constitutio ad dandam in rem actionem posteriori donatario, in priorem. Nam si nihil nisi iuris rationem intuearis, ea certè non patitur, vt ex pacto vnquam acquiratur in rem actio: ne quidem ei qui pactus fuit. *l. traditionibus.* 20. *C. de pact. l.* 3. *C. de pact. int. empt. & vendit.* quanto minùs ei qui ipse pactus non sit, sed qui ex alterius pacto agere velit? Actio autem in personã qualis illa est, quæ ex contractu emphyteutico competit, si qua dari posse. filiis eius qui emphyteusim accepit ob id solùm quod in concessione nominati essent, non contra alium dari posset, aut deberet, quàm contra concedentem ipsum qui hanc emphyteusi legem dixisset. Nam contra patrem qui propriis filiis neque promiserit quicquã, neque promittere vtiliter potuerit obstante vinculo potestatis, quomodo aut ex quo daretur? *l. sine emancipatis.* 17. *C. de donat. l. imperator.* 50. D. *ad SC. Trebell.* Atqui etiam pro concedente ratio illa faceret, filiisque accipientis obstaret, quòd non cum ipsis contractus initus est, sed cum eorum patre, qui sibi tantùm non etiam filiis suis & acquisierit, & acquirere potuerit. Itémque quòd cùm iam transtulerit rem emphyteuticam in patrem, qui primus emphyteusim pro se accepit, nihil amplius habet quod in ipsius filios transferre posit, siue viuo patre siue mortuo: quia nec potest emphyteusim ab extraneis heredibus, quos parte reliquerit, auocare quandiu vectigal annuũ soluetur, quod eo nomine pendi ab initio placuit. *l.* 1. *&* 2. D. *si ager vectig. pet. l.* 2. *& vlt. C. de iur. emphyt.* Nisi fortè proponas cõuenisse nominatim vt ad accipientis heredes extraneos transire emphyteusis non posset, sed ad filios omnimodo perueniret. Hoc enim casu fateor competituram concedenti eiusùe heredibus personalem ex contractu actionem aduersus heredes accipientis, vt lex contractus seruetur. Sed cùm hoc casu alia ratio non sit propter quam concedens habeat hanc actionem, quàm quia eam ipse legem emphyteusi dixerit, apparet non ideo posse illum à filiis accipientis conueniri, ne quidem ad hoc vt ipsis cedat ea actione quam habet contra heredes accipientis extraneos [ad quod tantùm teneri solent ij qui non aliam ob causam tenentur, quàm quòd habeant in alium actionem. *l. quod debetur.* 51. *in fin. D. de pecul.* quoniam cùm eam legem emphyteusi dixit, vt ad filios accipientis etiamsi heredes non essent peruenire deberet, emphyteutæ legem dixit non sibi, quod vnum potissimum inspici debet, quoties quæritur an ex lege contractui dicta conueniendus aliquis sit, necne. *l. Lucius.* 40. §. 1. *D. de fideic. libert.* Sibi quidem legem dixisse credendus est hactenus, vt si vellet emphyteusim reuocare ab accipientis heredibus iisdémque filiis, nõ posset, quia eo casu heredes haberent actionẽ & multo magis exceptionẽ hereditariam ex contractu non tanquam filij: sed tanquam heredes, vt contractui pareretur, cùm essent illi heredes stipulatoris, & iusti possessores. At vt sibi legẽ dixisse videatur fauore filiorum accipientis, eo vsq; vt ipsis obligari voluerit ad faciendũ vti emphyteusim haberẽt post mortẽ patris, etiãsi patris heredes non essent, dici procul dubio non potest; quia hoc casu neque possunt habere actionem vllam aut exceptionem hereditariam ex persona patris, cùm non sint heredes, neque ex propria persona cùm neque ipsi stipulati sint: neq; alius quisquã pro iis stipulari potuerit, in eum præsertim & expressim casum quo mortuus esset pater, vt iã diximus. Tacco, quod qui rem suam

suam alicui tradit certa lege adiecta in fauorē alterius tertij,nō ideo se obligat illi tertio,sed accipientē.Nisi hactenus ad summū ne legē illā tertij fauore adiectā possit reuocare inuito saltē eo,qui tali lege accepit. De quo tractant nostri post Bartolū ad *l.qui Romæ.122.§.Flauius.de verb.obligat.* Ergo qui emphyteusim sibi cōcessit pro te & filiis tuis etiā heredes tui nō forent, nullomodo dici potest filiis tuis obligatus,posteaquā rē emphyteuticā sibi tradidit. Satis enim ei est quod dicat nō impedire, vel morari se quominùs contractui pareatur. Si qua igitur actio filiis in concessione nominatis posset cōpetere ob eam nominationē ea danda esset cōtra heredes patris,quod ipsū tamē multo minùs dici potest cùm neq;ipsi quicquā promiserint, neq; pater,cuius illi sunt heredes:quique nec obligari filiis suis potuit,tametsi maximè voluisset. Et verò tum quoq;cùm ex instrumenti verbis constaret notariū non modò pro accipiente, sed etiam pro ipsius filiis stipulatum fuisse, quis non videt interpositā esse stipulatione cōtra cōcedentē,ne à contractu resilire posset,nō cōtra patrē,nisi pro ipso concedente, vicissim vt accipientē patrē obligatū haberet,ad omnes contractus leges adimplendas? Quodnā ergo ex tali concessione potest esse ius filiorū cùm non sunt heredes patris, cùm hoc casu ipse quoq;pater qui ab initio prospectum iis voluerat quantū potuerat, hoc ipso mutasse videatur voluntatē quod alios heredes habere maluit. Itaque quamuis nō fuerit in eius arbitrio,vt mutaret voluntatem in præiudiciū concedentis,& in fauorē heredū extraneorum,ad quos noluit cōcedēs vt emphyteusis peruenire vnquā posset,potiùs tamen ferendū esset, vt institutis extraneis emphyteusis ad concedentē rediret, tanquā nulla superstite persona in quā transire posset propter discretas filiorū & heredū personas quā vt filiis vlla siue in rē,siue in personā actio eo nomine daretur,siue contra concedentem,siue cōtra patrem eorùmve successores. Ex eoque apparet quam parū subtiliter Ioannes Corrasius hunc interpretū errorem quē nos refellimus probare voluerit ex eo quod Vlpianus scribit in *d. l. quodcunque 45.§.si quis ita de verbor.obligat.* ex ea patris stipulatione, *Post mortem meam filiæ meæ dari*, vtilem actionem filiæ competere, licet patri heres non existat. Quid enim habet simile casus ille cum eo quem nunc tractamus? In illo datur actio filiæ cui nominatim pater stipulatus est dari post mortem suam,& datur contra promissorem,vt impleat & præstet quod promisit, quia nec aliter implere & præstare potest quàm si det filiæ quod adhuc nulli dedit. At nos eum casum tractamus in quo filij stipulatoris agere velint post mortem patris ex ea stipulatione quā pater purè interposuerit:nec tam pro filiis suis quàm pro se primùm,pro filiis verò non nisi in consequentiam ex tacita iuris cōmunis interpretatione,si heredes ipsi essent. Denique cui stipulationi iam satisfecerit promissor per translationem factā rei emphyteuticæ in patrē ipsum, qui emphyteusim accepit, vt nihil amplius faciendum habeat, dum ne quid noui faciat aduersus contractum. Quòd si poneres tibi & Titio filio tuo nominatim concessam emphyteusim fuisse, nihil sanè obstaret, quominus filio tuo tantundem iuris quantum tibi ex ea concessione quæreretur, si modo vel ipse sibi stipulatus fuisset, vel notarius eius nomine, cum sit hodie filiusfamilias capax aduentitiorum etiam inuito patre, nisi quod eorum vsusfructus ad patrem pertinet. *lege cùm oportet. 6. Codice de bon. quæ liber.* Itaque coniunctim tecum esset admittendus filius tuus ad emphyteusim tanquam alius extraneus quilibet non ordine successiuo:

Neque hoc Bartolus ipse negaret, qui cùm è contrario scribit admittendum filium post mortem patris, cum casum tractat quo pater ipse stipulatus sit pro filio, quasi eo casu emphyteusis etiam ab alio quàm à patre profecta, cēsenda sit profectitia potiùs quàm aduentitia, cùm acquiratur filio ex patris stipulatione. In quo tamen rursum fallitur, quia non patris stipulatio illa est, quæ rem emphyteuticam acquirit filio, nec promissio concedentis, sed traditio per concedentem, eundémque dominum facta quæ tota extrinseca, & aduentitia est. Igitur vel ponimus secutam esse traditionem in tua tuíque filij simul persona, vel in filij tui persona secutam non esse. Posteriore casu nulla est acquisitio in persona filij tui, cùm neque traditio vlla interuenerit [sine qua tamen possessio in eum transferri non potuit, nec dominiũ illud, quod à nostris vulgo vtile appellatur] neque stipulatio tua ex ea parte valuerit ad acquirendam filio tuo actionem, siue viuo te, siue mortuo. Priore verò casu bona & vtilis acquisitio est, non minùs in filij tui persona, quàm in tua non propter tuam stipulationem, sed propter factam ei æquè ac tibi traditionem, ideóque nihil hîc est quod de filio tuo per ordinem successiuum admittendo tractari posit, siue hoc, siue illo casu. Superioribus consequens est, vt omnino falsæ sint omnes ferè propositiones, quas adstruere nostri solent de emphyteusi quam quis pro se & filiis suis acceperit, sed eæ potissimum quæ sequuntur. Prima est, quam Bartolus tradit in *l. mortis causa capitur.* D. *de mort. caus. donat. & Ias. laudat in l.* 2. *num.* 210. *C. de iur. emphyt.* Mortuo patre, qui rem aliquam acceperat in emphyteusim pro se & filiis suis, filios emphyteusim illam consequi à domino directo ex mortis causa capione. Non enim mortis causa capitur, quod vel hereditario iure, vel nullomodo capi necesse est. Secunda, quam nos iam refutauimus. Posse filios ad hanc emphyteusim admitti, etiamsi non sint heredes patris. Tertia quam ex præcedentibus infert *Ias. dict. numer.* 210. Non posse patrem priuare aliquem ex filiis suis hoc iure emphyteutico, omnes verò multominùs cùm non à patre id habeant, sed à vero domino, quem isti directum vocant. Quarta, quam tradit Iulius Clarus *dict. quæstio.* 37. *post Salicet. ad Authent. unde si parens. numer.* 5. *& alios ibidem. C. de inoffic. testament.* Filios etiam repudiantes hereditatem patris, posse nihilominùs hoc casu succedere in emphyteusi, quam pater acceperat pro se & filiis suis simpliciter, non adiecta heredum qualitatis mentione. Quinta, quam proponit & defendit contra Bartolum Didacus Couarr. *in* 3. *part. rubric. de testament. numer.* 26. filios emphyteusim hanc capere non mortis causa, vt vult Bartolus, sed ex vero nominato & speciali titulo emphyteuseos. Sicuti & in feudo, inquit, vocati censentur & inuitati ab ipso primo concedente filij positi in dispositione, & ab ipso domino titulum ius & causam capiunt. Nam in feudo, inquam, fateor hoc verum esse, *cap. vnic. vbi Isern. & Bald. de feud. March. cap. vnic. de gradib. success. in feud. & in cap. vnic. de natur. success. feud.* Sed nego idem esse in emphyteusi, quam dico non nisi hereditario iure ad filios eius qui accepit quantumuis in concessione nominatos, peruenire posse. Emphyteusis enim contractus est, in quo proinde non tam quid contrahentes voluerint, quàm quid velle potuerint inspiciendum est: quanquam, vt dixi, nec facta expressim filiorum mētione, volũtas tamen illa, siue cōcedentis, siue accipientis videri potest, vt in emphyteusi succedant filij, etiãsi nō sint heredes, sed potiùs vt in emphyteusi nō succedãt heredes, si non

erunt filij. Opponitur enim stipulatio illa, *pro se & filijs suis*, siue adiectum sit *heredibus*, siue non sit, illi stipulationi quam vulgo notarij sic concipere solent, *pro se & suis heredibus quibuscunque*, quo verbo non est dubium quin extranei quilibet comprehendantur. Inquit Clarus *dict. quæst.* 28. *num.* 9. At feudum cùm sit beneficium, donatio est: cuius interpretatio præsertim fauorabilis, & quæ liberalitatem ampliet tota pendet ex solius donatoris voluntate, maximè postquam placuit Iustiniano posse illam hodiè fieri nuda etiam pollicitatione. *l. si quis argentum.* 35. *§. penult. C. de donat.* consequenter absenti quoque & ignoranti, quod in contractibus secus est præsertim correspectiuis, cuiusmodi est emphyteuticus. Sexta & æquè falsa propositio illa est, quam Didacus post multos pro vera tradit supradicto loco. Inter filios illius, qui emphyteusim pro se & filiis suis acceperat esse ius adcrescendi non ex proprio iure adcrescendi, sed vi taciti pacti & ex lege concessionis. Non nego esse inter eos ius adcrescendi. Sed nego nasci ius illud ex vi taciti pacti, vt isti volunt. Aut ex eo quod in mortis causa capionibus iuri adcrescendi locus sit, vt vult Bartolus, quod tamen negat Mat. notab. 153. Verùm dico id aliunde non fieri quàm ex eo quod hoc casu succedant filij in emphyteusi iure hereditario, & tanquam heredes, non tanquam filij. Nemo enim nescit inter heredes quantumuis disiunctos, adeóque inuitos locum esse iuri adcrescendi. Et ob id nimirum si ponas esse illos heredes ex inæqualibus portionibus, dicam futurum vt repudiantis portio in emphyteusi cæteris adcrescat pro hereditariis, non pro virilibus portionibus, sicuti contingit in reliqua hereditate. Sed de his omnibus erit alius aptior dicendi locus. Est enim tractatus hic de feudo & emphyteusi dignissimus, de quo plures Decades separatim suo tempore conscribamus. Nunc institutam, De substitutionibus tractationem prosequamur.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXIIII.

ERROR PRIMVS.

De illo qui substitutus est vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum. Et ad Nouell. 3. De hered. & falcid.

FACIT imperitia notariorum nostri temporis, vt in plerisque testamentis, tum quoque cùm instituto heredi iam puberi facta substitutio est, in concipienda tamen clausula substitutionis hæc verba adiiciantur, *vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum*, dum id agunt miseri notarij, ne quid per imperitiam omittere videantur, nec tamen quia sit vulgariter, aut pupillariter, aut per fideicommissum substituere intelligunt. Nec desunt qui etiam interserant *exemplariter*, digni sanè quibus ipsis exemplariter substituatur, qui sunt adeò stulti, vt etiam sanæ mentis heredi exemplariter substitui posse arbitrentur. Nisi fortè digniores sunt, quibus parcatur, quàm qui puberi pupillariter substitutum fuisse ponunt, cùm sit multo faciliùs, vt ex sano & prudente homine fiat quis demens & furiosus, quàm vt ex pubere fiat impubes. Non est igitur inutilis & ociosa quæstio de potestate supradictæ clausulæ. Quo scilicet iure possit succedere, qui ita substitutus est. An ex vulgari, an ex pupillari, si fortè institutus, quod plerumque euenit, impubes fuit, an denique ex fideicommissaria, & an electionem habeat ex vtra succedere malit; an verò inutilis sit tota clausula propter implicitam contradictionem: cùm fieri nequeat, vt eadem persona succedat eidem personæ iure directo, & per fideicommissum, præsertim cùm vulgaris substitutio fiat in casum non aditæ hereditatis, qui dicitur primus casus in *l. precibus.* 8. *iunct. l. post aditam.* 5. *C. de impuber. & alijs substitutionib.* fideicommissaria verò non nisi in casum agnitæ hereditatis. *l. quia poterat.* 4. *& pass. D. ad Senatusconsult. Trebellian.*

Eámque

Eámque quæstionem tractat Bartolus *ad l. centurio. numero 38. de vulgar. & pupill. substitut.* Non quasi posit dubitari, quin ex suprascriptis verbis valeat substitutio tanquam vulgaris, contingente casu vulgari, itémque tanquam pupillaris contingente casu pupillari, denique tanquam fideicommissaria contingente casu fideicommissi: sed vt sciamus an contingente casu vulgaris substitutionis, id est non adita per institutum hereditate, permittendum sit substituto, vt nihilominus cogat heredem adire, & hereditatem ex fideicommisso restituere, an verò cogendus sit succedere iure directo, & ex vulgari substitutione si hereditatem obtinere velit. Concludit autem Bartolus esse in electione substituti, vtrum velit succedere ex directa substitutione, an ex fideicommissaria. Quemadmodum etsi substitutio facta esset per verba, quorum alterum esset merè directum, vt ipse loquitur, alterum merè obliquum, vel etiam commune: aut vnum merè obliquum, alterum commune, vt in exemplis ibidem allatis. Erit igitur secundum Bartolum in potestate vulgaris substituti, eiusdémque fideicommissarij, vtrùm repudiante instituto malit succedere directo, & ex vulgari substitutione an heredem compellere, vt adeat & restituat. Quam sententiam communiter receptam esse testatur post alios Mich. Crass. *in §. substitutio. quæstio. 8. numero vltimo.* eámque probat Bartolus ex *l. si quis seruo. 56. D. de manumiss. testament.* vbi scribit Paulus, Si quis seruo dederit testamento libertatem & directò, & per fideicommissum, in potestate serui esse, vtrùm velit ex directo, an ex fideicommisso ad libertatem peruenire, & ita Marcum Imperatorem rescripsisse: sed meliùs & apertiùs ex *l. recusare. 6. §. Titius. D. ad Senatusconsult. Trebellian.* vbi Vlpianus ait, Si Titius heres institutus Sempronio substituto rogatus sit eidem Sempronio hereditatem restituere, & institutus suspectam dicat hereditatem, posse quidem deliberari tanquam de re dubia, vtrum cogendus sit adire Sempronio postulante, sed tamen verius esse cogendum eum: quia, inquit, Sempronij potest interesse vt habeat hereditatem ex institutione, id est ex iure & persona instituti, in cuius nimirum iura succedit, cùm per fideicommissum restituitur hereditas ex Trebelliano, potiùs quàm ex substitutione, si fortè substitutio legatis vel libertatibus onerata sit. Nam etsi legitimus heres fuerit, is cui fideicommissaria hereditas relicta est, idem dicitur, vt non eo minùs posit heredem institutum cogere ad adeundum, quòd omissa ex testamento hereditate successurus sit ab intestato, si malit succedere ex testamento. Qui §. tam apertus est pro Bartolo, vt vix vllus dubitationi locus relictus esse videatur. Mihi tamen dubitationem illud facit quod video coactionem illam quæ fideicommissario postulante fieri olim solebat ex Senatusconsulto Pegasiano, sublatam esse hodie, totúmque ipsum senatusconsultum Pegasianum abolitum ea Iustiniani constitutione quæ extat *Nouell. prima. de heredit. & falcid.* vbi sancit inter cætera, vt nolente instituto adire, neque substituto vulgari, neque coherede, liceat fideicommissario vniuersali hereditatem sibi per aditionem acquirere, aut si fideicommissarius vniuersalis nullus sit vel adire nolit, idem iuris habeat fideicommissarius singularis, aut legatarius, prout à testatore magis honoratus quisque sit non ex ordine scripturæ, sed ex relicti quantitate, quousque ad seruos perueniatur, quibus libertas eodem testamento relicta sit, inter quos tamen ordo

nominationis attendatur, postquam non magis preciosa videri potest libertas, quæ vni quàm quæ alij relicta fuit. Non potest igitur verum esse quod nostri volunt, & quod Vlpiani temporibus verum erat, cogendum heredem institutum, vt post repudiationem adeat fideicommissario postulante. Inauditum enim est vt coactio fiat alio iure quàm ex senatusconsulto Pegasiano, quod tamen hodie nullum prorsus est; abrogato etiam magna ex parte Trebelliano eadem Iustiniani constitutione, præsertim verò si aliam iungas quæ eiusdem Iustiniani est in *l. penult. C. ad S.C. Trebell. de quo alibi scripsimus.* Porrò cessante coactione alterutrum necessarium videtur, vt vel substitutus vulgaris idémque fideicommissarius adeat ex vulgari substitutione vt coheredem, siquis sit, excludat. [solum namque institutum, eíque datum substitutum præfert coheredi Iustinianus.] vel vt locum faciat coheredi, cúmque præferri patiatur si nolit ipse substitutus succedere nisi ex fideicommisso, cùm fideicommissario vniuersali coheres eadem constitutione præferatur. Et quamuis coheres quoque ex aliqua fortasis causa adire nolit, vix tamen est vt eius constitutionis prætextu fauendum vsque adeò sit vulgari substituto, qui egit ipse etiam quantum potuit vt testamentum destitueretur, vti permittendum ei sit eandem hereditatem adire iure fideicommissarij vniuersalis, tametsi alij cuilibet fideicommissario vniuersali idipsum permitteretur, cùm non alia, saltem melior Iustinianeæ constitutionis ratio adferri posit, quàm quod iniquum videretur sola voluntate eorum, qui hereditatem ex testamento adire potuissent destitui testamentũ in eorum iniuriam quibus aliquid eo testamento relictum esset, ac quibus imputari nihil posset. Quæ ratio non potest conuenire fideicommissario vniuersali, qui cùm esset ille vulgaris quoque substitutus & hereditatem ex eo capite consequi posset, noluit tamen adire. Huic enim potest imputari cur non adierit cùm potuerit. Et quamuis ea ratio non potuisset olim sufficere ad hoc vt esset ille habendus indignus auxilio senatusconsult. Pegasiani quod generaliter & indistinctè loquebatur de cogendo herede rogato quoties fideicommissarius vniuersalis quilibet hereditatem fideicommissariam suo periculo adiri sibíque restitui postularet. Cessante tamen nũc sublatóque Pegasiano cui iam nullo penitus casu locus esse queat, sufficit hæc eadem ratio, ne is de quo tractamus admittendus sit ad beneficium illud Iustiniani, tam nouum mirúmque, quo factum est vt hereditatem adire posit etiam is qui nullo modo nulláque ex parte fuit institutus. Nec enim quicquam est in tota Iustiniani constitutione ex quo posit coniici voluisse Iustinianum, vt si quando idem esset vulgaris substitutus & vniuersalis fideicommissarius, liceret ei repudiata substitutione, ex qua iure communi adire potuisset implorare beneficium & priuilegium nouæ constitutionis ad hereditatem adeundam ex fideicommisso. Erátque olim multo facilius vt vulgari substituto post omissam quoque ex substitutione hereditatem superesset auxilium senatusconsulti Pegasiani, quod erat ex iure communi, quàm vt hodie liceat ei repudiato remedio illo quod vnicum habet ex iure communi adeundæ hereditatis ex substitutione, priuilegium postulare cuius postulandi necesitatem vltro ipse sibi imposuerit, & quod tamen non aliam ob causam inductum est quàm vt iis subueniretur qui alioquin per alterius factum & iniuriam periclitarentur. Accedit quòd ratio quæ olim faciebat vt liceret vulgari substituto eidémq; fideicommissario vniuersali omissa substitutione

stitutione cogere heredem adeundum, eadem locum hodie habere non potest ad Iustiniani beneficium pro eo inducendum. Ratio illa erat quam ex Vlpiano iam attulimus, quod posset interesse substituti hereditatem consequi ex fideicommisso potiùs quàm ex vulgari substitutione, si fortè substitutio legatis & libertatibus onerata proponeretur. At Iustinianus non aliter priuilegio suo locum esse vult quàm si is qui ex eo hereditatem adit, omnia præstet quæcunque testamento illo præstari testator voluit, déque ea re cautionem interponat, onere, vt ait constitutio, vbique cohærente. Nihil igitur hodie potest interesse vulgaris substituti eiusdémque fideicommissarij vt hereditatem habeat ex lege Iustiniani potiùs quàm ex vulgari substitutione: cùm vtroque casu perinde fiat vt libertatibus & legatis quibus onerata substitutio est, obligetur. Immo multo durius si ex lege Iustiniani succedat quàm si ex vulgari substitutione, quoniã succedendo ex Iustiniani lege omnia omnino præstare debet quæcunque testamẽto cuilibet & à quolibet relicta fuerunt, cùm tamen si ex vulgari substitutione succederet ea tantùm deberet, quæ à se vel nominatim relicta, vel ex rescripto Seueri tacitè repetita essent non etiam quæ ab instituto nominatim data fuissent *l. licèt imperator. 74. de legat.* 1. Et verò manifesta inter coactionem quæ fiebat olim ex Pegasiano, & aditionem quæ hodie fit ex priuilegio Iustiniani dissimilitudo illa est, quod cùm heres institutus qui suspectam dixerat olim cogebatur adire ex institutione faciebat aditio illa quantumuis coacta, vt deficeret condicio vulgaris substitutionis quæ illa erat, si is qui scriptus heres fuerat heres non esset, ac proinde vt intercidere illa etiam omnia legata, fideicommissa, & libertates, quibus onerata substitutio fuisset; quorum scilicet præstandorum obligatio nulla subesse poterat, quin priùs condicio substitutionis extitisset, adeóque hereditas adita ex substitutione fuisset. Nec enim minùs heres fiebat qui coactus adierat quã qui vltro & sponte. Alioqui frustra fuisset coactio quæ effectum illum acquisitionis hereditatis non induxisset. At cùm hodie ex priuilegio legis Iustinianæ fideicommissarius vniuersalis adit hereditatem non ideo fit vt qui primo loco heres scriptus fuerat, heres fiat, quinimo vt neque heres sit neque heres fieri vnquam possit adita iam ab alio hereditate, cùm neque plures in solidum heredes esse possint vnius eiusdemque hominis, neque is qui semel heres fuit desinere vnquã heres esse. Ita fit vt vulgaris substitutionis condicio nõ solùm existat, sed etiam ita existat, ne postea deficere vnquam possit, sublato iam vetere illo iure cogendi ex Pegasiano heredis ad adeundum post repudiationem, & consequenter vt libertates legata & fideicommissa omnia quæ à substitutione vulgari relicta fuerunt, debeantur, non minùs quàm quæ ab institutione, tametsi vulgaris substitutus non adeat hereditatem ex substitutione. Nam neque institutus adit, quẽ nos ponimus & repudiasse, & cogi vt adeat, amplius nõ posse, neque tamen dubitandum est, quin si fideicommissarius siue vniuersalis siue singularis, siue aliquis ex legatariis secundum ordinem à Iustiniano præscriptum hereditatem adierit, omnia debiturus sit, quæcunque & ab instituto relicta fuerint & à substituto: quia licèt ad inducendam obligationẽ eorum præstandorum quæ vel ab instituto, vel à substituto relicta sunt, non soleat sufficere quod extiterit condicio institutionis vel substitutionis, nisi etiã illud cõcurrat vt adita sit hereditas ex institutione vel ex substitutione: hoc tamen nouũ & singulare ius est à Iustiniano inductum con-

eruandarum vltimarum voluntatum gratia, cùm nulla in eo fiat iniuria illi qui ad onerũ ab instituto vel substituto relictorum præstationẽ obligatur, cui è contrario supra modũ fauetur in eo, quòd nõ solùm ea cõsequitur quę sibi relicta fuerant, & quæ alioquin ex iuris veteris ratione intercidissent, sed etiam hereditatem sibi totam acquirit, in qua tamen non fuerat institutus: oneribus autem hereditariis ideo tantùm adstringitur, quia heres esse voluit, cùm aliorum exemplo hereditatem repudiare potuisset si voluisset, ac nisi tanti æstimasset relicto sibi commodo non carere. Quanto igitur magis ad omnia substitutionis onera exequenda obligatum esse oportebit fideicommissarium vniuersalem, qui hereditatem adierit ex Iustiniani constitutione, si idem ille sit vulgaris quoque substitutus, tametsi nõ tãquam substitutus adierit, sed tanquam fideicommissarius vniuersalis? Quòd si nihil ei profuturum est hereditatem adiisse ex fideicommisso potiùs quàm ex vulgari substitutione: immo nociturũ quod ad legata & fideicommissa ab instituto nominatim relicta, quæ ille ex Iustiniani lege præstare cogeretur, non præstiturus si suo communíque iure adiisset ex substitutione [nec enim Iustinianus noui quicquam induxit eo casu, quo adeatur hereditas siue ab instituto siue à substituto, qui posit adire ex iure communi] Concludo nullam hodie subesse rationem propter quam permittendum ei sit etiamsi maximè velit adire ex fideicommisso postquàm omiserit vulgarem substitutionem [quam vtique omittit, quisquis hereditatem habere mauult ex fideicõmisso, vel ob hoc ipsum quod fideicõmissum agnoscit] & ad alios eodem testamento honoratos peruenire hereditatẽ debere, si qui sint qui heredes esse velint. Nã omnibus repudiantibus, cùm nemo sit futurus qui huic vulgari substituto cõtrouersiã faciat hereditatis, ne quidem fiscus, quem ego post honoratos omnes si hereditatem habere vellet, ei præponerẽ. Nec impedio ego quominùs sit heres hic substitutus vtro iure volet siue ex fideicommisso siue ex vulgari substitutione, vt, quod Iustinianus omnino agit, heredem aliquem ex testamento defunctus habeat potiùs quàm nullum. Siquidem in eo versatur commodum non solùm testatoris, cuius & voluntati & existimationi consulitur, sed etiam creditorũ & legatariorum, iniuria verò nullius, præterquàm legitimorũ heredum, quorum tamen nullã hic rationem haberi Iustinianus voluit, quandiu ratione aliqua posset fieri vt testamentum non destitueretur. Sed siquis ex eo testamento heres alius esse posit quàm hic substitutus vulgaris: idémque fideicõmissarius vniuersalis, etiam fiscus vt dixi [hoc enim casu fiscum admittit Iustinianus, non vt aliàs, admitti iure cõmuni fiscus solet tanquam ad bona vacantia nemine herede existente: sed tanquam heredem ex testamẽto, quãuis non nisi post legitimos successores, quos ipsos quoque vult admitti suo ordine, id est post omnes in testamento nominatos, nec tãquam legitimos, sed velut scriptos, vt eo colore testamenti oneribus astringãtur] Non patiar vt hodie in ipsius electione sit hereditatem ex fideicommisso adire, quam omiserit ex vulgari substitutione: quando nec Iustiniani constitutio locum vllũ facit fideicommissario vniuersali nisi post exclusum gradum vulgaris substitutionis. *§. si verò substitutio. d. Nouell.* 1. Quam enim electionem dabat ei ius vetus, non alia de causa dabat, quàm quòd ipsius interesset, aut saltem interesse aliquo casu posset, non quod ipsius leuitati & inconstantiæ videretur indulgendum, vt hereditatẽ quã ex vno capite omisisset ex alio ad eundẽ prorsus effectũ consequẽdũ agnosceret. At hodie neq;

ipsius

ipsius interest, neque interesse vllo casu potest. Eandē igitur electionē ei dare, quā dat Bart. & post eum cæteri, absurdū sanè est. At neq; video quorsum nostri hoc in casu de coactione tractēt, cū quæstio sit de substitutione facta impuberi filio qui fuerit in patris moriētis potestate, atq; ita suus heres patri [Alioqui non minùs inepte adiecta esset in huiusmodi substitutione dictio *pupillariter*, quàm si suo quidem heredi: sed tamē iā puberi facta substitutio probaretur.] Siquidē suus heres cùm idē semper sit & necessarius, nulla indiget aditione *l. in suis*. 14. *D. de suis & legit.* at neque immixtione, si modo hereditatem restituere ex Trebelliano velit. *l. ita tamen*. 27. *§. si pater filium D. ad SC. Treb.* Quòd si nec hereditatē restituere velit, quam ipso iure acquisitam habet, nec ei se immiscere, fateor coactionē quidē fore necessariā nec tātùm vt restituat, sed etiā vt se immisceat, *d. l. recusare*. 6. *§. Sed & ad filium. eo.* quia prætor ex cuius iurisdictione fideicommissi restitutio fit, neq; potest habere pro herede filium qui se abstinuit, quantum ad onus aliquod ei iniungendū, quale est restitutionis. *l. si filius*. 12. *D. de interrog. in iur. fac.* neque habere hereditatis restitutionē pro bona ab eo factā quē non habeat pro herede. Sed nego cogendū à prætore filium vt adeat, quia cùm absentia, quæ ex eiusdē prętoris iurisdictione est: neq; ius neque nomen sui heredis tollat, nō potest fieri vt adire cogi debeat is qui iam heres est. *l. cùm quasi* 30. *§. sed etsi suus. D. de fideicomm. libert. l. necessariis*. 57. *D. de acquir. hered.* sed sufficit vt se immisceat ad hoc, vt à prætore habeatur pro herede, qualis re vera est. Quod autem addit Bart. de substitutione facta per verba partim directa partim obliqua vel communia, vt eo casu electionē substituto det an succedere velit ex iure directo an ex fideicōmisso, ridiculū etiā est, & ex iis quę iā diximus, satis confutatū. Cùm non possit locus esse huic electioni prætérquàm instituto repudiāte, qui cogi posset ex Pegasiano ad adeundū. Nam si poneres institutū adiisse, intercideret vulgaris substitutio *d. l. post aditā*. 5. *C. de impub. & aliis subst.* Si verò ponas repudiasse, fit quidē locus substitutioni vulgari, sed nullus fideicōmisso relinquitur quod scilicet in necessariū antecedens præsupponit aditam fuisse hereditatē. Itaque vt ex fideicōmisso succedi possit, alterutrū prorsus necessariū est, vt vel institutus cogatur adire quomodo cogebatur olim ex Pegasiano, vel adeat ipse hereditatē iure fideicommissarij vniuersalis, ex noua Iustin. cōstit. in *d. Nou*. 1. *D. de her. & falc.* Atqui neutrū dici potest, quia neq; cogendi heredis ius vllum superest post sublatū supradicta Iustiniani lege Pegasianū, neq; rursus Iustinianeæ cōstitutionis priuilegium fauórque implorari ab eo potest, qui substitutionis onera detrectat, quiq; ob eā causam ex substitutione heres esse noluit cùm posset. Necesse igitur est, vt quisquis hodie vulgariter & per fideicommissum substitutus fuit, nullo casu electionē habeat succedendi vel ex vulgari substitutione vel ex fideicōmisso, sed cogatur vel omnino succedere ex fideicōmisso, si adita vltro fuerit ab instituto hereditas, vel ex vulgari substitutione si institutus repudiauerit, vel nullomodo. Ac sanè odiosa res illa erat quam senatusconsultū Pegasianū induxerat vt postulante fideicōmissario cogi heres posset ad hereditatē adeundā, quā nō modo suspectā dixisset, verùm etiā expresśim repudiasset: cū ea coactio fieri nō posset citra vim aliquā & impresśionē quę ciuis Rom. libertatē aliquomodo imminuere ac lędere videretur: ob idq. nec facilè pmittebātur vt adire qs cogeretur: ne quidē prętextu restituēdę hered. fidei cōmiss. quātū necesse esset ad volūtatē defūcti cōseruādā & fęcūditatē fideicōm.

præstandam. Vnde erat quod pluribus heredibus institutis, si omnes recusarent satis erat vel vnum cogi adire, ne iniuria fieret alteri, si frustra nullàque imminente necessitate cogeretur. *l. cogi. 16. §. cùm quidam. iunct. l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. & d. l. ita tamen. 27. §. à patre. vers. quod si duo. D. ad SC. Treb.* quamuis non ideo damnum aliquod esset subiturus ex ea aditione quam coactus, & alieno periculo fecisset *l. 4. eod.* Vt non abs re Iustin. remedium illud coactionis sublatum voluerit, & aliud introductum non minus quidem à ratione iuris alienum, sed tamen fauorabilius hoc ipso, quod expeditius ad conseruanda non modò fideicommissa vniuersalia, quibus solis senatusconsultũ Pegasianum prospexerat, sed etiam singularia, itémq; legata, & libertates, omnia denique vtiliter relicta in testamẽto, quod alioqui esset in eo vt destitueretur. In eo quoque erat Bar. quod supponit verba quædam esse communia. Qui error quoniam in hoc, De substitutionibus tractatu omnium frequentissimus & perniciosissimus est, cogit nos vt in eum sequenti capite disputemus.

ERROR SECVNDVS.

De verbis quæ vocant communia, Quale esse volunt verbum substituo, Et de verbo instituo.

CREDI vix potest, quàm multorum, quàmque grauium errorum pater iste sit, quẽ nunc profligandum suscipimus, De verbis cõmunibus, quomodo à nostris appellantur illa quæ illi, & directa & precaria simul esse arbitrantur. Nam siue de vulgari, siue de pupillari, siue de fideicõmissaria, vel etiam compendiosa, vt vocant substitutione disputatio apud nostros instituatur, statim videas eos distinguere, quibus verbis substitutio facta proponatur, an directis, an obliquis, an communibus, & pro verborum diuersitate aliter atque aliter ad quæstionem quamlibet propositam respondere. Sed & inde fluxerũt nouæ illæ species substitutionum fideicommissaria & compendiosa, quas neque prudentes nostri, aut Imperatores vnquam agnouerũt, neque ipsi etiam interpretes induxissent, si commentum istud verborũ communium in quo sibi tantopere placent, reiicere potuissent, vt ex iis quæ postea circa fideicõmissariam & compẽdiosam substitutionem tractabimus, intelligetur. Summam ergo verborum quibus testatores in testamentis: præsertim verò in substitutionibus vtuntur, diuisionem illam esse volunt, vt alia sint directa, quæ & legitima, & ciuilia, & imperatiua dicuntur à prudentibus, alia istis ex diametro opposita, obliqua, inflexa, illegitima & precaria, aut vt loquitur Vlp. in fragmentis, precatiua. Alia denique communia quæ vtrique vsui seruiãt, exprimendæ scilicet voluntatis, siue directæ, siue precariæ. De verbis directis, itémque de precariis dubitatio nulla est, quin & aliqua sint, & eum vsum habeant quem interpretes volunt, nimirum directa illum, vt subseruiant testatori aliquid in testamento imperanti, postquàm lege duodecim tabularum constitutũ est, vti paterfamilias quilibet suę rei legasset, hoc est legẽ fecerit, ita ius esse. Legis enim hoc inter cętera propriũ est, imperare. *l. legis virtus. 6. D. de legib.* vnde est quod pro synonimis omnia ista vsurpantur, *verba directa, legitima, ciuilia, imperatiua.* quoniam leges ciuiles, cùm imperant, & vt impe-

imperent, eiusmodi verbis vtuntur. Obliqua verò & precaria in eum vsum comparata esse constat: vt inseruiant testatori si quando tale aliquid constituat quod fieri quidem velit: sed quod tamen imperare, aut nolit, aut non possit, hoc est cùm per fideicommissum aliquid relinquit. Quænā verò ista verba sint, saltem quæ magis in vsu habeantur docet Iustinianus in *§. vlt. Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* vbi ait esse ista, *rogo, peto, volo, mando, fides tua committo*, quæ singula perinde, inquit, firma sunt atque si omnia in vnum congesta essent. Directa nusquam numerantur aut in exemplum adferuntur: quoniam eiusmodi sunt omnia quæ sunt imperatiua, & ea tantùm quæ sunt imperatiua quæ dignoscere difficile non est, vel minimo grāmatico, nedum iurisconsulto, etsi in hoc quoque ab interpretibus & pragmaticis nostris erratur, vt mox dicemus. De communibus præcipua feréque tota disputatio est, quæ etsi longiorem tractatum exigeret, quia tamen iam satis fusè à nobis pertractata fuit *lib. 14. coniect. cap. 2.* breuiores hîc nos esse facilè patietur. In summa negamus verba vlla esse communia eo sensu quo esse volunt interpretes, id est quæ & directorum & inflexorum vim habere possint: præsertim in eadem clausula & ab eodem testatore prolata, & ad eandem rem ac personam relata. Cùm fieri nequeat, vt quis vno eodémque verbo & roget simul & imperet non magis quàm si vellet eodem spiritu flare, vt apud Plautum est, & sorbere. Magnum verò & inuincibile pro nobis argumentum est, quod cùm tot locis agatur in iure nostro de verbis directis & obliquis, nusquam tamen videas mentionem factam communium. Nam qui vnus locus in hanc rem adduci solet ex *l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pupill. subst.* in illis verbis, *hoc communi verbo, eósque inuicem substituo*, ad rem omnino non pertinet, vt & Bartolus ipse ad eam legem bene animaduertit: licet nō omnino bene sensum Modestini perceperit. Non enim is Modestini sensus est, qui interpretum, vt verbum, *substituo*, commune sit ad directam, & ad fideicommissariam substitutionem, in quo miror ex recentioribus hallucinatum Didacum Couarruuias, receptis aliorum erroribus vt passim solet insistentem ad *cap. Raynutius. §. 9. num. 5. Extr. de testam.* [nec enim tractat ibi Modestinus de fideicommissaria, sed tantùm de vulgari & pupillari substitutione quæ vtraque est directa] Nec rursum quomodo politiores plerique intelligunt vt verbum, *substituo*, sit commune ad vulgarem & ad pupillarem substitutionem, etsi verum hoc esse noninficior. Sed commune verbum dixit Modestinus totam illam formulam, *eósque inuicem substituo*, in qua dictio, *inuicem*, sola illa est quæ facit vt substitutio sit cōmunis & reciproca inter illos omnes quibus facta fuit, acsi alter alteri nominatim vicissímque per duplicem formulam fuisset substitutus. Quod verò idem Didacus post alios pro eadem Bartoli sententia tuenda textum adfert Iustiniani in *l. generaliter. 6. §. cùm autem. C. de instit. & subst.* vbi substitutionem pro fideicommisso Iustinianus dixit, quàm parum ad rem faciat ostendemus cùm tractabimus, & probabimus fideicommissariam substitutionem propriè nullam esse: quæ scilicet fieri possit per verbum, *substituo*, quamuis sumpta largo modo substitutionis appellatione pro subrogatione qualibet quæ vnius rei in alterius locum fiat, possis perinde fideicommissariam substitutionem dicere, atque dicimus substitutionem vitium aut arborùm quæ subrogatæ sunt in locum demortuarum. Sed aliud est dicere subrogationem illam fideicommissarij in locum heredis quæ fit per fideicōmis-

sum esse substitutionem. Aliud verò dicere quod interpretes nostri volunt: fideicommissum quoque non minùs quàm vulgarem substitutionem per verbum *substituo* fieri posse: quod certè falsum est. Substitutio námque in hereditate fieri nequit per verbum hoc *substituo*: quin directa semper censenda sit, nunquam fideicommissaria. Etsi quando in libris nostris nomen substitutionis vsurpatum legimus, cùm de fideicommisso agitur, ponere debemus relictum fuisse fideicommissum verbis precariis & fideicommisso conuenientibus, vt constat ex *l. cùm acutissimi 30. C. de fideic. & l. cùm auus 102. De condic. & demonstr.* quæ iungendæ sunt cum *dict. l. generaliter. §. cùm autem.* Itemque ex *l. Titia Seio 87. §. Seia libertis de legat. 2.* vbi Paulus duos substitutionis gradus factos esse ait, & quidem in fideicommisso, nec tamē ponit factum fuisse fideicommissum per verbum *substituo*: sed per verbum *fideicommitto*, adiecto etiam illo *restituat*, quæ nemo vnquā dixit aut directa esse, aut communia verba. Nec dissimilis Bartoli error est, cùm, vt probet verbum *instituo* esse directum, adducit eos locos qui loquuntur de herede instituto vt *l. 1. D. de hered. inst. l. 1. De vulg. & pup. subst. l. pen. D. de inspic. vent.* Quasi verò nō alius heres institutus dici possit, quā qui scriptus sit per verbum *Instituo* quod tamen quàm falsum sit ex sequentibus apparebit. Dubitari magis potest de verbo *iubeo*, quod cùm ex Latini sermonis ratione sit precarium non minùs quàm verbum *cupio*, interdum tamen pōtest esse directum si pro *impero* accipiatur. *l. 2. C. commun. de legat.* Ad quod certè respicit *Vlpian. in tit. 21. quem her. inst. deb.* cùm ait illam institutionem iam olim valuisse *Titium heredem esse iubeo.* Sed tamen nusquam reperias posse illud in eadem clausula & directum esse, & precarium, nec est difficile ex adiunctis verbis intelligere in quo sensu sit vsurpatum à testatore. Est autem longè absurdior illa etiam Bartoli distinctio circa verba directa, vt eorum alia sint ciuilia, alia non ciuilia, ciuilia quæ iure, inquit, ciuili sunt introducta, vt verbum, *heres esto.* Non ciuilia verò quæ diriguntur ad substitutum vt ipse de manu sua capiat non ab alio: sed quę nullum de iure ciuili habent significatum: quoniam iuris ciuilis verba non sint, & ideo in dubio intelliguntur secundum quod casus eueniet. In quo numero ponit ista pro exemplis *accipiat, capiat, moriatur.* Sic enim ille ad *d. l. centurio. num. 15. & seq.* Prorsus commentitiè. Nulla enim alia directa prudentes nostri agnoscunt: nisi quæ sunt ciuilia, legitima, & imperatiua, vsurpántque ista omnia pro synonimis, vt suprà diximus & constat ex *l. verbis ciuilib. 7. eod. tit. d. l. 2. C. commun. de legat. l. quoniam indignum. 15. C. de testam.* & aliis locis quotquot sunt qui de directis verbis loquuntur. Ex quo fortissimum argumētum sumitur contra Bartolum, vt ea verba quæ ipse vocat directa non ciuilia, sicut ciuilia non sunt vel fatente ipso Bartolo, ita neque directa esse intelligamus. si enim directa essent, vtique essent etiam ciuilia, cùm verborum directorum, non ciuilium nulla vspiam mentio fiat. Neq; verò si cæteris interpretibus credimus quicquam differunt in effectu à verbis communibus quod ad hoc vt obliquari possint, quomodo loquitur *Mich. Crass. in d. § substitutio. quæst. 5. nu. 8.* Vnde & idem *Bart. nu. 44.* verba ista directa non ciuilia suauiter appellat nouo alio nomine communia iure gentium. Sed erit vtilius, vt de singulis, aut de iis saltem quorum frequentior vsus est disseramus. Primum occurrit verbum *instituo* de quo nemo dubitat quin sit directū, quod nominatim tradit *Bart. ad d. l. centurio. num. 47.* Ego verò non solum dubito, sed etiam falsum id esse puto,

se puto; si prudentes nostros consulamus apud quos improbatas olim fuisse huiusmodi formulas instituendi heredis *Titium heredem instituo*, *Titium heredem facio*, iã sępius monuimus ex Vlpiano *in fragment. tit. 21. quemadm. hered. instit. deb.* Nempe quod non essent illa verba legis, hoc est imperatiua sed indicatiua. Lex enim permisit quidem patrifamilias & ciui Romano facere testamentum, sed non aliter quàm si faceret per modum legis. Lex autem nulla fit verbis indicatiuis: sed semper imperatiuis. Nec est contrarium quod legatum valet ita datum *lego Titio fundum Cornelianum* cùm tamen sit ille modus indicatiuus, non imperatiuus. Est enim hæc propria vis verbi istius *lego*, vt quamuis indicatiui modi sit: attamen pro imperatiuo habeatur, quandoquidem nihil refert an quis dicat *lego*, an verò *per legis modum dispono*: quo sensu lex duodecim tabularum in concedenda testamenti factione quę tota ex heredum institutione magis quàm ex legatis ęstimatur, ita scripsit *paterfamilias vti suæ rei legaßit*. Hoc ipsum verò *per modum legis disponere*, quid aliud est quàm disponere imperatiuè? Nam & similiter valuisset olim ista institutio quamuis per verbum indicatiui modi facta, *Titium heredem esse iubeo vel impero*, vt supradicto loco Vlp. testatur. Et inde est quod qui olim legabat per verbum *do*, solebat immo verò debebat addere verbum, *lego*, hoc modo, *Titio fundum Cornelianum do, lego*, sumptis scilicet duobus his verbis coniunctim pro vno, vt bene legasse videretur. Planè hodie post constitutionem imperatoris Constantini in *l. quoniam indignum 15. C. de testam.* dubitandum non est quin valeant huiusmodi etiã institutiones quarum formulas istas expressim Constantinus probat. Verùm non quia verbum, *instituo*, aut, *facio*, magis directum sit quàm olim esset, at quia nihil hodie refert, an imperatiuis & directis verbis fiat institutio, an inflexis, vt lex ait quo inflexorum nomine significat Constantinus ea omnia quæ non sunt imperatiua, non quomodo vult Bartolus ea quæ ostendant per manus alterius accipiendum esse id quod à testatore relinquitur, putà si testator dixerit, *mando*, vel, *volo Titium heredẽ esse*, quibus verbis nemo dixerit id actum esse vt Titius hereditatem per alterius manus accipiat, cùm eum ipsum heredẽ esse testator voluerit, nec tamen negari potest esse ista verba inflexa, ob idque propria fideicommissorum, *d. §. vlt. Inst. de singul. reb. per fideic. relict.* hoc ipso quod non sunt imperatiua. Alioquin fuerit sanè perabsurdum existimare à Constantino factum esse, vt valeat hodie institutio heredis facta etiam per ea verba quæ demonstrent voluisse testatorem vt hereditas per manus alterius caperetur, putà si testator ita scripserit *Titius accipiat hereditatem meam per manus heredis legitimi*: aut ita, *Heres meus legitimus hereditatem meam Titio restituito.* Ita enim fieret vt confunderentur prorsus non tãtùm iura: sed etiam nomina hereditatum directarum & fideicommissariarum; & consequenter testamẽtorum & codicillorum, de quo nunquã Constantinus cogitauit. Post cuius constitutionẽ etsi nihil interest quibus verbis directisve & imperatiuis, an inflexis testator volũtatẽ suã declarauerit, illud tamẽ semper requiritur vt cõstet testatorẽ voluisse hereditatẽ dare nõ fideicommissum, & heredem facere non fideicõmissariũ. At de illo dubitari elegãter potest, si verbũ, *instituo* nõ erat olim directũ, vt proculdubio non erat, cur magis verbũ *substituo* directũ cẽseretur. Directũ nãq; fuisse dubitãdũ nõ est, & valuisse directã substitutionẽ siue vulgarẽ siue pupillarẽ, quę per hoc verbũ, *substituo*, facta esset, *l. iã hoc iure. 4. de vulg. & pupill. subst. 1. Luc. Titius*

Seio 53. *D. de her. inst.* cũ tamẽ nihil aliud sit dicere, *substituo*, quã *secũdo loco, instituo*, si nihil aliud substitutio est quã secunda institutio vel secundi heredis, nec magis imperatiui modi verbum sit, *substituo*, quàm *instituo*. Sed respondendum est præcedente institutione quæ facta sit verbis directis & imperatiuis, quomodo eam olim fieri necesse erat, verbum, *substituo*, quod subsequitur habere vim & sensum imperatiui, quia cùm nihil aliud significet, ex sui proprietate, nisi quòd qui substituitur, in locum instituti subrogatur, inde fit vt si effectum rei & voluntatem testatoris inspicias, quisquis substituitur, in locum instituti subrogatur, inde fit vt si effectum rei & voluntatem testatoris inspicias, quisquis substituitur, idem verbis directis & imperatiuis secundo loco instituti videatur, scilicet iis ipsis, quibus testator vsus est in primi heredis institutione, quasi iisdem illis: sed tacitè & verborũ compendio repetitis, quod non similiter dici potest de verbo, *instituo*, quod cùm semper præcedere debeat nõ sequi [testamentum enim ab institutione incipere olim necesse erat. *l. 2. §. prius autem. D. de vulg. & pupill. subst. §. ante heredis Instit. de legat.*] non potest illam recipere interpretationem, vt per relationem ad quid aliud videri possit facta verbis directis, & imperatiuis, si nulla sint expressa. Quare nec valuisset olim substitutio ita concepta *Titius heres esto, si Titius heres non erit, Sempronium instituo*, quia nõ fuissent habenda pro repetitis in substitutione verba imperatiua, quorum loco aliud inflexum nec imperatiuum expressim substitutum esset: quamuis non negem hodie post supradictam Iustiniani legem huiusmodi quoque substitutionem iure directo valituram, quia & prima institutio valeret. Ex quo apparet quantopere erret Bart. *d. num. 47.* & Bartolum secuti cæteri existimantes verbum, *instituo*, esse directum, *substituo* autem commune, cùm è contrario debuerint dicere verbum *substituo*, positum post institutionem, verbis directis & imperatiuis factam, esse merè directum, & imperatiuum semper; nunquam commune, multominùs inflexum. Verbum verò, *instituo*, nunquam esse directũ aut commune, sed semper inflexum, quia nunquam imperatiuum est. Addidi *positum post institutionem verbis directis & imperatiuis factam*, quia si poneres vocatũ quẽ fuisse ad hereditatẽ per fideicõmissum, eiq; substitutum Semproniũ hoc modo, *Rogo te heres mi, vt hereditatem meam Titio restituas, Titio Sempronium substituo*, non esset dubitandum, quin Sempronius quoque per fideicommissum ad eandem hereditatem vocatus intelligeretur, quandoquidem subrogatus esset in locum Titij quem testator non nisi per fideicommissum inuitasset, vt in *l. Scæuola. 76. ad Trebell. l. cùm proponebatur. 64. de leg. 2. & alibi passim.* Et hoc sensu verum est quod ait Bart. *d. num. 47.* verbum *substituo*, esse generalius, quàm verbum, *instituo*. An ergo fatebimur saltem verbum hoc, *substituo*, esse commune, tanquam quod & directæ & precariæ substitutioni subseruiat? Ne hoc quidem. Immo inferemus ex eo potiùs neque directum verbum esse cùm fideicommissis vsui esse possit, neque obliquum & inflexum cùm prosit etiam ad directam substitutionem. Est enim longe faciliùs, vt si neutrũ id est neque directum neque obliquum, quàm vt sit vtrunque quale esset si esset commune. Ac sanè ita est. Nõ aliam vim & significationem habet hoc verbum exprimendam voluntatem, siue directam, siue precariam quàm quæ ex dispositione præcedente in qua substitutio fiat, colligi potest, ideóque non tam commune, si partitè loqui velimus, quàm indifferẽs dici debet. Quòd cùm ita sit, fatendũ est non magis fieri posse,

ri posse, vt verbū, *substituo*, positū post institutionē verbis imperatiuis cōceptam flectatur ad fideicōmissum, quàm flecti posset substitutio quæ facta esset per verba illa, *si Titius heres nō erit, Sempronius heres esto*, [quā tamē formulā nec Bart. ipse negat trahi ad fideicōmissum nūquam posse, si modo posit ali quo tēpore vel casu valere iure directo: quoniā verba illa nō tantùm directa sunt, sed etiā directa ciuilia vt ipse loquitur ad *dict. l. centurio. nu.* 15.] Si quidē nec alia ratione potest iure directo valere, substitutio quæ facta est per verbum, *substituo*, quàm quia videatur facta iis ipsis verbis directis, quæ in institutione præcesserunt, quæ si non essent non magis posset valere substitutio facta per verbum, *substituo*, quàm institutio facta per verbum, *instituo*, quia neutrū est directū, neque imperatiuum: inspecto scilicet iure vetere quod obtinuit vsque ad tempora Constantini post cuius constitutionem in *d. l. quoniam indignum*, perinde sane valēt substitutiones directę atque institutiones etiam factæ verbis inflexis, id est non directis, non imperatiuis, dummodo tamē precariis. Hoc enim obseruandū est non quemadmodū directa, imperatiua, legitima & ciuilia verba pro synonimis vsurpātur, vt supra dictū est, ita ex aduerso, *inflexa*, vel quod idē est, *obliqua*, pro precariis semper accipi oportere. Inflexa enim & obliqua opponūtur directis & imperatiuis nō tāquā cōtraria, sed tanquā cōtradictoria. Precaria verò non tanquā cōtradictaria, sed tanquā cōtraria. Ideóq; inter directa seu imperatiua, & inflexa seu obliqua medium nullū est, vt nec esse solet inter contradictoria. Et omne verbū quod directū atque imperatiuū non est, obliquū atq; inflexū esse necesse est, id est vt contradictionem melius exprimamus, non directum, non imperatiuum. At inter directa seu imperatiua & precaria, medium genus est eorū, quæ nec imperatiua sūt nec precaria & simpliciter obliqua & inflexa, cuiusmodi ista sunt *volo, mando, instituo, heredē facio, substituo*, & si qua sunt similia: quę nemo vti que dixerit esse precaria, cùm imperatiuis propriùs accedere videantur, quā quā nec verè sunt imperatiua. Illa verò sunt imperatiua. Illa verò sunt precaria, *Peto, rogo, fidei tuæ committo*. Denique omnia quæ sunt precaria sunt etiā obliqua & inflexa. Sed nō vicissim omnia quę sūt inflexa & obliqua sunt etiā precaria. Et idcirco Constantinus in *d. l.* quoniā nō ita legē concepit, vt nihil hodie interfit an heredis institutio facta sit verbis imperatiuis an precariis qp esset ridiculum, sed an facta sit verbis imperatiuis & directis, an inflexis. Sūma igitur verborum diuisio illa est, vt distinctiùs rē explicemus, quod alia sunt directa, seu imperatiua seu ciuilia, seu legitima, alia verò inflexa seu obliqua id est nōn directa non imperatiua non ciuilia nō ligitima. Rursus inflexorum seu obliquorum alia sunt precaria, alia verò nō precaria, id est quę non magis sunt precaria, quàm imperatiua. Et consequenter inflexorum seu obliquorum verborum species non tam media est inter imperatiua & precatiua, quàm species specifica è diametro opposita verbis imperatiuis contétáque sub eodem genere scilicet verborum. Genus verò aut, vt logici vocant species generica quod ad verba precatiua. Continens nimirum sub se duas illas verborum species quarum vna sit verborum precariorum, alia eorum quę nec precaria sint nec imperatiua. De aliis verbis quæ communia nostri vocant, sequenti capite subiiciamus.

ERROR TERTIVS.

De verbis, Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur, Adcrescat, Accipiat, Moriatur, & alijs quæ vocant, vel directa non ciuilia, vel communia iure gentium, aut ciuili.

ETSI quæ interpretes nostri tractare solent circa substitutiones per occasionem verborum vt vocant, communium ea vel omnia vel saltem maiori ex parte corruere necesse est, ex iis quæ de verbis, *instituo*, & *substituo*, contra eosdem interpretes proximè disputauimus, quia tamen alia verba multa sunt, quæ fatentur quidē illi nō esse directa ciuilia, sed vel directa nō ciuilia esse volūt, vel saltē cōmunia: de iis quoque omnibus nunc dicendū nobis est. Eiusmodi sunt ea, de quibus in huius capitis inscriptione. Ex quibus volūt directa esse illa, *accipiat, adcrescat, moriatur*, cætera verò esse omnia communia, vt tractat *Bart. ad d. l. Centurio. num. 27. & à num. 48. inclusiuè vsque ad finem*, & ex recepta interpretum traditione *Mich. Crass. in §. substitutio. quæst. 5. per tot.* Quod aiunt de verbis directis mihi aliquando probabile videbatur, ratione illa quod sint ista omnia verba imperatiua. Iam enim diximus in præcedentibus verba directa, ciuilia, legitima, & imperatiua esse synonima, & pro iisdem vsurpari. Sed postea meliùs visum est non omnia imperatiua directa quoque esse, & ciuilia, & legitima, licèt quæcunque sunt directa & ciuilia, & legitima, ea sint etiam & necesse sit esse imperatiua. Nam quæ sunt imperatiua præsentis temporis, cuiusmodi sunt illa omnia, *accipiat, adcrescat, moriatur*, [quamuis postremū hoc includat tractum temporis successiui] ea si per se & absolutè, hoc est tanquam imperatiua proferantur, non possunt idonea videri ad testatoris voluntatem imperatiuè declarandam: cùm testamentorum omnium ius proprium illud sit, vt in futurum tempus conferantur, id est quod erit post mortem testatoris. *l. 1. D. qui testam. facer. poss.* Ideóque omnia exempla quæ in libris nostris habemus verborum imperatiuorum, siue in heredum institutionibus, siue in legatis vsurpandorum, ad futurum tempus non ad præsens referuntur, qualia sunt illa, *heres esto, fundum habeto, sumito, præcipito, dato.* Nec alia meo iudicio dubitandi ratio fuit apud Vlpianum in *tit. 2. quemad. hered. instit. deb.* cùm ait illam quoque institutionem valere, *Titius heres sit*, quàm quòd verbum illud imperatiui quidem modi est, sed tamen temporis præsentis: sicut è contrario non valuisset olim ea institutio *Titius heres erit*, quamuis concepta esset per verbum futuri temporis, quia non erat concepta per verbum imperatiui modi, ob eamque causam fuit necessaria lex Constantini in *l. quoniam indignum. 15. C. de testam.* Sed videtur verbum, *sit*, imperatiuè scriptum licèt sit temporis præsentis, habuisse hac in re nescio quid speciale propter magnam similitudinem & proximitatem quam habet cum verbo, *esto*, pro quo plerumque sumitur etiam in sensu imperatiui, grammatica non valde reluctante. Ergo si quis olim heredem ita instituisset, *Titius hereditatem meam accipiat*, proculdubio malè heredem instituisset, nec testamentum valuisset, quia testatoris non erat aut hereditatem facere, aut hereditatis accipiendæ ius heredi dare

quod

quod vtrunque solius legis erat, sed hæredem vel scribere, vel nuncupare. Prius enim est vt quis heres institutus sit, quàm vt ex testamento hereditatē accipere possit. Non potest autem heres esse qui à testatore institutus non fuit, quia licèt etiam legis sit heredem facere sicut & hereditatem *l. filius familias*. 18. *D. ad leg. falcid.* non alium tamen heredem lex facit, ex testamento, quàm quem testator instituit, & quidem eo modo, quo instituere debuit, quandoquidem conditio vtiliter testamento nihil aliud faciendum lex habet: nisi vt confirmet testatoris voluntatem. *l. lege obuenire*. 130. *iunct. d. l. verbis legis*. 120. *de verb. signific.* Adeò vt dubitaretur olim an ea institutio valeret, *Titius hereditatis meæ dominus esto*, quanquam placuit vafere. *l. his verbis*. 48. *in princip. D. de hered. instit.* propterea quod parum interfit an heredem testator dixerit an dominum, cùm heredis appellatione nihil nisi dominus significetur. §. *vlt. Inst. de hered. qualit. & differ.* Quanto igitur fuisset certius institutionem illam non valere, *Titius hereditatem meam accipiat?* Nam & implicabat contradictionem ea clausula in qua esset concepta institutio, si ea dici institutio, debuisset, per verbum præsentis temporis, & nihilominùs collata in futurum propter adiectam hereditatis mentionem acsi scriptum fuisset, *Titius præsenti tempore accipiat hereditatem meam, quæ nulladum est: sed quæ futura erit.* Quid si testator scripsisset, *Titius bona mea accipiat?* Multo minùs videri potuisset facta institutio directa: quia licèt non implicasset contradictionem hæc clausula, cùm iam bona sint in tempore illo præsenti quo fit testamentum, absurdum tamen est ius vllum acquiri ex institutione quandiu testator viuit & inspecto præsenti illo tempore conditi testamenti quia non potest acquiri priusquàm testamentum per legem confirmetur, quòd porrò non confirmatur, nisi mortuo demum testatore. Et tamen cùm verba essent relata ad tempus conditi testamenti, non posset lex testamentum illud confirmare, quin confirmaret eo ipso modo quo testator bona sua ad heredem peruenire voluisset, verbísque conceptis declarasset: quia testantis voluntatem quamlibet aut nullomodo lex confirmat, aut eo ipso modo confirmat, quo testator voluit. Ac proinde tametsi non quod ad verba, tamen quod ad legis vim & potestatem, haberet hæc res implicitam contradictionem, vt testamentum, & iam inde ab ipso testamenti tempore, & non nisi mortuo demum testatore per legem confirmatum videretur, perinde acsi testator ita testatus fuisset, vt se adhuc viuo testamentum suum vires habere præcepisset. Eadémque ratio locum haberet etiam in legatis, etsi legatorum minùs sollennia videntur fuisse verba, quàm institutionum. Nam qui ita scribit, *Titius fundum Cornelianum accipiat*, iam ex eo tempore facit potestatem Titio accipiendi fundi qui iam tum est, quia non sicut hereditas: ita & fundus fit per mortem testatoris, quod non similiter potest dici, cùm ita scriptū est, *Titius fundum Cornelianum accipito*. Illud enim verbum imperatiuum futuri temporis commodum esset ad expectandum tempus illud quo lex testamentum esset confirmatura, nec aliam ob causam olim fuisse inductum vsum verborum imperatiuorum futuri temporis, credendum est, quasi qui non modo aptior: sed etiam omnino in eam rem necessarius esse crederetur. Nec est quod quis dicat huiusmodi verba omnia etiam in præsenti tempore scripta satis habere:

[illegible]

ine-

tractum temporis, ex eo solo, quòd in testamento scripta sunt cuius confirmatio nulla futura sit nisi post mortem. Ob id enim voluit lex conferri voluntatem in tẽpus futurũ, & consequenter exprimi verbis futuri temporis non præsentis, ne alioqui testantis voluntas potestatem legis occupando præpediret. Idque adeo verum est vt quãuis Constantini lex has omnes sollennitates & obseruationes sustulisse videatur in heredum Institutionibus in *d.l. quoniam indignum*, sicut & Iustinianus in legatis in *l. 2. C. commun. de legat.* vix tamen recipi posse putem vt etiam hodie defendi debeat illa institutio, *Titius meã hereditatem accipiat*, aut illud legatum, *Titius fundum Cornelianum accipiat*, quia planè absurdum futurum sit dicere adprobatas ab Imperatoribus eas quoque clausulas, quæ implicitam habeant contradictionem: fuitque iis multo facilius, tollere sollennitatem illam, quæ requirebat vt verba essent imperatiua, & quæ sola designatur constitutione Constantini, quàm illam quæ illud etiam exigebat vt verba ista imperatiua in futuro tempore conciperentur. Nam vt deberent esse imperatiua faciebat tantùm rigor legis duodecim tabularum, quæ non alias voluntates confirmabat, quàm quæ per verba legis essent expressæ, & consequenter per verba imperatiua. Vt verò deberent esse futuri temporis faciebat necessitas iuris & voluntatis, ne alioqui contradictionis implicatio, aut in verbis testatoris, aut in legis potestate induceretur. Quis autem dicat imperatores facere aut voluisse aut potuisse id quod implicet contradictionem, quod nec à Deo Opt. Max. vnquam fieri, Theologi admittunt. Nec potest obijci quod Constantini lex eam institutionem expressim adprobat, *Titium heredem instituo*, in qua tamen verbum, *instituo*, non solùm indicatiui modi est: sed etiam temporis præsentis. Est enim verbum relatum ad personam ipsius testatoris, cuius factum quod tum interuenit, cùm fit testamentum sicuti præsens est, nec potest futurum esse, ita præsentis temporis verbo optimè significatur, neque alia de causa erat olim illa formula improbata, quàm quòd per verbum imperatiuum concepta non esset, vt superiore capite dicebamus. At clausulæ illæ de quibus agimus ad personam factúmque heredis referuntur, qui sicut nullus esse potest nisi mortuo demum testatore, ita nec priùs habere ius aliquod in hereditate quæ nulla dum est, nec si testator velit, quomodo vult vtique qui imperat ei, vt præsenti tempore accipiat vel bona, vel hereditatem, vel fundum. Aliud esset si poneres testatorem ita scripsisse, *volo*, aut *mando vt Titius hereditatem meam accipiat*, aut *bona*, aut *fundum*. Nec enim dubitandum est quin hodie vtilis esset hæc clausula etiam in herede instituendo, in qua scilicet verbum *volo*, aut *mando*, aut aliquod aliud simile habens tractum temporis & regens omnia sequentia, facit vt non ad præsens, id est testamenti tempus relatum videri debeat verbum *accipiat*, quod hoc casu non imperatiui modi est, sed subiunctiui, sic dicti si grammaticos consulamus quia non stat per se quomodo stant verba quæ sunt imperatiui, sed pendet ex eo cui subiungitur. Itaque nullam implicat contradictionem ista clausula, quam superior, vt probauimus, implicaret. De verbis, *Adcrescat*, &, *Moriatur*, nescio planè quid interpretes sibi velint, aut quis horum verborum vsus esse possit, siue in heredibus instituendis siue in legatis, & fideicommissis relinquendis: nisi qui & qualis ex adiunctis & præcedentibus verbis inferatur. Vt in *l. codicillis. 34. in princip. D. de vsufr. legat.* vbi verba illa,

vt qui

D. de vsufr. legat. vbi verba illa, *vt qui ab his decesserit, portio eius reliquis adcrescat*, pendent ex illis præcedentibus *dari volo*, quæ sunt verba fideicommissi. Quod si bene vidisset Bartolus, nihil causæ fuisset, cur dixisset ideo verbum *adcrescat*, eo loco aptari ad fideicommissum quod scriptum esset in codicillis, in quibus apposita qualibet alia verba directa trahuntur, inquit ad fideicommissum ex *l. Scæuola. 76. D. ad SC. Trebell.* Quæ propositio, neque in se vera est, quoniam quæcunque in codicillis testamento non confirmatis relinquuntur directis verbis ea prorsus inutilia sunt, nec iure fideicommissi defenduntur extra casum *d. l. Scæuola.* de cuius sententia & ratione alibi fusissimè scripsimus. Neque ad speciem *d. l. codicillis accomodata*, quoniam etsi ea scriptura in testamento non in codicillis posita fuisset: non alium tamen sensum habuisset verbum *adcrescat*, adiectum fideicommisso, cùm in testamentis quoque non minùs, quàm in codicillis fideicommissa relinqui possint. Nec sanè video qua ratione verbum hoc possit directum dici vel obliquum. Siquidem nec heredis instituendi, nec legati aut fideicommissi relinquendi verbum est, at in id duntaxat comparatum, vt exprimat voluntatem testatoris quod ad ius adcrescendi, cui iuri adcrescendi locum esse constat, quoties voluntas testatoris concurrit, siue sint illi heredes, siue legatarij, siue fideicommissarij. Cùmque ius adcrescendi sit ex legibus, tum quoque cùm ex testantis voluntate proficiscitur, non est dubitandum quin semper adcrescat ipso iure ea portio quæ adcrescit, siue de heredis institutione quæratur, siue de fideicommisso aut legato, nec vllum in ea re hominis factum requiratur. Ad quod respiciens Bartolus vult esse verbum directum, probátque ex *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend. & ex tot. tit. C. quand. non petent. part. petent. adcresc.* Suauiter mehercule. Quasi verò iis locis agatur de verbo *adcrescat*, à testatore aliquo, ac non potiùs ab Imperatoribus prolato. Sed illud suauius est quod idem Bartolus & alij tractant de verbo *moriatur*, dantes exemplum si ita scriptum sit, *Titius Sempronio moriatur*, pro eo quod posset scribi pluribus. *Quod reliqui Titio, perueniat directò ad Sempronium.* Quis enim sic vnquam loquatur, qui vel minimum Latinè sciat? Nec dissimulat Didac. Couarr. esse græcismum, cuius tamen nō video cur sensum directum esse velimus, potiùs quàm obliquum. Nam & alteri perinde mori dici potest is ex cuius morte commodum aliquod ad alterum peruenit iure fideicommissi, acsi directo iure perueniret. Nisi fortè ad id nostri respiciunt, quod in suprascripto exemplo nullum potest factum Titij interuenire, quem Sempronio mori testator iussit, ob idque videtur esse necesse, vt fiat ipso iure quod in Sempronij fauorem fieri testator voluit. Sed tamen nihil vetat pro Titij facto, quod sanè interuenire nullum potest, intercedere factum heredis Titij, perinde atque fit cùm quis post mortē suam hereditatem restituere, aut quid aliud facere rogatus est. Nō enim eo minùs fideicōmissum datum intelligitur quod impossibile sit à Titio iam mortuo restitui hereditatem: sufficitq; restituendi obligationem cœpisse in persona Titij, executionē verò ab ipsius herede fieri posse. *l. coheredi. 41. §. cùm filiæ. de vulg. & pup. subst.* Etsi autem verbum hoc *moriatur*, imperatiuum esse potest, non tamen eo sensu quo dicimus imperatiua esse oportere verba quæ sint ciuilia & directa. Quodnam enim nouum per legis modum imperandi genus est, imperare quem alij vt moriatur? An fortè legis modo disponere istud est, quia sic loqui lex solet, cùm alicui pœnam irrogat capitalē? Cetera.

verò verba illa *Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur*, quæ volũt nostri esse cõmunia vix etiã vllum bonũ sensum habent, aut vllum vsum nisi præcedat verbum *volo*, aut quod aliud simile, cujus ratione fieri debeat, vt non tam imperatiui modi ista sint, quàm subiunctiui, vt proinde directa esse nunquã possint. Præsertim cùm si quando sint imperatiua, tamen futuri temporis non sint, sed præsentis, quod nos supra diximus verbis directis & ciuilibus, & legitimis conuenire nullomodo posse. Maxime si ius illud inspiciamus quod prudentum temporibus obtinebat, ex quorum responsis conantur interpretes has verborum differentias, & inducere & probare. Nam cum essent olim solennia verba non modò institutionum, sed etiam legatorum adeóque fideicommissorũ nusquam reperias vllum ex istis verbis quæ appellant communia in vsu & numero solennium fuisse, si sola & sine adiuncto alio ex solennibus proferrentur. Hodie verò etsi verborum ista solennitas sublata est, non tamen vsque adeò cõfusa sunt, & iura & verba institutionum, legatorum, & fideicommissorum, vt promiscuè omnia omnibus subseruiant, sed illud semper inspiciẽdum est, quale verbum illud sit quod absolutè præcedat, & à quo cætera regantur, & in quem casum testator vsus sit supradictis verbis, *Perueniat, Pertineat, Succedat*, & similibus. Nam si in casum quo bona de quibus disponit iam ad alium pertinere cœperint, siue institutionis, siue legati aut fideicõmissi iure, non potest fieri, vt directorũ verborum vim & potestatem habeant, quia nõ est in potestate testatoris, vt directò quicquam disponat de bonis iam alij acquisitis. E contrario autem in casum quo bona nemini adhuc sint acquisita, non potest facere testator, vt ea verba vim habeant inflexorum obliquorum & precatiuorum quoniam dominum factum esse, oportet illum qui vt quid præstet rogetur & oneretur. Itaque si quis ita scripserit, *Titius heres esto. Si Titius heres non erit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, poterit fortasse videri directa institutio, non quia verbum *pertineat*, aut verbum *volo* sit directum vel commune, sed quia Constantino placuit verbis quoque inflexis, & non directis institutionem directam fieri posse, dummodo casus ipsáque rei natura non repugnet. Si verò testator ita scripsisset, *Titius heres esto. Si Titius heres erit, & siue liberis decesserit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, fieri nequit vt directa substitutio facta videatur, quę scilicet in casum agnitę hereditatis alij quàm impuberi fieri non potest, ideóque prorsus necesse est, vt talis scriptura ad fideicommissum adaptetur. Etsi vereor ne non tam sit generalis quàm esse creditur sententia Constantini in *d. l. quoniam indignum*. Siue enim verba constitutionis inspicias, tractant nominatim de institutione, vt nihil intersit quibus verbis fiat institutio, siue rationem illam æquitatis qua potissimum Constãtinus mouetur, ne ex inani obseruatione verborum supremæ hominum voluntates corruant, non conuenit ea ratio præterquàm institutioni, quæ caput est & fundamentũ totius testamenti. Non igitur protrahenda est constitutio ad substitutiones, siue directas, siue fideicommissarias, quas nihil vetat non valere, si nõ aptis & idoneis verbis factæ sint, saluo nihilominus manente testamento, quod vt aliquando valuerit, sufficit institutionem valuisse. Quare in suprascripta priore specie cùm testator ita scripsit, *Titius heres esto, si Titius heres non erit, volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium*, probabiliùs defendi posse arbitror, Titio non volente, aut non valente adire hereditatem, fieri locũ heredi legitimo,

gitimo, nec nisi iure fideicommissi hereditatem testatoris ad Sempronium peruenire posse. Fideicõmissi inquam, à legitimo herede præstandi, tãquam qui solus oneratus videri debeat, etiamsi nulla sint à legitimis heredibus repetita fideicõmissa, neq; adiecta vlla clausula codicillaris. Quem enim alium præterquàm legitimũ heredem onerasse videri potest is, qui hereditatem fideicõmissariam reliquit Sempronio, nõn ab herede instituto, sed è cõtrario in casum illum quo heres institutus heres non esset? Nam quod dici solet, Si testamentum vel ab initio non valeat, vel ex postfacto destituatur, nõ adita ex eo hereditate, non solùm legata, sed etiam fideicõmissa eodẽ testamento relicta corruere, nisi à legitimis successoribus fideicõmissa repetita sint. *l. ea quã. 14. C. de fideic.* in iis demũ fideicõmissis obtinet quæ iniũcta fuerũt heredi instituto: nõ etiã in iis quæ relicta sint in casũ destituti testamenti. Ratio enim huius iuris alia nõ est, quàm quod ea quę quis à scripto herede reliquit, credẽdus sit nõ aliter fuisse relicturus, quã si ille heres esset, quod nõ similiter dici potest de iis quæ testator reliquit in eũ casum quo heres scriptus heres non esset. Et quemadmodum nihil prohibet ita fieri testamentũ vt tamẽ hereditas legitimo heredi priore loco deferatur, vt in specie *l. si quis ita, 82. D. de hered. instit.* Ita nec quicquam vetat in ea scriptura quam testator tanquã testamẽtũ valere voluerit, data esse fideicõmissa ab heredibus legitimis. Nempe si data sint in eum casum quo nemo ex testamento heres esset. Quid enim refert an testator fideicõmissa relinquẽs in testamento petierit primũ è legitimo herede, an verò ea tantùm repetierit? Et tamen si testamentũ ab iis verbis incepisset, ***volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium***: non esset dubitandum post Constantini legem, quin hereditas iure directo & ex institutione ad Sempronium tanquam vtiliter institutum pertineret. Separanda igitur est hac in re institutio à substitutione, & concludendũ nihil immutatũ fuisse de vetere verborũ obseruatione quod ad substitutiones siue directas, siue, vt vocant, fideicõmissarias, quia nec fuit necesse quicquã immutare, cùm voluntas testatoris, quæ verbis nõ directis & imperatiuis: sed inflexis declarata fuit, extra institutionẽ possit defendi tãquam inflexa, & nõ minùs saluo testamento, quàm salua propria verborũ significatione, à qua non video cur liceat vnquã recedere, si nulla subsit causa vel necessitas recedẽdi quæ certè tunc tantùm subest, cùm agitur de institutione defendenda, sine qua nec testamentum ipsum valere potest. Sine illa, inquam, institutione, quæ valeat iure directo. Nam ea quæ iure fideicommissi defenderetur, etsi non esset omnino inutilis, tamen non prodesset ad causam testamenti, cuius substantia directã institutionẽ omnimodo requirit. Et hoc nimirũ est quod Constantinus dicebat indignũ esse ob inanem verborum obseruationem irritas fieri tabulas & iudicia mortuorum, vt significaret. In iis causis in quibus periculum non est ne ex obseruatione verborum fiant irritæ tabulæ, saluam hodie superesse verborum differentiam, nec posse directò iure valere illam voluntatem, quæ verbis inflexis non directis fuerit declarata. Verùm de his plura fortasse dicemus, cùm tractabimus de compendiosa & de fideicommissaria substitutione. Ibi enim occurrit passim, quod de verbis istis disputari oporteat, directáne sint an communia, & quis eorum sit vsus, quem tamen tractatum in tertiam fortasse chiliadis huius partem conferemus.

ERROR QVARTVS.

De transmissario hereditatis Theodosiano an vulgari substituto praeferatur.

REDIMVS ad tractatum de vulgari substitutione vt quæstiones præcipuas quæ ad eum pertinent absoluamus, priusquàm ad alias substitutionum species transeamus. Hæc autem inter cæteras non ignobilis quæstio est, de transmissario, id est, in quem siue hereditas siue ius deliberandi, ab herede instituto trãsmittitur. An vulgari substituto præferatur. Distinguũt nostri tres species transmissionis. Primam quæ ex sui heredis, & vt loquuntur, ex suitatis iure proficiscatur. Secundam, quæ ex Theodosij constitutione, in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* cùm agitur de ascendentis hereditate transmittenda à descendente in alium descendentem. Tertiam, quæ à Iustiniano inducta est in *l. cùm antiquioribus.* 19. *C. de iur. deliber.* de transmittendo iure deliberandi si heres neque adita neque repudiata hereditate intra annum quem habebat ad deliberandum, decesserit. In prima transmissionis specie volunt trãsmissario præferri substitutũ, quia neque transmissarium vllum esse patiuntur cùm, inquiunt, ius & existentia sui heredis per vulgarem substitutionem extinguatur. In duabus verò posterioribus, transmissarium præferunt substituto. Vt ex communi Doctorum sententia concludit, *Mich. Crass. in lib. sent. §. substitutio quæst. 9. num. 3. post Bart. ad l. 1. num. 20. de vulg. & pupill. subst. & ad l. si paterfamilias. 40. D. de hered. instit.* Rationem illam adferunt, quòd in vulgari substitutione verba illa, *si heres non erit*, hunc sensum habeant, si neque ipse heres erit, neque alium heredem fecerit, *d. l. si paterfamilias & §. vlt. Instit. de vulg. substit.* Atqui hic heres institutus moriendo facit alium heredem. Illum scilicet in quem transmittit aut hereditatem quasi iam agnitam, aut saltem ius deliberandi ad eam adeundam. Excludi ergo substitutum necesse est, non quidem precisè, sed in id vsque tempus quo heres heredis idémque transmissarius declaret an heres esse velit, necne, siquidem non aliter heres fit transmissarius, quàm si velit, vt constat ex *d. l. vnic. & d. l. cùm antiquioribus.* In eámque rem citat etiam Bartolus, quod Paulus scribit in *l. si quis filiumfamilias. 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Si filius priùs quàm sciret se necessarium patri heredem extitisse decesserit, relicto filio necessario, permittendum esse nepoti abstinere se aui hereditate, quia & patri eius permitteretur. Etsi enim hac in clausula nihil est ex quo possit colligi casum illum à Paulo tractari quo adsit vulgaris substitutus, id tamen colligit Bartolus ex coniunctione huius *§. cum princ. eiusdem legis*, vbi proponit Paulus filiumfamilias heredem institutum, & ita in testamento scriptum esse *si mihi Titius iste filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres esto*, neque dubitat quin filiofamilias adeunte iussu patris, excludatur substitutus. Quasi vtriusque loci affinitas facere debeat vt coniungantur, coniunctio autem euincere, vt sit dicendum in posteriore specie datum fuisse substitutum, sicut in priore. At videamus ne tota ista interpretum iurisprudentia sit peruersa, & ei quæ à prudentibus ipsis tradita fuit, ex diametro contraria. Nam quod ad eam transmissionis speciem quæ fit iure suitatis de qua in *l. apud hostes.*

8.C.de suis & legit. & alibi passim, falsum plane est quod volunt excludi eam per vulgarem substitutionem, sicut & falsum est ius ipsum suitatis extingui datione vulgaris substituti. Tantùm enim abest vt suus heres desinat suus heres esse: ob id solùm quòd habeat vulgarem substitutum, vt è contrario nec si abstineat à patris hereditate: adhuc tamen possit admitti substitutus ad hereditatem: quippe quę amplius hereditas non est cùm habeat iam heredem *l.cùm quasi 30.§.sed etsi suus.D.de fideic.libert.* sed tantùm ad bona est admittendus per bonorum possessionem secundùm tabulas petendam apud prætorem, qui hunc suum heredem se abstinentem quamuis heres reuera sit, non tamen habet heredis loco *l.ex contract.44.D. de re iudic.l.si filius 12.D. de vulg. & pupill. substit.* De quo quia iam in præcedentibus multa scripsimus, plura hic non addemus. Pendet enim hic error non ex illo tantum, quo volunt interpretes, per dationem vulgaris substituti tolli existentiam sui heredis, sed etiam ex alio, quem nos suo quoque loco refutauimus, qui habet, Post inductum à prætore beneficium abstentionis, non aliter heredem esse filium quàm si se immiscuerit, suámque voluntatem declarauerit, quòd nolit se abstinere. Cùm igitur verissimum sit quod illi falsum putant neque propter beneficium abstentionis, neque propter vulgarem substitutionem extingui ius sui heredis mirum non est, illud è contrario falsissimũ esse, quod iidem isti pro vero habent, sui heredis transmissarium, siue ex descendentibus ille sit, siue extraneus heres, per vulgarem substitutum excludi. Nam si heres est ipso iure, quomodo fieri potest, vt non transmittat hereditatem ad heredes quoscunque quantumlibet extraneos, per quamcunque aliam hereditatem iam acquisitam? Aut vt non excludatur vulgaris substitutus, qui non fuit substitutus nisi sub illa condicione, *si filius heres non esset*? Et verò si ex mera iuris ratione deficit huiusmodi condicio tum quoque cùm suus heres se abstinet, quia nihilominus reuera heres est quanto magis defecisse dicẽda est, cùm suus heres neque abstinuit se neque immiscuit, sed non declarata voluntate decessit? Nihil enim est hoc casu quod facere possit vt condicio quæ reuera defecit, haberi tamen debeat pro impleta, id est vt hic suus heres, qui reuera heres fuit, heres numquam fuisse intelligatur. Quod verò ad posteriores duas transmissionis species pertinet, siue de ascendentis hereditate à descẽdẽte in descendentem transmittẽda, siue de iure deliberandi agatur. Dico contra quam interpretes velint distinguendos esse hos casus, neque idem iuris vt ab illis fit in vtraque specie constituendum esse, vt omnimodo substitutus excludatur, sed separandum transmissarium Theodosianum à Iustinianeo, Theodosianum substituto præferendum, Iustinianeum verò postponendum. De Theodosiano quia in eo mihi conuenit cum interpretib. expedita res est. Fecit enim Theodos. in *d.l.vnic.C.de his qui ant. apert. tabul.* vt filij seu filiæ nepotes, aut neptes, pronepotes aut proneptes à patre vel matre, auo vel auia, proauo vel proauia, scripti heredes, licèt non sint inuicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, & ante apertas tabulas defuncti, siue se nouerint scriptos heredes, siue ignorauerint, in liberos suos cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictã sibi hereditatem aut hereditariam portionem possint transmittere, ipsorúmque liberi eam quasi sibi debitam vindicare. Ex quibus verbis apparet transmitti hoc casu hereditatem ab ascendentibus in descendentes non tanquam acquirendam, vt vulgo interpretes volunt, sed tanquam acquisitam. Non dico tanquam aditam,

sed tanquam acquisitam: quia est quidem hic vnus ex casibus, in quibus hereditas non adita transmittitur, vt ait Iustinianus in *l. vn. §. in nouissimo. C. de cadue. tollend.* sed non in quibus hereditas non acquisita transmittatur. Non potuit adiri ab ignorante, sed potuit tamen acquiri ignoranti potestate constitutionis: sic & in *l. si infanti. 18. C. de vir. delib.* Alioqui non hereditas ipsa, aut portio hereditaria transmitteretur, quod ait constitutio, sed ius tantùm deliberandi vel adeundi, vt cōtingit in ea transmissione, quæ fit in extraneos, de qua in *d. l. cùm antiquioribus.* Cùmque ea proculdubio fuerit mens Theodosij, vt transmissarius alij cuicunque heredi futuro etiam substituto præferatur ratione scilicet ac æquitate constitutionis locum habente pro descendentibus etiam contra substitutum, hæc tamen interpretatio nostrorum, quæ vult transmitti hereditatem tanquam adeundam, locum aperit substituto, vt inuito etiam si voles Theodosio debeat præferri transmissario, cùm extitit conditio substitutionis. Fuit enim longè facilius Theodosio facere vt ascendentium hereditates ipso iure descendentibus acquirerentur, protracto ad omnes descendentes eo iure quod in suis tantùm heredibus olim obtinebat, ad hunc solum effectum, vt in descendentes alios transmitti possent, quàm vt non acquisitæ transmitterentur in præiudicium etiam illius qui à testatore expresśim substitutus esset in hunc casum non acquisitæ hereditatis. Hoc enim sensu tolleret Theodosius illud ius, quod iam esset acquisitum substituto, cui tamen nec voluit, nec nisi iniustissimè potuisset aliud ius tollere, quàm acquirendum. Ita verò non aliter facere potuit, quàm inducendo, vt hereditas etiam ignoranti acquireretur, ne vnquam posset existere condicio substitutionis. Minor namq; est iniuria facere vt substitutionis cōditio existere non possit inuito descendente, si transmissionis ius volet suscipere, quàm facere vt post impletam quoque substitutionis conditionem nihilominus substitutus excludatur. Illa siquidem iniuria solum afficit substitutum, non etiam voluntatem testatoris, cuius votum vtiq; fuit vt descendentem à se institutum haberet heredem: Hæc verò afficeret non modò testatorem substitutum, sed etiam verba testamenti, expressamque voluntatem testatoris. Atqui dicat aliquis, si transmitteretur hereditas tanquam acquisita, transmitti posset in heredes quoscunque, etiam extraneos: quod tamen non ita est. Ego verò hanc nego consecutionem. Nam cùm hæc transmissio non fiat ex iure communi, sed ex autoritate constitutionis, potuit ei Theodosius talem formam & naturam dare, qualem voluit: nec quærenda est ratio iuris in his, quæ constituta sunt contra regulas iuris. Id enim Theodosius egit vt transmissario, non vt transmittenti faueret. Nos verò id agere debemus vt constitutio, quæ à iure communi abhorret, minùs sanè quàm fieri possit abhorreat ab æquitate. Nec rursus est contrarium quod Theodosius in descendentium arbitrio reliquit, an eiusmodi hereditatem agnoscere vellent, an recusare: qui sensus est illius exceptionis *si tamen hereditatem non recusant.* Id enim ideo factum est, fieriq; debuit, ne alioqui, dum id agebat ille vt descendentibus prospiceret, iis potius noceret, si inuitis omnibus illis faceret omnimodo acquisitam hereditatem, quæ fortasse suspecta esset, aut euidenter damnosa. Nam & præmortui ascendentes à quibus fit transmissio, si viuerent, haberent arbitrium vel abstinendi etiamsi essent sui heredes, vel repudiandi si non essent sui. Cur non igitur eodem iure & arbitrio vtantur ij, in quos fit transmissio? vt argumentatur Paulus in *d. l. si quis. 8. §. 1. D. de acq.*

aeq. hered. Cæterùm vt intelligamus transmitti hoc casu hereditatem non quasi acquirendam, sed quasi acquisitam, obseruandum est supradictam exceptionem à Theodosio ita conceptam esse, *Si tamen eam hereditatem non recusant:* non autem hoc modo. *si tamen eam hereditatẽ adire velint.* Aliud enim est hereditatẽ adire, aliud nõ recusare. Aditur hereditas nondũ acquisita, recusatur ea quæ iã acquisita fit: *l. si filius.* 12. D. *de vulg. & pupill.* In eóq; differt etiam recusatio à repudiatione, quia quod iã acquisitum est recusari quidem potest, sed repudiari non potest. *l.* 1. *§. decretalis. D. de success. edict. l.* 4. *C. de repud. vel abstinend. hered.* & ob id recusandi verbo vsus est Theodosius, non repudiandi. Quò etiam pertinet verbũ, *Vindicare*, positum in eadẽ constitutione. Nec enim vindicare quisquã potest, nisi quod iã suũ sit & acquisitum, *l. Quintus.* 27. *§. argento.* D. *de aur. arg. legat.* Etsi quod ad hoc, male me habent verba illa in cõstitutione adiecta, *quasi debitam.* Cùm enim id tãtùm vindicare possimus, quod iã nostrum est, fieri autẽ nequeat, vt quod iã nostrum est adhuc nobis debeatur, siquidẽ magis nostrũ fieri non potest. *§. sic itaque inst. de act.* certè implicat cõtradictionẽ, vt eadem res & vindicetur & debita dicatur, multóq; magis, vt quasi debita, vindicetur. Sed nõ est tanta verborum proprietas tã exactè desiderãda in cõstitutionib. posteriorum Imperatorum, præsertim Theodosij & Valẽtiniani, quorũ temporibus iam erat multum de vetere illa prudentũ priorúmq; Imperatorum eloquentia diminutũ. Nec sanè aliud quidquã voluit iis verbis significare Theodosius, quàm ascendentium successiones debitas esse descendẽtibus ex cõmuni parentum omnium & naturæ ipsius voto: vt scriptũ est, *l. nã etsi.* 15. *in princ.* D. *de inoffic. test. l. scripto.* 7. *§. vlt. D. vnd. lib.* ideóq; nõ debere mirũ videri aut inuidiosũ quod in descendentes faciliùs trãsmittantur. Et proinde iis verbis, *tanquam debitam*, causa est æquitas constitutionis nouæ potiùs quàm formalis ratio vindicationis significetur. vt & in *l. liberto.* 26. *D. de bon. libert.* vbi non dissimili locutione vtitur Africanus. Hoc autẽ præsupposito, vt hereditas in casu illius cõstitutionis habeatur pro acquisitã, quis iam miretur trãsmissarium præferri substituto? Nõ enim præfertur quasi fauorabilior tantùm, sed ob id potissimùm quòd substitutionis vulgaris condicio defecisse intelligatur, quę illa erat, *si heres non esset*, is quem cõstitutio facit heredẽ: Etsi de tota eius cõstitutionis sententia & potestate latius in sequentibus dicendum nobis erit.

ERROR QVINTVS.

De transmissario Iustinianeo an substituto vulgari præferatur.

IAm verò vt ad transmissarium Iustinianeum veniamus, dico aliam esse illius quàm Theodosiani transmissarij rationem quia non vt ille hereditatis transmissarius est: sed tantùm iuris deliberandi, vt apertissimè constituit Iustinianus in *d. l. cùm antiquioribus*, quia non fecit Iustinianus vt extraneus, id est quisquis non est ex descendentibus si heres institutus sit, & ante agnitam vel repudiatam hereditatem decesserit, siue impetrato iam tempore ad deliberãdũ, siue nondũ impetrat videatur hoc ipso heres fuisse quòd non repudiauerit, transmittátq; ad heredes hereditatẽ quasi iã acquisitã, sed tãtùm vt illud ipsum ius deliberandi quod habuit transmittat ad heredem, & intra illud ipsum tempus cuius ipse angustiis concludebatur, si modo hereditatem sibi

delatam fuisse sciuit. Et consequenter non facit Iustiniani constitutio, quin verum sit heredem non fuisse illum qui decessit ante agnitam hereditatem quamuis durantè tempore ad deliberandum competente. Quod si ita est illud quoque fateri oportet, non impedire hanc Iustiniani constitutionem, quominùs extiterit condicio vulgaris substitutionis, quæ porrò extitisse non potest, quin substitutus vel admittatur, vel iniuriam patiatur. Pro qua ratione illud etiam facit, quo ius substituti non tantùm causâ: sed etiam tempore ius transmissarij anteuertit. Ius enim transmissarij non incipit nisi à quo tẽpore heredis hereditas est,& heres, id est quo defunctus iá sit is, qui habuit ius adeundi & deliberandi. Nam quandiu is viuit, qui primus heres est, tractari de ipsius herede non potest, an sit transmissarius qui nondum est heres heredis, cùm viuentis nulla sit hereditas, *l.1.D.de hered. vel act. vendit.l.1. D.pro hered.* At ius substituti vulgaris incipit ab eo instanti quo adhuc viuit is, qui priore loco fuerat institutus. Quia ex quo instanti moritur [instans autem illud mortis certum est adscribi vitæ, *l.qui duos.18.§.1.* D.*de manum.testam.l.vlt.* D.*de condic.instit.*] certum esse incipit non amplius posse ab eo adiri hereditatem, siquidem aditio facti est, factum autem nullum est, quod naturaliter fieri in instanti possit. Vnde etiam est quod non solùm hereditas ipsa, quę non est adita non transmittitur, sed neque ius adeundi, tanquam quod defuncto competere desierit in vita sua, id est cùm moreretur. Ideóq; ex eo instanti ius incipit vulgaris substituti, adeò vt ei deferatur hereditas, quæ nondum est, neque vnquam in futurum potest esse primo heredi acquisita. Hactenus saltem vt impleatur condicio vulgaris substitutionis priusquàm de transmissarij persona vel iure, quęstio vlla occurrere possit. Alioqui si cum Bartolo & cæteris transmissarium pręferas substituto, fateri te necesse erit, substitutum hunc vulgarem qui post Titium fuerat secũdo gradu institutus sub vnica illa condicione *si Titius heres non esset*, videri substitutum sub duplici condicione & in hunc veluti modum, *si neque Titius neque heres Titij heres mihi erit*, quod tamen quàm absurdum sit, nemo ignorat, nisi si quis nescit condiciones extrinsecus neque supplendas vnquam esse, neque multiplicandas, vtpote quæ sint odiosæ, vel hoc solo quod dispositionem cui adhibentur, & destruunt si existant, & priùs etiam quàm existant, suspendunt. Quod bene præsentiscens Bartolus & quotquot Bartolum hac in re sequuntur interpretes, coguntur eò rem deducere vt negent morte instituti, qui hereditatem nec adierit, nec repudiauerit, condicionem, existere vulgaris substitutionis, quoniam possit adhuc deficere, scilicet heredis herede in quem ius deliberandi transmissum sit, quandocunque postmodum adeunte. Hoc verò probant ratione si diis placet perelegãti nec insubtili. Propterea quòd verba illa, *si heres non erit* per quæ cõcipi solet condicio vulgaris substitutionis hunc sensum habent, si neque ipse heres erit, neque mutata cõdicione alium heredem fecerit. *d.l.si paterfamilias 40.* D. *de hered. instit.d.§.vlt.Inst. de vulg.substit.* Atqui facit, inquiunt, alium heredem, cum transmittit in heredem ius deliberandi, cùm per eam transmissionem fiat, vt heres ipsius sit heres testatoris. Deficit igitur condicio vulgaris substitutionis, propter transmissionem. Hîc verò liceat mihi quæso exclamare. Quis tam fatuam rationem Bartoli fuisse crederet si non is ipse dixisset. Quasi verò possit alium facere heredem is, qui iam mortuus,& consequenter qui nullus est. Aliquem certe necesse est eum esse qui alium heredem

redem facere velit, non minus quàm illum qui ipse fieri heres velit. Vtroque enim casu factum ipsius requiritur, id est aditio sine qua extraneus neque heres fieri neque heredem alium facere potest. Mortuus autem vt adeat, immò vt heres fiat etiamsi aditio necessaria non esset, prorsus impossibile est. Et verò quod supradictis locis ita scriptum est, ***neque mutata condicione alium heredē fecerit***, quomodo ad mortuum accommodari potest? An forte aliqua mortui condicio esse potest vt alia esse posit. At rursus hic idem noster Bart. seipso subtilior factus, suauiter & facetè replicat eum qui moritur mutare condicionem, quod sanè ridiculum est. Mutare namque condicionem is demum dici potest qui aliquando aliquam habuit, nunc aliam habet, quod non conuenit ei qui per mortem nullus esse cœpit. Quanquam nec sufficit mutatam esse condicionem, sed illud etiam requiritur, vt mutata condicione alium faciat heredem. Ergo vt aliquis sit. Nec igitur fieri illud potest vt post mortem suam faciat heredem transmissarium. Præsertim cùm nec alio iure transmissarius possit heres esse primi testatoris quàm quia secundi heres est, Siquidem ius hoc transmissionis ab herede non in alium transmitti Iustinianus voluit quàm in heredem heredis, & quidem quatenus heredem, non quatenus Titium aut Sempronium. Iam autem diximus viuentis neque hereditatem neque heredem esse posse: Quod idcirco specialiter notare volumus, ne quis forte subtiliùs agendo putet se argumenti nostri vim effugere posse si dicat transmissionem fieri à viuente, ac proinde antequàm nullus omnino fit à quo ea fit. Nam cùm in omni motu etiam secundum philosophos præcipuè considerandus sit terminus ad quem, & transmissio hæc fiat in heredis instituti heredem, qui nisi post mortem instituti nemo esse potest, omnino consequens est, vt transmissio fiat post mortem instituti, nec proinde ab ipso instituto qui iam nullus sit, sed à Iustiniano, & sola imperatoriæ constitutionis potestate, aliena proculdubio non tantùm à iure vetere, sed quod etiam necessarium est, à iuris ratione. Ita enim fecit Iustinianus vt plus iuris habeat heres heredis hoc ipso quod transmissarius est, quàm habuerit ille cuius heres est, in mortis suæ instanti. Ius namque deliberandi de adeunda hereditate tamdiu durat, quandiu is qui deliberat in eo est, vt adire posit, Alioqui an non frustratoria & ridicula esset illius deliberatio qui heres esse nunquam posset? Atqui certum est eum qui dum viueret deliberabat an heres esse vellet necne, statim atque incepit mori, desiisse hereditatem adire vnquam posse, cùm aditio sit facti, vt diximus, & quidem talis facti quod in mortis instanti fieri nequit, quoniam per eum ipsum qui moritur fieri deberet, non per alium, *d. leg. vltim.* D. *de cond. instit.* Ergo quemadmodum ius adeundi perit in illo instanti mortis, ideoque non transit ad heredem, ne aliter posito iure dicendum esset plus iuris in heredem transmitti, quàm ipse defunctus tempore mortis suæ habuisset. Ita & in necessarium antecedens ius quoque ipsum deliberandi in eodem instanti mortis perire necesse est, in eoque plus iuris habere heredem heredis, quàm heres ipse moriens habuerit. Quæ res manifestè violat regulam iuris, quæ non patitur, vt quis in alium transferat id quod ipse non habeat, aut vt in cuiusquam heredem transeant iura, quæ defunctus desierat habere cùm moreretur. Nec enim hereditas successio est in vniuersa iura, quæ ante mortem suam habuit defun-

ctus, sed in ea tantùm, quæ habuit mortis tempore, Quo modo etiam bonorum possessionem hereditatis exemplo definit Vlp. in *l.3. §. bonorum D. de bonor. poss.*

ERROR SEXTVS.

De differentia iuris abstinendi & iuris deliberandi Ad l. cùm antiquioribus. 19. C. de iur. delib.

ATQVE huius quidem tam noui iuris ita constituendi occasionem Iustinianus captat, vt apertè ipse profitetur, in *d. l. cùm antiquioribus*, ex eo quod Iulius Paulus iam olim responderat circa suos heredes [quos idem ille pessimè vocat filiosfamilias, quasi nomen illud retinere possint etiam mortuo patre] vt deliberantes possent hereditatem paternam in posteritatem suam transmittere, sed in eo tamen labitur, vt alias passim solet Tribonianus manifestissima iuris veteris ignoratione. Paulus enim cuius illa ipsa ni fallor sententia extat in *d. l. si quis filiumfamilias. 7. §. 1. de acquir. hered.* non tractauerat de transmittenda per suos heredes paterna hereditate, quæ cùm sit ipso iure acquisita suo heredi, non potest fieri vt ab ipsius siue patrimonio siue hereditate vnquam separetur, nec si millies ipse viuus abstinuerit, Neque rursus de iure deliberandi an esset adeunda hereditas néne [quodnam enim ius deliberandi esse potest in persona illius, qui non solùm suus heres sit sed etiam necessarius, & cui patris hereditas vel inuito iam sit acquisita?] sed hoc tantùm supradicto loco scripserat quod iā in præcedētibus diximus si filius priùs quàm sciret se necessarium patri heredem extitisse decesserit relicto filio perinde herede necessario, permittendum esse nepoti abstinere se ab aui hereditate, quia & patri eius permitteretur. Quibus verbis nihil aliud innuit nisi, quòd abstentionis beneficium in aui hereditate non est nepoti denegandum, quod filius ipse & habuit dum vixit, & haberet hodie si viueret. Quid verò commune habet cum hoc casu transmissio iuris deliberandi de adeunda extranei hereditate ab extraneo in extraneum? Apud Paulum non dubitabatur, quin transmissa esset hereditas à suo & necessario herede, in suum & necessarium heredem, nec tantùm ab ignorante in ignorantem, sed etiam quod magis est ab inuito in inuitum, Ita vt neque posset dubitari de iure deliberandi circa hereditatem adeundam, Sed de illo tantùm, An permittendum esset nepoti abstinere se ab aui hereditate, à qua & pater eius si viueret, abstinere posset. At Iustinianus eum casum tractat, quo hereditas extranei non sit adita, & proinde quo sit acquirenda per heredem heredis, & quo adhuc deliberari possit an sit adeunda, néne. In casu Pauli non euenit illud absurdum vt plus iuris habeat nepos quàm filius. Habet enim tantundem, cùm habeat nepos & eandem hereditatem acquisitam, & idem ius se abstinendi, quod filius habuit. Sed apud Iustinianum euenit hoc absurdum vt diximus quod plus iuris habet heredis heres, quàm heres ipse institutus, cùm habeat saluum

ius

ius deliberandi quod heres institutus antequam mortuus fuisset ac moriendo amiserat. Dicat aliquis, Esse quidem hanc differentiam inter suum heredem & extraneum, quod suus heres repudiare non potest, sed abstinere tantùm, Extraneus verò non abstinere dicitur sed repudiare. Verùm esse vtrique commune ius deliberandi, quod quemadmodum extraneus deliberare potest & debet, an sibi delatam hereditatem aditurus sit an repudiaturus: Ita & suus heres an immiscere se debeat, an abstinere, propterea quòd effectu tantùm consequitur se immiscendo quantum extraneus adeundo, vt scilicet abstinere amplius non possit *l. necessarius. 57. l. cum bonis. 87. de acquir. hered.* & contrà tantum consequitur se abstinendo quantum extraneus repudiando, vt non habeatur pro herede, *d. l. necessariis, l. si filius 12. D. de interrog. in iur. fac.* Et hoc sanè est quod Iustinianum fefellit, vt in ea quoque specie quam Paulus tractauit, loquatur de iure deliberandi, de quo tamen Paulus non fuerat locutus: Quasi deliberare dicendus sit suus heres quandiu liberum habet arbitrium aut se immiscendi aut se abstinendi: At non ita est. Ius enim deliberandi necessarium antecedens est aditionis & repudiationis, non autem immixtionis aut abstentionis: obidque inauditum est apud Iureconsultos vt de iure deliberandi agatur, cùm de suo herede disputatur, sed tunc tantùm cùm de extraneis heredibus, quorum proprium est hoc beneficium deliberationis, sicuti suorum heredum est beneficium abstentionis, necessariorum verò beneficium separationis *l. 1. §. vlt. D. de separat. l. 1. & tot. tit. D. de iur. deliber.* Excipio speciem quam Caius tractat in *l. si quis suus 8. ill. tit.* cùm suus heres se abstinuit, & postea tempus petit ad deliberandum. Tunc enim est ei indulgendum perinde ac si esset extraneus, quia post abstentionem habetur pro extraneo, & pro non herede, vt diximus, quod ad prætorem, ex cuius tamen iurisdictione ius deliberandi est. Sed citra abstentionem non audiret eum prætor, si peteret ius deliberandi, cùm suo iure nec adito prætore possit abstinere quandiu se non immiscuit. *l. ei qui 12. D. de acquir. hered.* & contrà se immiscere, quandiu se non abstinuit, immo etiam postquàm se abstinuit dummodo bona nondum sint vendita vt alibi scripsimus, ex *l. vlt. C. eod.* At rursus instabit fortè quispiam, Perinde hoc casu euenire absurdum illud quod nos Iustiniano obiicimus, vt plus iuris habeat heres quàm defunctus, cùm abstentio sit facti non minùs quàm aditio, nec magis fieri posit vt quis abstineat se in instanti mortis, quàm vt adeat, siquidem abstentio sit actus solennis qui etiam verba & factum aliquod nedum voluntatem solam desiderat. Cur ergo nepoti permittemus vt se abstineat? Aut si saluum ei conseruamus abstinendi ius, quod pater ipsius moriendo amiserat, quis miretur Iustinianum conseruare heredi heredis ius deliberandi etiam quod primus heres institutus per mortem suam amiserit? Verùm respondeo esse ista longe dissimilia, quia cùm extraneus moriendo amisit non modo ius adeundi, sed etiam deliberandi, sequitur vt verum sit dicere illum neque heredem vnquam fuisse neque esse amplius posse: quæ res facit vt plus daturi simus heredi eius, quàm ipse moriens habuerit, si permittamus heredi vt saluum habeat ius deliberandi & quod est consequens etiam adeundi hereditatem. Cùm verò suus heres mortuus est ante abstentionem aut immixtionem, è contrario sequitur vt verum sit dicere, non solùm heredem illum fuisse sed etiam pro non herede

habitum eum numquam fuiffe, neque haberi amplius poffe. Facit ergo ea res vt tanto magis dicendum fit nepotem qui etiam patri fuo neceffarius heres fit, neceffarium effe auo. Tantum abeft vt ei plus daturi fimus quàm pater habuerit fi demus ei ius deliberandi. An non enim minus eft habere ius deliberandi de acquirenda hereditate, quàm habere iam acquifitam. Quòd fi replices, Immo plus effe quòd poffit fuus heres abftinere, quàm quod non poffit, Dicam, poffe tentari fubtiliter, neque ius illud quod filius habuit vt fe abftinere poffet morte ipfius intercidiffe, in cóque potiffimam elucere differentiam inter ius deliberationis & abftentionis. Quia licèt abftentio fit facti, facultas tamen abftinendi eft meri iuris prætorij, cuius vt ita dicam duratio non æftimatur ex alio iure quod morte intercidat, quomodo ius deliberandi pendet omnino ex iure adeundi vel repudiandi, fed in contrarium per fe fubfiftit, quia non ordinatur ad nouum aliquod factum quod per mortem fe non abftinentis definat impleri poffe, aut propter quod videri debeat confiftere in faciendo, fed pendet ex non facto id eft ex non immixtione, quia fufficit, vt fe non immifcuerit filius ad hoc vt retineat abftinendi facultatem. Atqui ex eo folo quod deceflerit ante abftentionem non poteft immixtio aliqua inferri, cùm inter abftentionem & immixtionem detur medium, quod neque abftentio fit neque immixtio. Non poteft igitur ob id folum quòd ante abftentionem mortuus fit, amififfe facultatem fe abftinendi, cùm non ideo poffit dici fe immifcuiffe quod fe non abftinuerit, at neque eo magis minúfve heres effe, cùm neque abftentio neque immixtio facere potuerit vt eo magis minúfue heres effet. Is quidem qui moritur definit poffe de facto fe abftinere, fed non ideo amittit ius fe abftinendi, quia nihil facit aut facere poffe definit, propter quod debeat amittere, cùm potiùs id fecerit aut facere poffe defierit propter quod credendus fit abftinendi beneficium nunquam amififfe, quia numquam fe immifcuit, & defiit fe immifcere vnquam poffe. Idémque proculdubio de iure deliberandi in extraneo herede tractari poffet fi ius deliberandi per fe ftaret nec effet ordinatum ad aditionem vel repudiationem hereditatis, quod vtrumque facti eft & quidem noui & talis facti quod per mortem deliberantis definit fequi vnquam poffe. Nam qui deliberando moritur nihil quidem facit propter quod amittere debeat ius deliberandi, cùm è contrario ex tunc incipiat verum effe nunquam illum aut adiiffe aut repudiaffe quandiu vixit, quæ res aptior eft ad ius hoc deliberandi conferuandum quàm perimendum, fed tamen definit poffe facere id cuius gratia deliberandi ius comparatum eft, quia definit poffe adire vel repudiare hereditatem, quorum neutrum qui facere poteft cum neceffe eft fruftra quoque ius deliberandi retinere. Denique ius deliberandi pendet ex facto futuro quod per mortem intercidit. Ius abftinendi contrà, non folum non pendet neque in fubftantia fua neque in ordine, ex facto aliquo, fed etiam pendet ex non facto quod per mortem impletur potiùs quàm deftruitur, quia pendet vt diximus ex non immixtione. Et quamuis verum fit non poffe amplius fe immifcere filium qui moritur ante immixtionem, cùm tamen perinde fit heres citra immixtionem atque fi fe immifcuiffet, non ex eo folo debet amittere ius abftinendi, quo fcilicet perinde indiget ob hoc ipfum quod alioqui non folùm heres eft fed etiam habetur pro herede,

rede quandiu se non abstinuit. Est enim comparatum ius substentionis propter hereditatis acquisitionem iam factam, quæ cùm facta sit non potest morte filij intercidere, neque aliquam immixtionem requirere. Ius verò deliberandi comparatum est propter acquisitionem hereditatis futuram, quæ tamen moriente eo qui deliberabat desinit sequi vnquam posse. Ideo mirum non est ius deliberandi morte intercidere tanquam ex eo tempore inutile & nullius vnquam effectus futurum, Ius verò abstinendi non æquè, tanquam cuius retinendi causa & necessitas semper duret, durante nimirum ea hereditatis acquisitione quæ iam ipso iure facta est, Quanquam si verum amamus hæc differentia magis subtilis est quàm vera: Cùm negari non possit, quin ius abstinendi ordinatum sit ad abstentionem quæ facti est non minus quàm ius deliberandi ad aditionem. Frustra itaque prætor conseruaret ius abstinendi in persona illius qui abstinere amplius nunquam potest. Ergo non sic accipiendus est Paulus quasi existimauerit ius abstinendi quod suus heres viuus habuisset, quamuis moriens amisisset, in ipsius tamen heredem transmitti posse. Nam si filius hic qui prius decesserat quàm se necessarium patri suo heredem extitisse cognouisset, extraneum aliquem id est nō etiam suum & necessarium heredem reliquisset, is extraneus heres haud dubiè abstinendi beneficium non haberet, nec si moriens suus heres id habuisset quia imputari ei posset cur vltro filij hereditatem agnouisset quæ cum patris hereditate iuncta esse cœpisset: quasi hoc ipso vtriusque hereditatis oneribus vltro se obligasset vt in *l. paterfamilias 28. De reb. aut. iud. poss. l. sed si plures. 10. §. filio D. de vulg. & pup. subst.* Sed est priuilegium hoc nepotis vt posit abstinere se ab aui hereditate, quia non minùs patri suo quàm auo necessarius heres est non voluntarius & ex electione. Ergo ex sua non ex patris sui persona. Et quamuis videatur ei posse imputari, cur patris hereditatem cum aui hereditate iunctam retinere velit, à qua posset etiam abstinere si vellet, pro eo tamen succurrit illa ratio quam adfert Papin. in *l. si filius. 2. D. de vulg. & pup. subst.* quod ius dicenti propositū esse debeat liberos ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere, vt intelligamus esse facilius vt paternam hereditatem cum auita iam ipso iure coniunctam impunè retineat nepos id est ita vt non ob id velut pœnæ nomine ab aui hereditate abstinere prohibeatur, quàm vt extraneus, ex duabus hereditatibus coniunctis alterutram duntaxat sibi posit acquirere, quoniam ita fieret vt separaret hereditates quod impossibile est, & quas nec abstentio separat, sed causam tantùm, & onus bonorum. Et ob id Paulus in *d. l. si quis. §. 1.* postquam de necessario herede locutus est, deditque ei potestatem abstinendi se ab aui hereditate retinendo paternam, posteà subiungit veluti regulâ iuris quæ in omnibus cæteris casibus locum habeat, In omni successione hoc est siue testamentaria, siue legitima quæ extraneo deferatur. Eum qui heres illi extiterit, qui in Titio heres fuit, Titio quoque heredem esse videri, nec posse Titij omittere hereditatem. Quod pluribus à nobis explicatum est *Decade 31. in Err. 9.* Ex quo apparet rationem illam Pauli, *quia & patri eius permitteretur*, quæ Iustiniano errandi, támque absurdi iuris constituendi occasionem præbuit in necessario quidem herede veram & bonam esse, sed nòn æquè ad eum casum accommodari posse quo extraneus heres sit illius qui se poterat abstinere. Quanquam enim verum esset quod proximè disputauimus, & tandem ne-

gauimus, ius illud abstinendi morte non intercidisse, quomodo verum est heredem succedere in iura omnia quæ defunctus habuerit tempore mortis, nihil tamen ex eo inferri potest fauore extranei heredis cuius non sit eadem ratio quæ fuit defuncti, hoc est cui possit imputari cur hereditatem filij cũ patris hereditate iunctã agnouerit, quod imputari non posset nepoti, qui heres ipso iure inuenitur antequàm voluerit heres esse. Itaque in nepote quidem vt habeat beneficium abstinendi ab aui hereditate sufficit ratio illa, quòd pater ipsius moriens idem ius habuit, sed nõ sufficeret in extraneo herede. Quod si extraneus heres non succedit in ius abstinendi quod defuncto competiit nec succederet etiamsi in ipso mortis instanti adhuc competiisset quamuis in eo etiam ipsius filij aliquod incommodum versari videatur, cùm ex eo futurum sit vt metu onerum patris timidiùs quis hereditatẽ filij aditurus sit, quãto absurdius est quod captata occasione ex illo Pauli respõso Iustinianus constituit vt heres quantumlibet extraneus succedat in ius deliberandi quod defunctus habuerit quidem ante mortem suam, sed desierit habere viuus & in momento mortis suæ? Nam & multo fauorabilius est ius abstinendi per quod fiat ne quis cogatur se immiscere bonis tametsi re vera suis, quàm ius deliberandi per quod fiat vt hereditatis acquirendæ ius nanciscatur ille, qui numquam aut heres institutus, aut proximus agnatus fuit, sed tantùm vel heredis instituti vel agnati proximi heres. Iuris enim ratio ex diametro repugnat ne possit quis hereditatem sibi numquam delatam acquirere. At non repugnat ne possit ab hereditate sibi acquisita abstinere, quia nec abstentio facit vt acquisita hereditas desinat esse acquisita, sed tantùm vt quod ad onera & commoda hereditaria pro non acquisita habeatur apud prætorem.

ERROR SEPTIMVS.

De sententia §. cùm autem. l. vnic. C. de caduc. tollend. & l. si quis filiumfamilias. 7. in princ. D. de acquir. heredit. & l. 3. C. de iur. delib.

GLORIATVR Bartolus ad *l. sed & si pro dote. 10. §. vlt. de legat. præst.* inuentum à se primùm hoc dubium. An substituto vulgari præferendus sit transmissarius an postponendus. Sed gloriantur recentiores qui eandem Bartoli sententiam pro transmissario sequuntur quod Bartolo fuerint subtiliores, qui textum Iustiniani pro hac Bartoli sententia omnino, vt quidem putant, facientem obseruauerint quem ille prætermiserat. Is est in *l. vnic. §. cùm autem. C. de caduc. tollend.* cuius hæc sunt verba, *Cùm autem in superiore legis parte, non aditam hereditatem minimè nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est si quis solidam hereditatem non adierit, hanc siquidem habeat substitutum ad eum, si voluerit & potuerit, peruenire, quòd si hoc non fit vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sunt vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad nostrum ærarium deuoluatur.* Ea namque Iustiniani sententia esse creditur, Hereditatem non aditam non

transmitti

transmitti exceptis liberorum personis & salua transmissione iuris deliberandi ex *l. cùm in antiquioribus.* 19. *C. de iur. delib.* His cessantibus hereditatem non aditam ad substitutos deuolui, & iis nolentibus, vel non valentibus, ad heredes ab intestato pertinere, & iis non adeuntibus ad fiscum. Igitur, substitutus, inquiunt, non admittitur nisi cùm prorsus cessat ius transmissionis, atque adeo ipsum transmissionis ius substitutioni præfertur. Verba sunt Andreæ Fachinei diligētissimi hac nostra ętate scriptoris *lib. 4. cap. 61. controuers. iur.* vbi non solùm errorem communem sequitur, sed etiam confirmare nititur, hac ratione, quòd substitutus vulgaris à testatore vocetur in eum casum quo institutus vel nolit vel non possit heres esse. Atqui cùm is decedit intra annum qui ad deliberandum datur non potest verè dici illum non potuisse vel noluisse heredem esse, quia nec repudiauit hereditatem, & heres esse poterat, sed casus euenit non expressus à testatore quoniam nec adiuit, nec repudiauit heres. Ergo, inquit, substitutioni locus esse non potest. Verùm hæc ratio apertè falsa est. Casus enim vulgaris substitutionis non ille est si institutus repudiauerit aut si heres nullo tempore esse poterit, sed hic vnus quamuis generalior & alios specialiores sub se continens, *si heres non erit*, quem casum negari non potest existere viuo etiam instituto qui moritur ante aditam aut repudiatam hereditatem, licèt non repudiauerit, & aliquando heres esse potuerit, quia non eo minùs verum est illum heredem non fuisse, neque esse amplius posse. Non est igitur casus hic nouus, sed ille ipse qui fuit expressus à testatore, quique cum viuo adhuc herede euenerit, quoniam vt in præcedentibus disputauimus certum est hereditatem in vltimo illo mortis instanti adiri non posse, fatendum est tempore anteriorem esse causam vulgaris substituti quàm transmissarij, ob idque transmissario præferri eum debere. Neque verò contrà Iustiniano visum fuisse credendum est. Supradicto enim loco nihil minùs agit Iustinianus, quàm vt constituat vter sit præferendus an transmissarius an substitutus, sed in illo tantùm est vt ostendat quid fieri oporteat de ea hereditate ante cuius aditionem institutus decesserit. Videbatur enim caduca omnia vsque adeò sustulisse vt nullo penitus casu locus hodie fisco relictus esset. Quod tamen non ita est. Si enim hereditas adita non sit ab instituto sicuti substituto si quis sit, primùm defertur, si verò substitutus nullus sit, aut hereditatem adire non vult, ea ad legitimos successores pertinet, Ita si neque substitutus neque legitimus heres quisquam esse aut possit aut velit, necesse est vt ad fiscum & ærarium deuoluatur aut iure caducitatis, si ius illud inspiciamus quod Codicis vtriusque temporibus obtinebat, aut etiam ex testamento si Nouellam Iustiniani constitutionem 1. *de hered. & falcid.* quæ fisco ius dedit post omnes testamentarios & legitimos vt hereditatem possit adire quanquam nec ex testamento, nec ab intestato: quod olim certè nunquam fuit. Quid verò si neque substitutus, neque legitimus successor vllus sit, sed tamen adsit aliquis transmissarius, siue Theodosianus, siue Iustinianeus? Nullam hic casus habet dubitationem, quin neque fisco locus esse possit, cùm non possint dici vacantia bona quæ per occasionem transmissionis hereditatis, habere possunt heredem. Quid enim refert an hereditas

adita sit ab herede instituto, an verò ab ipsius herede adiri possit, ex potestate transmissionis? Quare nec erat cur hunc casum Iustinianus exprimeret, præsertim cùm ad quæstionem illam vter præferri deberet, an transmissarius an substitutus, non simpliciter responderi potuisset, ac distingui oportuisset inter transmissarium Theodosianum, & Iustinianeum, vt Theodosianus quidem præferretur, Iustinianeus verò postponeretur. Nec minùs tamen erat necesse vt exceptio illa subiiceretur, *nisi quibusdam personis*, ne secum pugnare Iustinianus videretur si generaliter & indistinctè scriberet hereditatem non aditam non transmitti, cùm anteà, id est in §. in nouissimo, excepisset personas liberorum & eorum in quos voluit ipse transmitti posse ius deliberandi. Cæterùm, cùm verba illa, *nisi quibusdam personis*, non nisi velut per parenthesim interiecta sint, non est quod ex iis argumentum sumatur, quasi sint cum aliis quæ in eodem §. scripta sunt, coniuncta. Vnde neque probare illud possum, quod in contrariam sententiam Ripa disputat ad *l. 1. num.* 138. *de vulg. & pupill. substit.* ex illo ipso loco potiùs probari testamentum fieri caducum [sic enim ille loquitur pro eo quod voluit, & debuit dicere, *caduca bona*, nam ne quidem hereditas quatenus hereditas caduca propriè dici potest] vbi non habet locum transmissio, & sic cadere ad venientes ab intestato vel ad fiscum, nisi institutus adiuerit solidam hereditatem, vel nisi adsit substitutus qui velit & possit adire. Ex quo infert ille. Ergo à contrario vbi haberet locum transmissio, testamentum non redderetur caducum, etiamsi institutus vel substitutus non adirent. Hoc autem, inquiunt, esse non potest nisi vltimo loco vocentur ij ad quos sit transmissio. Et consequẽter bene sequitur quod post substitutum veniunt alij iure transmissionis. Nam & in hoc errat Ripa quod non obseruat eadem illa verba, *nisi quibusdam personis*, quæ omnes in suam sententiam tam miserè detorquent, non posse tanquam exceptionem accommodari ad sequentia ista, *tunc ad nostrum ærarium deuoluatur*, quod tamen Ripæ ratio præsupponit, sed ad regulam de hereditate non adita minimè ad heredem transmittenda. Alioqui si bene Ripa argumentaretur, perinde probaret legitimum heredem atque vulgarem substitutum transmissario præferendum esse. Quod tamen verè dici non potest, cùm hereditas quæ transmissario, siue defertur, siue acquiritur, siue ex Theodosij, siue ex Iustiniani constitutione sit testamentaria, quæ verò legitimis heredibus ea tantùm sit legitima, cui nec locus vllus est quandiu testamentaria durat. Illa etiam Ripæ ratio falsa est quam subiicit, cùm ait, Sicuti testatores ad caducitatem remouendam sæpe faciunt substitutiones. Ita & legem in certis casibus concessisse, vt hereditas non adita transmittatur pariter ad excludendam caducorum obseruationem vt nimirum inferat prouisionem illius legis esse subsidiariam, & ideo cessare debere vbi ordinaria prouisio subest. Non enim verum est inductum esse ius transmissionis contra caducitates duntaxat, cùm etiam inductum sit fauore personarum ac testamentorum, ne tam facilè destituerentur supremæ hominum voluntates, necesséque esset deuolui rem ad legitimos ab intestato venientes, vt constat ex *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul. & ex d. l. cùm in antiquioribus*. 19. *C. de iur. delib.* Rursúsque probaret eadem hæc ratio si vera esset, præferendos esse transmissario legitimos heredes, quia vocantur legitimi ex ordinaria dispositione legis, transmissarius verò si bene

Ripa

Ripa ſentit, non niſi ex ſubſidiaria. Atqui non poteſt negare quin ſubſidiaria ſit promiſsio legis, quæ tranſmiſſarium vocat. Fateor, ſeu ſubſidiaria, tanquam ex teſtamento delata vel acquiſita hereditate illi in quem tranſmittitur. Et idcirco hactenus bona eſt Ripæ ratiocinatio, vt inferre liceat ſubſtitutum tranſmiſſario præferendum, quoniam cùm vtraque adeſt prouiſio & ordinaria & ſubſidiaria, in eundem caſum teſtati, certum eſt potiorem eſſe ordinariam, ſubſtitutus autem vocatur ex teſtamento & per ordinariam prouiſionem & quidem teſtatoris, non legis, niſi ſubſequentis voluntatem teſtatoris. Tranſmiſſarius verò non niſi per ſubſidiariam prouiſionem, eámque non legis, ſed teſtatoris, quamuis ex teſtamento. Adieci, *in eundem caſum teſtati*, quia ſi contendatur inter heredem legitimum & tranſmiſſarium, vocatur quidem tranſmiſſarius, itémque legitimus heres vterque ex diſpoſitione legis, adeóque legitimus ex ordinaria, trāſmiſſarius autem ex ſubſidiaria, ſeu tamen tranſmiſſarius haud dubiè præfertur, quia cauſa teſtati quātumuis ſubſidiaria præfertur cauſæ inteſtati quantumlibet ordinaria ſit prouiſio per quam inteſtati ſucceſſio defertur. Sed hæc ad Iuſtinianum ſufficiant. Alia Bartoli obiectio quæ fit ex Paulo in *d. l. ſi quis filiumfamilias 7. in princip. iunct. §. 1.* nullius planè momenti eſt, fatentibus etiam illis ipſis qui hunc Bartoli errorem ſequuntur. Nam principium legis loquitur quidem de ſubſtituto, ſed non de tranſmiſſario. Reſponſum autē quod eſt in *§. 1.* præterquàm quod ad ſpeciē planè diuerſam pertinet, neq; de ſubſtituto neq; de tranſmiſſario loquitur, ſed de filio qui reuera ſuo patri ſuus & neceſſarius heres extiterit: atq; ita hereditatē paternam vt acquiſitā in nepotē tranſmiſerit. De nepote verò qui ab aui hereditate abſtinere & velit & poſſit, non tam quòd in eum ſit tranſmiſſum ius abſtinendi, quò pater vti potuit, quàm quòd ſine vllo facto ſuo & ipſo iure reperiatur neceſſarius heres aui per mediā perſonam patris, cui etiā neceſſarius ipſe heres eſt: vt ſuprà explicauimus. Et quāuis de tranſmiſſario iuris abſtinendi reſponſum illud intelligeremus ad rē tamen noſtrā non pertineret. Tractamus enim de trāſmiſſario qui ſit idcirco tranſmiſſarius, vt hereditatem acquirere ſibi poſsit, quæ à defuncto adita non fuerat, ſiue habere illam velit quaſi iam acquiſitam defuncto licèt numquam aditam vt in caſu conſtitutionis Theodoſianæ, ſiue beneficio iuris deliberandi, quod ſemper præcedit hereditatis acquiſitionem. At Paulus in *d. §. 1.* etiam ſecundum Bartolum tractaret de illo tranſmiſſario in quem tranſmiſſum eſſet ius omittendæ hereditatis, aut quod idem eſt ius deliberandi non ad hereditatem acquirendam ſed ad omittendam illam, quæ iam ipſo iure eſſet acquiſita. Quod ius deliberandi ad omittendam hereditatem iam acquiſitám etiamſi ius deliberandi bene dici poſſet, valdè tamen differet ab eo de quo diſputamus, quod competat: ad eam hereditatem quæ nondum acquiſita ſit, acquirendam, eſſétq; multo tranſmiſſabilius: quia facilius eſt vt quis abſtineat re iam ſua, quàm vt rem nondum ſuam: nec ſibi delatam ſibi acquirat. Quinimò ſi ſubtiliùs intueare poteſt ex illo Pauli loco in principio legis ſumi argumentum nō leue cōtra tranſmiſſarium pro ſubſtituto. Scribit enim Paulus, ſi quis filiumfamilias heredem inſtituerit, & ita ſcripſerit, *ſi mihi Titius ille filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres eſto* filio adeunte iuſſu patris excludi ſubſtitutum. Quænam verò dubitandi ratio pro ſubſtituto eſſe poterat? Illa vna quod videretur hoc caſu condicio

substitutionis extitisse, cùm verum sit filiumfamilias hunc heredem non esse, quamuis patrem heredem fecerit. Quanto magis ergo fuerat Paulus pro substituto responsurus contra transmissarium : eo casu quo institutus heres nullomodo adiisset, nec proinde aut heres ipse fuisset, aut alium heredem fecisset. Quod enim iactitant interpretes heredem institutum transmittendo ius deliberandi alium heredem facere : quippe qui alius adire posit si velit, hoc iam nos refutauimus in præcedentibus : quia cùm eiusmodi aditio à transmissario facienda : non nisi post transmittentis mortem fieri posit, apparet eum qui mortuus iam sit non magis posse alium heredem facere quam heredem ipsum esse. Ac præterea implicat contradictionem vt dicatur heredem facere transmissarium ob id quod faciat vt transmissarius adire posit si velit. Heres enim per alium factus is demum dicitur qui è contrario, cùm heres iam sit, nulla amplius indiget aditione, alioqui per se ipsum non per alium heres fit is, qui per suam & propriam aditionem fit heres, licet ab alio ius adeundi nactus sit. Et condicio illa, *si heres non erit*, quæ hunc sensum habere dicitur in persona quæ non est sui iuris, *si neque is heres erit*, *neque alium heredem fecerit*, ita proculdubio accipi debet, quod ad hanc posteriorem partem, si alium aditione sua heredem non fecerit. Aliter enim substituto locum fieri necesse est, vt innuunt illa Pauli verba, *filio adeunte iussu patris*, *substitutus excluditur*, vt intelligamus non aliter excludi substitutum quàm filio adeunte. Atqui non adit ille nec adire amplius potest, qui moritur ante aditam hereditatem, licèt ius deliberandi & adeundi in alium transmittat. Ergo hoc ipso facit locum substituto. Alia nostrorum argumenta æquè leuia sunt. Aiunt condicionem ad actum necessariam posse adimpleri per æquipollens, vt loquuntur ad *leg. Gallus.* 29. *§. & quid si tantùm per ill. textus. de liber. & posthum.* Ergo & illam condicionem vulgaris substitutionis, *si heres non erit*, posse adimpleri per æquipollens, Nempe si institutus heres non erit, vel per se vel fictè per heredem suum. Antecedens verò falsum est quia condiciones debent impleri in forma specifica non per æquipollens. *l. qui heredi*. 44. *l. Maeuius*. 55. *de condic. & demonstr.* nisi cùm verisimilis voluntas testatoris aliud suadet quoniam ea sola est quæ condiciones regit. *lege in condicionibus*. 19. *in princip. & §. si patronus eodem.* Hic autem transmissarius de quo agimus, tum quoque cum admittitur non ex testatoris voluntate admittitur, sed ex sola potestate constitutionis Iustiniani. Nec enim is qui instituit heredem Titiũ de Titij quoque herede cogitauit, nec quis ille futurus esset præscire potuit vt iudicium suum in eum conferret, ob idque dicimus heredem heredis licèt sit heres testatoris *lege vlt. C. de hered. institut.* non tamen venire ex iudicio testatoris. *l. qui liberis*. 8. *§. vlt. de vulg. & pupill. subst.* Quænam igitur ratio est vt ex voluntate testatoris præferatur substituto qui habet expressam pro se voluntatem. Neque verò supradictum Doctorum brocardicum bene probatur ex *dicto §. & quibus. si tantùm*, cuius longe alia sententia est, vt sæpius monuimus. Sed collectio & consecutio quam ex eo antecedente nostri faciunt, longè absurdior est. Non enim potest dici condicionem illam, *si institutus heres non erit*, tum impleri per æquipollens, cùm institutus est heres fictè per heredem suum. Immo alia

est illa

est illa condicio, *si heres Titij mihi heres non erit*, ab ista, *si Titius mihi heres non erit*, & adeò est alia vt non posit existere quin alia deficiat: quia impossibile est vt eo casu quo Titius heres factus sit per aditionem, Titij quoque heres per propriam aditionem heres fiat. Illud verò longè minùs fieri potest, vt quis fiat heres fictè per heredem suum. Nam cùm non nisi post mortem suam heredem habere possit: non magis fictè quàm verè potest fieri heres per heredem suum, quia fictiones debent aptari ad eos casus ad quos ipsa etiam veritas aptari posset. *lege confessionibus.13. D. de interrog. in iur. faciend.* qui autem iam mortuus est, heres amplius esse aut fieri nunquam potest. Cúmque deficiente per mortem instituto existat condicio vulgaris substitutionis hoc ipso quod incipit verum esse dicere illum neque heredem vnquam fuisse, neque esse vnquam posse, quomodo fieri obsecro potest, vt condicio quæ fuit impleta per mortem transmittentis antequàm vllus adhuc esset transmissarius, postea transmissarij facto deficere vnquam posit? Vt enim deficere posit condicio eam necesse est adhuc esse & manere condicionem, siquidem quæ non est, deficere nec potest. Atqui non est condicio postquam fuit impleta non magis, quàm si esset defecta. *l. hæc condicio. 10. in fine principij de condic. & demonstr.* quoniam implementum condicionis facit actum purum qui erat conditionalis, sicut & condicionis defectus facit nullum. Impossibile igitur est vt propter transmissarij personam deficiat vulgaris substitutionis condicio, quæ extitit per mortem transmittentis. Et quod nostri solent dicere condicionem adimpleri posse per æquipollens, vt maximè verum esset, ad eas tamen condiciones non posset pertinere quæ iam vel extitissent vel defecissent. Rursus obiiciunt iidem interpretes pro Bartolo, ius adcrescendi non impedire transmisionem ex *lege 3. C. de iur. delib.* Ergo neque substitutionem posse idem illud ius impedire, cùm ius adcrescendi tacita quædam substitutio appelletur in *l. si Titio. 61. §. Iulianus. D. de legat. 2. iunct. l. non iustam. 4. C. ad SC. Trebell.* At nos similiter respondemus, malam esse consecutionem. Ideo namque ius adcrescendi non impedit transmissionem, quia est ex lege sicut & ius transmissionis, ex lege, inquam, id agente necessariò ne defuncti persona quę fuit indiuidua per heredem pro parte repræsentetur. Hoc enim est quod sæpius diximus. Adcrescendi ius in hereditatibus esse ex necesitate, non ex voluntate, ita vt inter heredes non solùm inuitos locum habeat, sed inuito etiam testatore. At ius vulgaris substitutionis est ex iudicio expresso testatoris. Mirum igitur non est excludi ius adcrescendi per transmisionem: vulgarem verò substitutionem non excludi cùm transmisio sit etiam ex lege, faciátque ne vlla subsit necessitas inducendi iuris adcrescendi inter coheredes. [Tunc enim subest necessitas, cùm alioqui eueniret vt quæ non adcresceret portio vacaret. Non autem vacat quæ ad deficientis coheredis heredem transmittitur.] Substitutio autem fit ex testatoris voluntate, cui proculdubio fieret iniuria si hereditas ad alium pertineret, quàm ad eum expressim vocatus esset ex substitutione cuius condicio extitisset. Vbi enim certa & aperta est voluntas testatoris: lex non se interponit nisi hactenus, vt eam voluntatem subsequatur, adiuuet tueatur. Cessante voluntate, omnia lex gerit pro arbitrio circa legitimam hereditatem,

quia & qui moritur intestatus, legis voluntatem subsequi intelligitur, non etiam id agere, vt voluntatẽ ipsius lex subsequatur. Neque tamen illud ferre facilè possumus vt in hanc rem abutantur nostri *dicta lege.3. C. de iur. delib.* Ibi enim non agitur de transmissione iuris deliberandi de quo nos disputamus, sed de transmissione hereditatis acquisitæ iure, vt vocant, suitatis. Qui casus nullam habet dubitationem, quin potior sit causa eius qui suo heredi heres extiterit, quàm coheredis ius adcrescendi obtendentis cùm ius adcrescendi nullum sit, nec esse posit in ea portione quę iam alij fuit acquisita. *l. vnic. §. his ita defunctis. C. de caduc. tollend.* Nam & eadem ratione fit vt dici oporteat in illa specie vulgarem quoque substitutum excludi, propter defectum scilicet illius condicionis, *si heres non erit*, quæ non minùs deficit cùm is cui facta erat substitutio heres fuit ipso iure, & citra aditionem, quàm si per aditionem heres factus esset. Sed captiosa est, vt nemo non videt, argumentatio à transmissione hereditatis iam acquisitæ ad transmissionem iuris deliberandi circa hereditatem nondum acquisitam. Itémque à coherede ad substitutum. Ab eo qui vocatur ex voluntate tacita ad eum qui vocatur ex voluntate expressa. Nam vel fatemur testatorem qui instituto heredi vulgarem substitutum dedit cogitasse de transmissario vel non cogitasse. Si cogitauit, vtique tanto magis voluit ei præferri substitutum, quandoquidem eam duntaxat condicionem substitutioni adscripsit, *si institutus non esset heres*, nulla prorsus facta transmissarij mentione, qui tamen æquè in condicione ponendus erat, si testator non minùs per transmissarij, quàm per instituti aditionem substitutum excludi voluisset. Si verò de transmissario non cogitauit, de substituto autem cogitauit quem expressim vocatum voluit, qua fronte possumus dicere transmissarium substituto præferendum esse, siue addas, *ex tacita testatoris voluntate*, siue non pudeat etiam addere, *contra testatoris voluntatem*, quod postremum esset sanè multo absurdius. Non enim id egit Iustinianus, vt testantium voluntates destrueret, sed potiùs vt adiuuaret aut etiam suppleret in eum casum in quem testator ipse nominatim non cauisset. Atqui euerteretur voluntas testatoris si transmissarius substituto præferretur. Et verò Iustinianum nihil minùs egisse, quàm vt vulgaris substituti ius læderet, ex eo quoque apparet, quod de hereditate testamentaria & legitima promiscuè loquitur, vt significet non alio casu se fauere testamentario heredi, quàm in quo casu faueret etiam legitimo quantum ad transmissionem iuris deliberandi. Atqui cùm fauetur legitimo heredi, substitutus vulgaris nullus est, quia nisi ex testamento substitutio vulgaris esse nulla potest. Ergo & heredi testamentario tum demum fauere Iustinianus voluit, cùm vulgariter substitutus nemo fuit. Nam neque necesse erat prospici à Iustiniano in eum casum in quem iam aliter, ac multo melius certioréque iudicio prouisum fuisset ab ipso testatore. Fauet enim Iustinianus heredis heredi: planè sibi non minùs quàm testatori incognito, & quisquis ille sit. Testator verò fauere voluit vulgari substituto quem & cognouit & nominauit; quémque licèt instituto heredi postposuerit: non tamen æquè fuerit postpositurus heredis heredi, quem ignorauit, & de quo nullo modo vnquam cogitauit. Nisi fortè hanc Iustiniani mentem fuisse arbitramur, vt quisquis petiit tempus ad deliberandum hoc ipso habendus sit pro eo qui iam acquisiuerit hereditatẽ: quod tamen non ita est. Alioqui non liceret ipsius heredi eidémque transmissario

repu-

repudiare hereditatẽ quæ pro iam acquisita haberetur. Vt taceam quod Iustinianus constituit vt ius deliberandi transmittatur non eo tantùm casu quo tempus petitum fuerit ad deliberandum, sed illo etiam quo decesserit heres ante impetratam deliberationem, quo tamen casu nemo dixerit hereditatem posse haberi pro acquisita præsertim verò in extraneo. Denique Iustinianus hoc nouum ius & tam absurdum transmittendæ in extraneum alienæ hereditatis per medium ius deliberandi, eo demum casu induxit, & inducere voluisse credendus est, quo nihil esset, interpositum inter personas transmittentis & transmissarij, quod transmissionem illam impediret. Atqui cùm vulgaris substitutus adest interponitur persona & ius ipsius inter transmittentem & transmissarium, quia viuo adhuc transmittente impletur condicio vt diximus vulgaris substitutionis, & consequenter primo post ipsius mortem instanti nihil iam est quod obstet quominus hereditas testamentaria substituto deferatur, antequàm transmissario ius vllum acquisitum videri possit. Proinde ipsam substituti personam transmissario obstare necesse est ne ius illud habere possit contra testatoris voluntatem, quod ex Iustiniani constitutione habiturus esset non reluctante voluntate, si substitutus nemo proponeretur.

ERROR OCTAVVS.

De transmißione restitutionis in integrum in heredem minoris ad hereditatem adeundam, quam minor repudiauit, cùm adest vulgaris substitutus. Ad l. quòd si minor 24. §. Scæuola D. de minor.

EX iis obiectionibus, quæ tam multæ pro Bartolo fieri solent ab illis qui transmissarium præferunt vulgari substituto in ea quæstione, quam nunc tractamus? Vna illa est, eáque non leuis vt videtur, momenti, quòd beneficium restitutionis in integrum transit ad heredem minoris, qui hereditatem repudiauit: adeóque excluso vulgari substituto, dummodo sit res integra, Ex *l. quòd si minor 24. §. Scæuola* D. *de minor.* Consequens enim videtur, vt beneficium iuris deliberandi, quod datur ex *l. cum in antiquioribus 19. C. de iur. delib.* multo magis transmittatur ad heredem instituti, excluso substituto. Quomodo ratiocinatur *Andr. Fachin. lib. 4. controuers. iur. cap. 61.* Nos verò qui substituti causam tuemur, videamus an verum sit quod isti obiiciunt de transmissione in integrum restitutionis, Deinde vtcunque verum esset, an consecutio defendi posset à beneficio transmissionis restitutionis in integrum ad beneficium transmissionis iuris deliberandi. Restitutionem in integrum, quæ minori competiit transire in ipsius heredem non nego, sicut & in aliis omnibus speciebus restitutionis euenit vt ad heredem transmittantur *l. non solùm. 6.* D. *de in integr. restit. l. minor autem. 18. §. vlt. cum l. seq.* D. *de minor.* Nec illud rursus inficior, si minor hereditatem lucrosam repudiauerit aut eius adeundæ tempora elabi passus sit, posse illum restitui in integrum ad eam adeundam: quemadmodum è contrario

si damnosam hereditatem adiisset, restitui posset ad repudiandam *d. §. Scæuola, l. 1. & 2. Cod. si minor ab hered. se abstin. l. 1.* & 2. *C. si vt omissa hered.* Sed tamen nego minoris heredem restitui posse in integrum aduersus repudiationem à minore factam. Monet me quod hac parte longè alia ratio est minoris, alia heredum ipsius. Minorem, qui delatam sibi hereditatem repudiauit, sola repudiatio excludit & sum mouet ab hereditate, Ideóque cùm fieri possit vt iuuenili leuitate ductus eam hereditatē repudiauerit, quam si maior & consultior fuisset, adire potiùs voluisset, æquissimum est ei succurri auxilio restitutionis, vt aduersus cætera damna omnia, quæ incurrit ob lubricum ætatis, & inconsultam facilitatem. At minoris heredem in hoc ipso casu duo summouent, Primum hoc, quod minor ipse repudiauit: Secundum illud, quòd ex repudiatione infertur necessariò, quòd minor non adiit hereditatem neque adire voluit, quam etiam repudiauit. Vt enim minoris aut alterius cuiuslibet heres nullum ius habeat hereditatis adeundæ, quæ defuncto fuerat delata, non illud necesse est repudiatam fuisse à minore hereditatem, sed sufficit vt non sit adita quoniam regula iuris habet, Hereditatem non solùm quæ repudiata sit, ad heredem transmitti non posse, sed etiam quæ non sit adita. Itaque etiamsi minor hereditatem non repudiasset, non eo minùs tamen minoris heres ab adeunda hereditate summoueretur, vel ob hoc solùm quod minor hereditatem non adiisset. Nec tantùm à iure communi adeundæ hereditatis summoueretur, sed etiam ab omni auxilio & beneficio restitutionis. Quomodo enim aut quonam colore posset in integrum restitutio heredi minoris competere, quæ minori ipsi nunquam competiisset? *l. Pannonius 86. D. de acquir. hered. l. 1. C. de restit. milit.* Atqui minori huic, qui hereditatem nunquam repudiasset, at solummodò non adiisset, nulla restitutio competere poterat. Non ob id tantùm quod in non adeundo factum nullum sit contra quod restitutio peti possit [neque enim perpetua esset hæc ratio si fortè minor passus esset elabi tempora intra quæ adire debuisset, qui casus haud dubiè admitteret restitutionem, quamuis nullum factum intercessisset, quia sufficeret negligentiam in non faciendo interuenisse *l. 3. §. si quid minori verf. etsi heres l. ait prætor 7. alias l. etsi §. penult. & vlt. D. de minor.*] sed ob eam potissimùm rationem, quòd heredi quandiu neque repudiatione neque tempore exclusus est quominùs adire posit, permissum est vt adeat quandocunque *l. si curatoris 9. C. de iur. delib.* & idcirco cùm læsus dici non posit neque vtilis neque necessaria potest ei esse restitutio. Quis ergo putet posse illam esse vtilem heredi minoris? Quod si heredi minoris competere non potest, cùm minor decessit neque adita neque repudiata hereditate, cur ei magis competet eo casu quo minor repudiauerit? Dices ratiocinationem hanc minùs bonam esse, quia cùm secuta est repudiatio iam cœpit competere minori restitutio quæ nulla interueniente repudiatione, non competiisset. Ac sanè fatendum hoc esset non esse bonam consecutionem, si, quod obiectio præsupponit, sola repudiatio minoris induceret restitutionem. Nam cùm heres in omnia defuncti iura succedat, vtique ius petendæ restitutionis quod habuisset minor ex die factæ repudiationis, transiret in ipsius heredem tametsi minor non petita restitutione decessisset. Sed falsum illud est, ex sola repudiatione minoris, nasci ius petendæ restitutionis. Nam neque minor

ætas,

ætas, neque aliud quicquam eſt quod æquitatem reſtitutionis in minore poſsit inducere, excepta læſione quæ cum ætatis fauore concurrat, nec vnquam auditur minor petens reſtitutionem, niſi hæc duo coniunctim probet, ſe & minorem & læſum fuiſſe *d.leg.quod ſi minor.§. non ſemper leg. verum 11.§.ſciendum eſt* D. *de minor. leg. nam poſteaquàm 9.§.ſi minor* D. *de iureiur.* Atqui non poteſt dici minor læſus ex eo ſolo quòd repudiauerit hereditatem etiam quæ opulentiſsima proponatur, adeóque cuius repudiandæ alia cauſa nulla ſit, quouſque ſaltem hereditatis adeundæ animum recipiat, quem priùs abiecerat. Nemo enim læditur repudiando hereditatem cuius adeundæ voluntatem ne nunc quidem habeat, cùm multæ poſſint eſſe cauſæ etiam vanæ propter quas nolit vel prudentiſsimus quis implicare ſe negotiis hereditatis quantumlibet locupletis & lucroſæ, nec cuiquam præſcribi debeat cur heres eſſe nolit *l.4.D.ad SC. Trebell. leg. ſi in teſtamento 22.§.vlt.D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.* Cùm igitur ponamus non modò repudiatam eſſe à minore hereditatem, ſed etiam deceſsiſſe illum poſt repudiationem, neque ſolum ante petitam in integrum reſtitutionem, ſed quod magis eſt ante declaratam voluntatem, quòd heres eſſe vellet quódque eum repudiationis pœniteret, Optima certè conſecutio eſt, quamuis potuerit ipſe reſtitui ſi heres fieri voluiſſet, non ideo tamen dandam ipſius heredi reſtitutionem, quando poſt repudiationem minor deceſsit, non magis quàm ſi ante repudiationem deceſsiſset, quia non magis vno quàm alio caſu læſus dici poteſt: Vnoque demum illo caſu poſſet minoris heres iure petere reſtitutionem ſi minor deceſsiſſet voluntate ſua declarata, quod heres eſſe vellet, multóque magis ſi in integrum reſtitutionis poſtulationem aliqua ratione præparaſſet. Quanquam enim hoc etiam caſu æquè verum eſt deceſsiſſe minorem hereditate non adita, Hereditatem verò non aditam non tranſmitti, non tamen nocet heredi minoris quod hereditas non ſit adita, quoniam ea non aditio vt ita dicam ex ſola repudiatione naſci intelligitur, quæ ſi non interueniſſet vtique hereditatem adiiſſet minor quam adire & voluiſſet & potuiſſet. Indéque fit vt dubitari non poſsit quin læſus fuerit minor eam hereditatem repudiando, quam poſtmodum ſibi acquirere voluit, nec tamen potuit propter repudiationem. Atqui hoc ipſo quod & minor & læſus fuit, certum eſt eum in integrum reſtitui potuiſſe. Hoc igitur vno demum caſu, & alio prætereà nullo, fatendum eſt heredē minoris poſt repudiationem defuncti ex autoris ſui perſona in integrum reſtitui poſſe. Alioqui plus iuris haberet minoris heres ad petendam reſtitutionem eo caſu quo minor expreſsim hereditatem repudiaſset, quàm ſi idem minor neque adita neque repudiata hereditate deceſsiſset: quod tamen ſanè perquàm abſurdum foret. Repudiatio enim ſi aliud nihil conſideres facere debet quo minùs non quo magis admittatur ad hereditatem ſiue minor ſiue minoris heres. Neque huic noſtræ ſententiæ contrarium eſt quod ex Scæuola Paulus ſcribit in *d. l. quod ſi minor 24.§. Scæuola de minor.* Si quis iuuenili leuitate ductus omiſerit vel repudiauerit hereditatem vel bonorum poſſeſsionem ſiquidem omnia in integro ſint, omnimodo audiendum eſſe, ſi verò iam diſtracta hereditate & negotiis finitis ad pecuniam laboribus ſubſtituti partam veniat repellendum eſſe, *multóque partiùs ex hac cauſa heredem minoris reſtituendum eſſe.* Etſi enim vltimā hæc verba videntur præſe ferre in hac ſpecie minoris quoque heredem rebus omnibus integris

posse restitui etiam contra substitutum, tametsi parciùs & difficiliùs quàm minor ipse restitueretur, Attamen facilis responsio est non posse Paulum vel Scæuolam ita intelligi vt ad dandam minoris heredi restitutionem non sint necessaria ea omnia quæ necessaria essent ad minorem ipsum restituendum, Alioqui facilius minoris heres quàm minor ipse restitueretur, quod Paulus disertè negat. Ergo cùm sola minoris repudiatio non faciat vt possit restitui tanquam læsus nec si omnia in integro sint, si non etiam illud concurrat vt minor dicat velle se restitui aduersus repudiationem, aut quod effectu idem est, velle se heredem esse: Hoc ipsum quoque interuenisse ponendum est quoties quærimus, An heres minoris restitui possit, Ex generali illo nec vnquam falso brocardico, Terminos habiles semper esse supponendos. Nec est quòd quis replicet, Ad constituendam eandem rationem minoris & heredis ipsius, posse sufficere vt dicamus non aliter restituendum esse minoris heredem, quàm si restitui ipse & heres esse velit. Nam licèt hoc omnimodo requiratur, quia non nisi petenti restitutionem dat prætor, nec nisi ei qui heres esse velit quoties restitutio petitur ad hereditatem acquirendam quæ fuerat omissa vel repudiata, siue restitutionem quis petat proprio nomine siue ex defuncti persona, Si tamen iure hereditario & ex persona defuncti petatur restitutio, illud etiam omnino requiritur, & ante omnia, vt ipsi defuncto competierit ius petendæ restitutionis, ac proinde in necessarium antecedens vt læsus fuisse probetur, Ergo & vt voluerit ipse mutato consilio heres esse. Neque sufficit, quòd velle potuerit, Nisi potentia illa in actum deducta sit, quoniam alioqui moriendo desiit posse velle. At vbi voluit semel, cùm ex eo instanti se per repudiationem læsum fuisse ostenderit, non facit mors superueniens, vt ius petendæ restitutionis, quod læsio peperit extinguatur, quominùs ad minoris heredem transmitti possit. Qua de re tamen, id est de toto hoc iure transmittendæ hereditatis non aditæ aut transmittendæ restitutionis ad hereditatem adeundam, si quis plura scire volet, legat quæ scripsimus *lib. 14. coniect. cap. 1.* Nunc enim id tantum agimus vt ostendamus quomodo accipiendum sit quod volunt nostri, Ius petendæ restitutionis ad hereditatem adeundam transmitti in heredem minoris etiam in præiudicium vulgaris substituti, ne quem fallat responsum illud Pauli quod modo interpretati sumus. Iam verò videamus, an ex isto antecedente possit inferri quod iidem illi inferunt, Ergo beneficium iuris deliberandi quod datur ex *d. l. cùm in antiquioribus*, transmittetur ad heredem instituti excluso substituto. Apparet autem viciosam esse collectionem, quoniam longè diuersa est ratio eius transmissionis, quæ fit beneficio restitutionis in integrum, & eius quæ sine restitutione. Restitutionis namque ius proprium illud est, quod & sonus ipse nominis demonstrat, vt ex omni parte reponat omnia in pristinum statum, quantum per naturam iurísque potestatem fieri potest *d. l. quod si minor. §. restitutio l. vnic. Cod. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Atqui si minor heres institutus numquam hereditatem repudiasset, sine dubio exclusisset substitutum vulgarem, quandoquidem certum est substituto nullum esse locum quandiu institutus admitti potest. Ergo & cùm repudiauit, quamuis ea repudiatione totum ius adeundæ hereditatis amiserit, & amittendo transtulerit in substitutum, cùm tamen postea restitutio datur siue illi ipsi minori siue ipsius heredi ad hereditatem ad-

eandam quæ fuerat repudiata, recurrit ad minorem eiúsve heredem vi & potestate restitutionis illud ipsum ius quod repudiatio & læsio abstulerat. Proinde nec mirum illud est, excludi substitutum post repudiationem eodem ipso iure quo per aditionem factam ante repudiationem excluderetur. Adeò, vt quamuis interim adierit substitutus ex substitutione [nec enim ob id solùm adire prohibetur substitutus, quod aduersus repudiationem posit adhuc minor restitui, ne ex incerto restitutionis pendeat ius quod per se certum est, succesionis] non tamen debeat ea res nocere minori, eiúsve heredi, quominus audiendus sit petens restitutionem, dummodò sint omnia integra, id est, dum ne adhuc distractæ sint à substituto res hereditariæ. Quia licet prætor ex cuius iurisdictione sunt omnes in integrum restitutiones non posit facere, quod neque ius ciuile facere posset vt substitutus qui semel heres fuit, heres esse desinat *leg. ait prætor. 7. §. sed quod Papinianus. C. de minor.* facit tamen concedendo in integrum restitutionem vt institutus minor eiusve heres, qui per aditionem fieri heres ampliùs non potest, vtiles actiones habere debeat, directásque substituto denegari oporteat, vt effectu ipso institutus pro herede habeatur, eiúsve heres non autem substitutus. At transmisionis iuris deliberandi alia ratio est, quia non retroagitur ad tempus quo institutus adire potuit, vt hereditas à transmissario adita, iam inde ab ipso transmittente adita videatur. Ideoque non impedit, quominùs substitutus transmissarij ius quod re vera ille præuenit, effectu quoque ipso præuenisse existimetur, quia transmissarij ius non incipit nisi ex quo die adiit hereditatē heredis instituti, substituti verò ius incipit ex quo instanti mortuus est heres institutus, facta iam tū pura substitutione per implementum condicionis quod contingit, viuo adhuc & moriente instituto. Et consequenter substitutum transmissario iuris deliberandi præferri non modò æquum, sed etiam iuris rationi omnino consentaneum est: Postponi autem trāsmissario restitutionis in integrum, si ita libeat appellare, dummodo tamen in eo sint omnia vt in integrum restitutionem admittant, id est, dum ne sint iam distractæ res hereditariæ. *d. §. Scæuola. l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.* de cuius etiam sententia alibi scripsimus.

ERROR NONVS.

De sententia l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul. quid noui induxerit tam circa hereditates quàm circa legata & fideicommissa. Et de iure recusandi.

DVBITAVI aliquando quid noui fuerit inductum ea Imperatorum Theodosij & Valentiani constitutione, de qua iam in præcentibus dicere cœpimus & quæ extat in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Nam quod pertinet ad liberos primi gradus à patre institutos, de quibus priore loco lex loquitur, certum est si in potestate essent, iam olim ita ius fuisse, vt paternam hereditatem iure suitatis transmitterent ad heredes quoscunque etiam extraneos ne dum ad descendentes. *l. 3. C. de iur. delib. l. apud hostes. 8. C. de suis & legit.* Cùm

tamen. Theodosij constitutio non aliud ius liberis à patre institutis tribuat, quàm vt patris hereditatem ad suos tantùm descendentes transmittant: Itaq; alterutrum necessariò dicendum videtur. Vel de emancipatis duntaxat intelligendā esse hac parte constitutionem. Vel suorum heredum ius fuisse imminutum, quod posterius dici certè non potest, cùm appareat è contrario id agere Imperatores vt liberorum ius augeant, eorum saltem qui sunt ad tertium vsque gradum. At rursus quod ad alios liberos pertinet, in remotiore post primum gradu constitutos, vel à matre aut auo proauóue siue paterno siue materno institutos difficile etiam videtur dicere quòd noui Imperatores induxerint. Nam siue instituti essent liberi ex asse, poterant iure communi heredes fieri etiam ante apertas tabulas, quia lex Iulia de caducis non pertinebat ad heredes ex asse institutos, vt probauimus *lib.3.Coniect.cap.16. ex l.1.§.vlt.* D. *de iur.& fact.ignor.* & Vlpian. *in fragment.tit.* 17.*de caduc. in princip.* Siue ex parte tantùm, adhuc tamen poterant adire clausis tabulis non quidem ex iure communi, sed quia lex Iulia & Papia erubuerat iugum suum imponere liberis vsque ad tertium gradum, vt Iustinianus refert in *leg. vnic.Cod.de caduc.tollend.* iisque seruauerat ius antiquum vt scribit Vlp. *in tit. de.caduc.* & constat *ex d. l.3.Cod. de iur.delib.* vbi Gordianus hanc heredum ex asse aut ex parte institutorum differentiam sic explicat, vt dicat filium à patre institutum ex asse, etiam clausis tabulis heredem potuisse existere, institutum verò ex parte nihilominùs statim suum ei heredem extitisse, Non quasi heres etiam non extiterit, sed tantùm existere potuerit is qui ex asse institutus fuit, Verùm ad significandum acquisitionem hereditatis in suo herede ex asse instituto posse voluntariam esse ante apertas quoque tabulas, in eo autem qui fuerit institutus ex parte, nullam esse posse nisi quæ sit necessaria, & ex iure (vt aiunt) suitatis. Quid igitur egebant ista constitutione liberi vsque ad tertium gradum, si tabularum aperturam expectare non cogebantur? Atqui non excedit constitutio pronepotes, Iam ergo iis prouisum satis esse videbatur per legem Iuliam Papiam, quæ personas ipsorum exceperat, ne ante apertas tabulas heredes esse prohiberentur. Sed tamen postea comperi non eo minùs vtilem adeóque necessariam fuisse constitutionem vt liberis non quidem suis heredibus, sed cæteris siue à patre siue à matre siue ab auo siue à proauo aut paterno, aut materno institutis in omnem euentum caueretur. Cùm facilè posset contingere, vt eo quoque casu quo potuissent adire tamen non adiissent, aliqua re impediti, rursúmque vt nec adire possent ante apertas tabulas, fortasse quod ignorarent an ex asse, an ex parte, aut si ex parte, ex quanta scripti essent. Quisquis enim hereditatem sibi acquirere vult, per aditionem, eum necesse est de iure suo certùm esse, *leg. qui hereditatem* 19. *leg. heres institutus* 32. *D. de acquir. hered.* Atqui fecit constitutio non solùm vt liberi possint heredes fieri, clausis tabulis, sed etiam vt citra aditionem & ipso iure facti heredes intelligantur, quantum ad hunc effectum vt hereditatem transmittere possint ad suos descendentes, si eam sibi acquisitam esse descendentes velint. Multum ergo ea constitutione fuit additum iuri quod antea in huiusmodi personarum fauorem obtinebat. Vult enim constitutio filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes à patre vel matre, auo vel auia, proauo vel proauia scriptos heredes, licèt non sint inuicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint

li sint instituti & ante apertas tabulas defuncti, siue se nouerint scriptos heredes, siue ignorauerint in liberos suos cuiuscunque sint sexus vel gradus derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratásque personas, si tamen hereditatem non recusant nulla huiusmodi præscriptione sibi obstante, eam tanquam debitam vindicare. Quod nos suprà diximus sic accipiendum esse vt huiusmodi personæ in posteros suos transmittant hereditatem, non quasi acquirendam, sed quasi acquisitam. Exemplo eius quod iidem Imperatores iam antè constituerant de hereditate infanti delata, nec per patrem ipsius infantis nomine adita, vt si infans viuo patre decederet, posset nihilominùs pater eam iure patrio vindicare, quasi iam infanti quæsitam vt scriptum est in prima parte legis *si infanti* 18.*Cod. de iur.delib.* Alioqui non de hereditate ipsa vel de hereditaria portione transmittenda loqui debuissent Imperatores, quomodo loquitur lex & titulus sub quo lex posita est De his qui *ant.apert. tab. heredit. transmitt.* sed de transmittendo iure deliberandi, vt à Iustiniano factum fuit in *d.leg. cùm in antiquioribus* 19. *Cod.de iur.delib.* Nec quòd Imperatores hanc exceptionem subiiciunt, *si tamen hereditatem non recusant*, facere debet vt de solo deliberandi iure transmittendo sensisse videantur. Sunt enim ista longè diuersa, Transmitti ius deliberandi de adeunda hereditate, Et transmitti hereditatem ipsam in liberos sub ea exceptione, si modò eam non recusent. Nam imò verò posterior hic loquendi modus ostendit manifeste tractari de hereditate quasi iam acquisita, Cùm in hereditate nondum acquisita, dubitandi ratio nulla posset occurrere quin iis quibus deferretur liberum esse deberet eam recusare *l. nec emere* 16.*Cod.de iur.delib.* & ridiculus vtiq; esset qui diceret ius deliberandi ita demum transmitti si non recusetur ab eo in quem transmittitur, cùm vel nomen ipsum iuris deliberandi præseferat eligendi, hoc est, vel agnoscendæ vel recusandæ hereditatis libertatem. At quia id agebant Imperatores vt hereditas quæ re vera nec adita esset, nec acquisita, nihilominùs in transmittentis liberos tanquam acquisita transmitteretur, fuit necessaria illa exceptio, *si tamen hereditatem non recusarent*, quoniam erat contra vulgares iuris regulas vt hereditatem iam acquisitam liceret recusare: Nimirum extra eas personas quibus abstinendi beneficium datum est à prætore, id est suorum & necessariorum heredum. Porrò non fecerunt Imperatores neque salua iurisprudentia facere potuerunt, vt essent sui heredes liberi omnes, præsertim qui à matre aliisque ex materna linea ascendentibus scripti fuissent, vt hoc ipso debuerit iis communicari beneficium abstentionis. Sed tamen fecerunt quod facere potuerunt, vt ascendentium hereditates iis ipso iure ac citra factum vllum acquirerentur. Nam de hereditatibus omnibus sicuti sunt ex iure ciuili, ita & pro arbitrio ciuilis legislator disponit, præsertim verò Imperator qui est supra leges. Et ideo non solùm fuit æquissimum, sed etiam necessarium exceptionem illam subiici, darique liberis transmissariis eandem potestatem recusandæ hereditatis si heredes esse nolint, quam haberet persona ipsa quæ transmisit si hodie viueret. Quomodo iam olim erat constitutum in suis heredibus & necessariis vt si paternam hereditatem in suos quoque ac necessarios heredes transmitterent, idem ius abstinendi ab aui hereditate nepos haberet quod filius habuisset, *leg. si quis filiumfamilias* 7.§.1.*D.de acquir.hered.* Quanquam inter hos casus diuersitas illa est,

quod in suis heredibus habet filius beneficium abstinendi, quia etiam inuitus & ignorans ac ipso iure heres inuenitur. In cæteris verò liberis, quibus dat Theodosius priuilegium transmissionis, non idem est, quia quandiu viuunt non facit eos Theodosius heredes ipso iure, vt indigeant beneficio abstinendi [alioqui transmitterent hereditatem ad quoscunque heredes quantumlibet extraneos, quod tamen constitutio nec facit nec patitur] sed possunt illi pro arbitrio tanquam alij heredes quilibet hereditatem vel adire vel repudiare. Itaque liberi eorum in quos transmittitur ea hereditas tanquam acquisita, ne alioqui nullomodo transmitti posit, sicuti plus iuris in hoc habent quàm parentes, quod ipso iure heredes reperiuntur, ita indigent eo iure & fauore quo parentes non indigebant, vt licere iis debeat recusare hereditatem quam repudiari si vellent non possent. Quod enim acquisitum iam est, recusari quidem & omitti potest, at repudiari non potest, *l.1.§. decretalis. D. de success. edict.* Estque ius hoc meo iudicio valde nouum & ab Imperatoribus ea primùm constitutione inductum, quod neque ius repudiandi posis dicere, neque ius abstinendi, sed nouo ac penè, vt ita dixerim, medio nomine, *ius recusandi*, nulla alia iuris parte vsurpatum Ius enim repudiandi extraneorũ duntaxat heredum est, Ius abstinendi suorum & necessariorum, ius separationis impetrandæ, eorum qui necessarij tantùm sunt, Ius verò istud recusandi proprium eorum liberorum quos Theodosiana constitutio transmissarios facit, qui sicuti plus iuris habent quàm extranei heredes in eo quod nulla indigent aditione ad acquirendam hereditatem. Ita minùs quàm sui heredes in eo quod neque sunt sui neque necessarij, cùm nec in potestate matris parentúmue maternorum fuerint vnquam aut esse potuerint, & ita constituunt medium quoddam genus heredum, quos non meliùs posis exprimere aut aptius quàm per negationem, si voces, *nec suos nec extraneos*, qui cum neque repudiare posint, quia non sunt extranei, neque abstinere, quia non sunt sui, vtique indigent iure recusandi ne inuiti fiant heredes ex ea constitutione, quæ non nisi fauore ipsorũ lata fuit. Cuius sententiæ effectus ille est vt post recusationem non posint tãquam heredes esse obligati, quomodo sunt ipso iure obligati sui heredes etiam post abstentionem. *l. necessarris.* 57. D. *de acquir. hered.* quia tanto maiorem vim habet recusatio hæc quàm abstentio ad omittendam hereditatem, quanto minus iuris habent in hereditate ante recusationem liberi non sui nec necessarij heredes, quàm qui & sui & necessarij sunt. Vnde etiam fit vt liberis istis recusantibus, perueniat ea hereditas ad illos ipsos ad quos ex iuris ratione perueniret si Theodosij constitutio nulla esset. Cùm tamen abstinente suo herede, qui etiam post abstentionem nihilominùs heres ipso iure manet, non posit hereditas quæ iam heredem & dominum habet ad alium siue coheredem siue substitutum pertinere, sed bona tantùm quæ in ea hereditate fuerunt, quomodo loquitur Scæuola in *l. ex contractu.* 44. D. *de re iudicat.* quod longè diuersum est vt à nobis explicatum fuit suo loco. Directas enim actiones habet quisquis heres est, siue iure adscrescendi, siue iure substitutionis, siue iure legitimæ succesionis. Qui verò bona tantum habet, factus bonorum possessor à prætore [qui suum heredem se abstinentem pro herede haberi non patitur] is vtiles tantùm actiones habet, non etiam directas, quæ scilicet penes duos simul & in solidũ esse nõ posũt. Hinc verò factũ esse arbitror vt Theodosius

odosius constitutionis suæ verba generaliter conceperit de liberis nepotibus & pronepotibus, siue à patre, siue à matre, siue ab auo, siue à proauo paterno vel materno heredibus institutis, sine vlla distinctione suorum heredum & emancipatorum, etiam quod ad paternam hereditatem, vt significaret factos hodie per eam constitutionem omnes liberos eiusdem condicionis in ascendentium hereditate qualibet ipso iure acquirenda, non quidē simpliciter & in omnibus, sed quantū ad effectum eius hereditatis in posteros transmittendæ quippe quòd ascendentiū hereditates non minùs debitæ sint descendentibus etiamsi non sint sui heredes quàm si sui heredes essent *l. nam etsi is. in princip. D. de inoff. testam. l. scripto. 7. §. vlt. D. vnd. liber. l. vlt. D. de bon. damnat.* Non enim plus iuris habent sui heredes quàm cæteri liberi in eo, quod iis hereditas magis debeatur, sed in eo tantùm, quod cum succedunt non tam ad aliena quàm ad propria bona venire intelliguntur. *l. in suis. 11. D. de liber. & posth. l. 1. §. largius. D. de success. edict.* Ob idque non sic loquitur Theodosius vt dicat posse descendentes ascendentis hereditatem vindicare tanquam suam, qui modus loquendi suis heredibus solis vel saltem magis conueniret, sed *tanquam debitam*, vt eam rationem exprimeret, quę liberis omnibus etiam non suis heredibus conueniret. Ex quo tanto magis intelligimus verum esse quod nos volumus & iam probauimus in *Err. 4. Decadis huius*, contra interpretes nostros id egisse Theodosium vt hereditas transmittatur, non tanquam acquirenda, sed tanquam acquisita. Alioqui fuissent proculdubio distinguendi sui heredes ab emancipatis, & hereditas patris, & aui proauíque paterni qui soli suos heredes habere possunt, ab hereditate matris & ascendentium maternorum, qui suos heredes habere numquam possunt. Neque tamen hoc ita volumus accipi quasi hodie non plus iuris habeat suus heres in patris aut aui paterni hereditate, quàm in hereditate matris: Absurdum enim esset constitutionem quę liberorum iura ampliauit, exęquando propemodum suis heredibus non suos, sic interpretari vt suorum heredum [qui etiam liberi sunt, & hoc amplius sui heredes] ius restrinxerit. Sed hoc dicimus, quantum ad effectum transmittendę ascendentium hereditatis in descendentes quasi iam acquisitę nihil planè inter suos & non suos heredes hodie interesse. Nisi quod sui heredes eam transmittunt suo iure quod antiquum habent, id est tanquam sui & consequenter etiam in quoscunque extraneos, Non sui verò non nisi ex nouo iure & beneficio constitutionis Theodosianæ, ac proinde non tanquam sui, sed tanquam liberi, nec in quoscunque, sed in eos tantùm de quibus constitutio locuta est, id est, qui sint ex descendentibus, ita vt ne quidem in ascendentes transmittere illam possint vt bene contra Accursium disputat Bartolus, licèt moueatur malè ex *l. 2. §. si quis ex liberis. D. ad SC. Tertill.* qui locus pertinet ad ius vetus quod ante Theodosium obtinebat, Sicut & malè Accursius mouebatur ex *l. apud hostes. 8. C. de suis, & legit. hered.* quę de suis tantùm heredibus loquitur, Nisi fortè ex hoc ipso coniicere voluimus in ea fuisse Accursium sententia, vt crediderit Theodosium liberis omnibus dedisse iura suorum heredum in ascendentium hereditate, In quo planè si ita sensit, errauit. Vnde illud etiam fit vt suis heredibus eorúmque posteris qui etiam sint iidem sui & necessarij heredes necessarium hodie sit perinde ac olim beneficium ab-

ſtinendi,quod tamen cæteris liberorum perſonis neque neceſſarium eſſe neq; locũ habere poteſt hodie magis quàm olim. Omnibus tamen cõuenit beneficium iuris recuſandi,de quo loquitur conſtitutio,quia,*recuſandi*, nomen generalius,eſt quàm abſtinendi. Quiſquis ſe abſtinet recuſare etiam hereditatem dicitur. At non contrà dicitur ſe abſtinere quiſquis recuſat: Nam & qui repudiat recuſat, qui tamen niſi ſtultè dici nõ poteſt abſtinere. Nec valde diſſimile eſt, quod aliàs dici ſolet ſublatam eſſe hodie à Iuſtiniano differentiam omnem ſuitatis & emancipationis quantum ad ſucceſſionẽ inteſtati, *Nouell.118.de hered.ab inteſt.venient.cap.1.* Id enim verum quidem eſt, ſed non ita accipiendum vt emancipati hodie ſuccedant parentibus tanquam ſui,aut vt qui olim erant ſui hodie ſui eſſe deſierint,ſed ita, vt cum ſuis ſuccedant emancipati, at non tanquam ſui, ſed tanquam non ſui,hoc eſt, ita vt facto aliquo & aditione egeant vel geſtione pro herede ad acquirendam hereditatem paternam, Excepto vno illo caſu noſtro Theodoſianæ conſtitutionis,id eſt quo agatur de hereditate illa paterna non ad extraneos heredes,ſed ad liberos tranſmittẽda. Sic enim conſtitutiones aliæ ex aliis interpretandæ ſunt,vt quãtum fieri poteſt inter ſe conſentiant,Quod autem dicimus cum Theodoſio tranſmitti aſcendentium hereditatem ad deſcendentes, non vſque adeo ſimpliciter verum eſt vt ad effectũ huius tranſmiſsionis nihil aliud in deſcendentibus requiratur niſi vt ſint deſcendentes:Illud enim præterea requiritur non quidem vt ſint inſtituti, quomodo loquitur poſt Accurſium Bart. ad hanc legem, *num.3.* ſed vt ſint etiam heredes ſaltem legitimi illorum à quibus tranſmiſſio fit, vt poſſit ea tranſmiſsio fieri iure hereditario. Quo enim alio iure poſſet nepos maternus ſuccedere in auiæ hereditate quæ ipſi filio aliquãdo quæſita intelligeretur,ſi nepos ipſe filij heres nõ eſſet? Quod ſi heres quidem ſit,ſed fortaſſe pro dimidia tantùm, puta extraneo ei adſcripto coherede, totam hereditatem ex tranſmiſsione, ſed coniuncto adcreſcendi iure conſequetur,quia hereditas neque pro parte defuncto acquiri potuit,neque in totum acquiſita pro parte tranſmitti, neq; rurſus ad extraneum tranſmitti ceſſante poteſtate conſtitutionis, quæ de extraneis locuta non fuit, quos è contrario ab hoc beneficio excluſit, loquendo de liberis & deſcendentibus duntaxat. In eoque magis nouum mirúmque videri debet ius quod Theodoſius introduxit. Nam cùm tranſmittentis hereditas non acquiratur tranſmiſſario inuito, fortè qui non ſit ſuus heres [pone enim agi de auiæ non paternæ, ſed maternæ hereditate delata filiæ, quæ poſtmodum ſuperſtitibus liberis ante aditam hereditatem deceſſerit.] ob idque factum nepotũ interuenire neceſſe ſit ad acquirendam matris ſucceſsionem,alienum ſanè videtur à iuris ratione vt liceat iis recuſare auitam hereditatem, quæ matri acquiſita fuiſſe intelligatur, & maternam nihilominùs retinere. Non enim idem permitteretur extraneo vltro adeũti hereditatem ſui heredis qui patri ſuo neceſſarius heres extitiſſet: neque liceret ei ſeparare hereditates quas vnitas & confuſas reperiſſet,ſiue tanquam teſtamẽtarius veniret,ſiue tanquam legitimus, ſiue tanquam ſubſtitutus,vt in *l. paterfamilias.28.de reb.autor. iudic. poſsid.* Hoc ſiquidem caſu illud obtinet, quod Paulus ſcribit in *l.ſi quis filiumfamilias.7.§.vlt.de acquir.vel omitt. hered.* In omni ſucceſsione illum qui heres extitit alii qui Titio fuerat heres, Titio quoque heredem eſſe videri vſque adeò vt nec Titii omittere hereditatem poſsit.Sed in caſu Theodoſianæ conſtitutionis ideo aliud eſt, quia hereditas

hereditas ascendentis non acquiritur simpliciter|& absolutè descendentibus, qui sui heredes non sunt, quomodo suis heredibus acquireretur, sed secundum quid tantum, id est vt iam explicauimus, quantum ad effectum transmittendæ in posteros hereditatis, nec rursus hoc ipsum simpliciter, sed cum hac exceptione, si descendentes eam hereditatem non recusent. Iis namque recusantibus, noluit Theodosius haberi hereditatem pro acquisita ei qui alioquin ipsam quasi acquisitam ad posteros transmisisset, si transmisionis beneficio vti voluissent. Potuit namque Theodosius in nouo isto iure inducendo constituere quicquid voluit, & quam siue acquisitioni, siue transmisioni formam voluit præscribere: Cùmque non tam liberis ipsis heredibus institutis & ante aditam hereditatem defunctis, quàm ipsorum posteris consulere voluerit, nulla erat ratio, cur cogeret posteros tanquam transmissarios hereditatem transmissam agnoscerent, vellent etiã transmittentis hereditate carere. Aut cur ascendentis hereditatẽ haberet pro ipso iure acquisita transmittẽti fauore trãsmissarij, si trãsmissarius nemo esse vellet. Sed hæc dixisse sufficiat, quod ad hereditatis transmisionem vt sciatur quid noui Theodosius circa hereditates induxerit. Sed addendum etiam aliquid est, de legatis & fideicommissis, de quibus eadem constitutio loquitur in hæc verba, ***Quod scilicet etiam super legatis seu fideicommißis à patre vel à matre auo vel auia, proauo vel proauia derelictis locum habet.*** Nam difficilius videtur intelligere quodnam istud nouum priuilegium sit liberorum circa legata & fideicommissa. Cùm ea sit semperque fuerit differentia notissima inter hereditates & legata seu fideicommissa quod hereditates sicut ignorantibus non acquiruntur, ita neque ab ignorantibus transmittuntur: Legata verò & fideicommissa è contrario & ignorantibus acquiruntur, & ab ignorantibus transmittuntur. ***l. filiusfamilias 16. in fin. D. qui testam. facer. poss. l. cùm pater 77. §. surdo. de legat. 2.*** Verùm dicendum est, in iis demum legatis & fideicommissis hoc obtinere, quorum dies iam cesserit, viuo adhuc legatario & fideicommissario. Diem enim cessisse necesse est vt transmissioni locus esse possit, ***leg. 2. 3. 4. & pass. D. quand. dies legat. vel fideic. ced. l. 2. l. pen. & vlt. C. eod.*** Constitutionem verò nouam loqui de iis legatis & fideicommissis quorum dies numquam cesserit, defunctis scilicet legatariis & fideicommissariis ante apertas tabulas. Neque enim poterat fieri vt dies legatorum & fideicommissorum ab herede præstandorum prius cederet quàm dies acquirendæ hereditatis, qui porrò non cedebat heredibus extraneis institutis nisi post apertas tabulas: Interim igitur defunctis legatariis & fideicommissariis tametsi essent illi ex liberis etiam in primo si voles gradu necesse erat caduca fieri & euanescere legata ac fideicommissa quæcunque iis relicta fuissent. Neque contrarium est quod supra diximus ex Vlpiano in ***fragment. titul. 17. de caduc. §. penult.*** legem Papiam erubuisse iugum suum imponere liberis & parentibus vsque ad tertium gradum. Id enim ita verum erat si ipsi heredes scripti fuissent, quẽadmodum Iustinianus ipse interpretatur in ***d. leg. vnic. §. 1. Cod. de caduc. tollend.*** idémque Vlpian. ***titul. 18. qui hab. ius antiqu. in caduc.*** quod nescio an quisquam adhuc obseruauerit. Non ergo si quid iis relictum fuisset per legatum aut fideicommissum extraneis heredibus institutis. Siue quòd non tam fauorabiles viderentur liberi, quos parens ipse vel exheredasset vel præteriisset, nec institutione dignos iudicasset, quamuis ad-

scripto iis aliquo legato vel fideicommisso, siue quòd non nisi absurdissimè potuisset ita ius constitui vt priùs cederet dies legatorum vel fideicommissorum quàm hereditatis. Itaque sicuti fauor liberorum quibus aliquid testamento relictum esset, facere non poterat vt eo magis posset heres extraneus institutus acquirere sibi hereditatem ante apertas tabulas, ita neque vt eiusmodi legatorum & fideicommissorum dies ante apertas tabulas cederet, non magis quàm si extraneis relictum quid fuisset. Theodosius verò hoc quoque immutatum volens fauore liberorum constituit, Non quidem generaliter vt quæ ab ascendentibus relicta sunt legata vel fideicommissa transmittantur in descendentès, etiamsi legatarius vel fideicommissarius decesserit ante diem legati cedentem [ita enim sequeretur transmissioni locum fore, tametsi legatarius aut fideicommissarius viuo testatore decessisset quod esset absurdissimum] sed vt quasi acquisita transmittantur in descendentes etiamsi is à quo transmissio fit decesserit ante apertas tabulas, Nimirum si decesserit defuncto iam testatore. Nullum enim aliud impedimentum fauore liberorum tollere Theodosius voluit, nisi quod lex Papia attulerat, non etiam illud quod ex iuris antiqui ratione suberat, quoties legatarius vel fideicommissarius defunctus esset viuo testatore. Igitur post eam Theodosij constitutionem, si quid ab ascendente descendenti relictum fuisset legati vel fidecommissi iure, & is descendens mortuus esset ante legatum vel fideicommissum agnitum extraneo herede relicto, non potuisset eiusmodi legati seu fideicommissi transmissio fieri in extraneum heredem, quia constitutio de facienda in descendentes duntaxat transmissione locuta esset. Et tamen si quæratur quid hodie iuris sit, non est dubitandum quin hoc casu transmissio fiat in heredem quemlibet quantumcunque extraneum. Nempe propter constitutionem non illam Theodosij, sed nouam Iustiniani, quæ legem Papiam de caducis omnino sustulit, fecitque, vt legatorum & fideicommissorum omnium purè relictorum dies hodie cedat non ab apertis tabulis, vt temporibus Theodosij, sed ex die mortis, & consequenter vt possint hodie transmitti non minùs in extraneos quoslibet, quàm in descendentes. *d. l. vnic. §. in nouissimo. C. de cad. toll.* Adieci, *purè relictorum*, quia in legatis & fideicommissis condicionalibus aliud est cùm dies eorum non cedat ante condicionis euentum *d. l. vnic. §.* sin autem aliquid sub condicione. Inde namque fieri necesse est vt mortuo ante condicionem impletam legatario vel fideicommissario etiam qui fuerit ex liberis, nulla tamen legati vel fideicommissi transmissio fieri possit, ne quidem in descendentes siue Theodosianum siue Iustinianeũ ius spectes, vt bene ad hanc legem Accursius quoque vidit à Bartolo cæterisque magis communiter probatus, quamuis idem Accursius parum consulto contra scripserit ad *l. is cui. 42. D. de oblig. & action.*

ERROR

ERROR DECIMVS.

De Theodosiana transmißione ad intestati quoque successionem producta.

CONSENTIENS vox est interpretum omnium & pragmaticorum post Accursium & Bartolum ad *l. vnic. Cod. de his qui ant. apert. tabul. hered. transmitto.* ius illud nouum quod Theodosius ea constitutione induxit de ascendentium hereditatibus quamuis non aditis, tamen tanquam acquisitis in descendentes transmittendis, non minùs habere locum si ab intestato quàm si ex testamento succedatur: Non quod verba constitutionis hanc interpretationem suadeant, quæ ad illum casum apertè pertinent, quo tabulæ extent, & ante apertas tabulas liberi decesserint, Sed quia constitutionis fauor, & æquitas non minùs locum habere videatur in personis descendentium cùm ab intestato succeditur, quàm si ex testamento succederetur, Ne ascendentium hereditate fraudentur quæ iis debita est naturali quodam iure, adeóque ex voto ipso & desiderio parentum qui cùm intestati decedunt superstitibus liberis, quorum sciunt primas esse partes in causa successionis intestati, non minus id procuidubio agunt, vt liberos habeant heredes quã si eos nominatim scriberent in testamento. At mihi contrà semper visum est eam Theodosij constitutionem sicuti de intestati successione nullomodo loquitur, ita neque ad intestati casum adaptari posse: Neque puto iam de eo quemquam dubitaturum, qui ea bene percipiat, quæ proximo capite disputauimus. Nam siue verba constitutionis inspicimus ex quibus potissimum est inspicienda & indaganda mens constituentis, tota constitutio est de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt, ab intestato autem nihil est quod de tabulis vel apertis vel aperiendis tractari possit, siue rationem constitutionis attendimus, illa affertur in vltima legis parte, quòd perindignum sit fortuitas ob causas vel casus humanos fraudari descendentes auita vel proauita successione alióſque aduersus auitum vel proauitum desiderium aut institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Quæ ratio vel nulla vel certè minor est cùm succeditur ab intestato. Euenit enim plerunque vt ab intestato heredes illi sint quos omnium minimè habere paterfamilias voluisset, puta si forte intestatus ille decesserit contra voluntatem suam, fortassis morte præuentus cùm se ad testamentum faciendum accingeret, aut testium sollennem numerum, aut denique cęterorum quæ tam multa ad factionem testamenti requiruntur, opportunitatem expectaret. Nam quod dicitur, eum qui intestatus moritur tacitè videri relinquere legitimam hereditatem ab intestato successuris, tacitéque illos instituisse censeri *l. conficiuntur. 8. iunct. l. 3. in princip. D. de iur. codicill.* indéque esse vt possit quilibet legitimos heredes suos grauare fideicommisso, vt in iisdem locis scriptum est & in *l. ab exheredatis 126. de legat. 1.* ad eos demum intestatos pertinet, qui testamentum facere, cùm possent noluerunt vt vltro intestati morerentur. Etsi non nego valere codicillos ab intestato factos etiamsi eo tempore facti sint, quo paterfamilias testamentum facere non potuisset ob aliquod impedimentum facti, tamen

maximè voluisset *d.l.conficiuntur. §.codicilli:* quia sufficit ad validitatẽ codicillorũ, vt qui codicillos fecit, habuerit eo tempore factionẽ testamẽti licèt in eas angustias se coniecerit aut tẽporis aut loci vt retento iure teãstdi, desierit tamẽ de facto testari posse. Sed nõ facit ea rès vt ex voto & desiderio patrisfamilias qui testamentũ facere cogitabat extranei heredis habendi gratia ipsius hereditas perueniat ad legitimos successores, Multo minùs, vt in omni casu legitimę successionis institutus ille videatur qui succedit ab intestato, Alioqui paulatim dicendũ erit testatũ quoque decessisse illum, qui siue volens siue inuitus decesserit intestatus. Quid enim aliud est decedere testatum quàm decedere aliquo herede instituto? Atqui constitutio Theodosij ea potissimùm æquitatis ratione nititur, Ne contra desiderium & institutum parentum hereditates ipsorum ad alios quàm ad descendentes perueniant. Ad illum igitur duntaxat casum constitutio pertinet, quo testamentum factum sit, in eóque institutus fuerit ab ascendente ille ex descentibus qui transmittit hereditatem in suos descendentes. Hoc enim casu quamuis nihil in testamento dictum sit de iis descendentibus in quos transmisio sit, coniectura tamen pietatis auitæ vel proauitæ facit vt in qua portione filium suum quis heredem instituit, eam ipsam portionem ad filij posteros hereditario iure peruenire voluisse intelligatur, vt subtilissimè Papinianus ratiocinatur in specie. *l.cùm auus. 102. de condic. & demonstr. & Iustinianus in l. cùm acutissimi. 30. C. de fideic.* At rursum, si eam præcipuè rationem inuestigare volumus quæ Theodosium impellere potuit, ac propemodum cogere debuit vt tam nouum & ab ipsius iuris ratione alienum ius induceret, apparebit manifestius quàm parum subtiliter faciant qui quod à Theodosio constitutum est expresè in casum testati, tam audacter protrahunt ad causam intestati. Ratio non alia maióruè esse potuit, quàm quòd antea eueniret plerumque, vt quamuis lex Papia iugum suum liberis ad tertium vsque gradum constitutis imponere erubuisset, liberi tamen heredes instituti si ante apertas tabulas morerentur, parentum hereditates amitterent quippe quas sibi acquirere non potuissent, Obstante non tam lege Papia quàm tabularum obsignatione per quam persæpe fieri necesse erat, vt qui heredes scripti essent siue liberi siue extranei, se tamen scriptos ignorarent, ex eóque adire prohiberentur. Nec enim vnquam licuit heredi instituto adire, nisi qui se institutum sciret. Idque est quod ait constitutio in *vers. siquidem perindignum est fortuitas ob causas vel casus humanos* &c. Fortuitum enim illud est & ad casus humanos pertinens, nisi quod non fit sine magna perpetuáque Dei Opt. Max. prouidentia, vt qui institutus fuit moriatur non solùm ante apertas tabulas, sed priùs etiam quàm institutum se sciat. Id verò cùm euenit, perindignum sanè videtur & iniquum vt inopinatus ille euentus adferat liberis iacturam hereditatis ascendentium, Cùm non fuerit in potestate instituti ante apertas tabulas defuncti, vt vel non tam citò moreretur, vel aliunde quàm ex apertura tabularum addisceret heredem se institutum, vel denique adiret hereditatem priusquàm sibi delatam fuisse sciret: ob idque non possit ei imputari cur non fecerit, quod vt faceret non fuit in eius potestate. Eadem porro iniquitas euidentior est in legatis & fideicommissis quæ relicta sint vni liberorum heredibus extraneis institutis. Nam cùm extraneos illos institutos ex partibus lex Papia non pa-

non pateretur hereditatem adire ante apertas tabulas, nec proinde priùs cedere diem legatorum vel fideicommissorum ab iis heredibus præstandorum, An non erat iniquum intercidere legata & fideicommissa, non quidem eo casu quo scripti heredes ante apertas tabulas decessissent [fiebat enim caduca hereditas cum onere legatorum & fideicommissorum, quemadmodum & legata ipsa ac fideicommissa fiebant caduca cum suo onere vt *Vlp. scribit in fragm. tit. 17. de caduc. in fin.*] sed eo demum casu quo liberi ipsi iidémque legatarij aut fideicommissarij nondum apertis tabulis mortui fuissent? Multo minùs enim poterat fieri vt legata vel fideicommissa consequerentur, aut peterent etiam quæ sibi relicta esse scirent, quorum scilicet dies ante apertas tabulas non cessisset. Vt ergo huic iniquitati & periculo Theodosius occurreret, iustissimè constituit vt liberis non noceret quod ante apertas tabulas decessissent siue instituti heredes fuissent, siue legata vel fideicommissa meruissent. At cessant ista omnia cum nullæ sunt tabulæ, quia eo casu si de hereditate agamus, non potest ignorare legitimus successor quisquis ille sit, sed in primis si sit ex descendentibus, quin delata sit ei hereditas ascendentis, ob idque potest illam pro arbitrio quandocunque sibi acquirere vel adeundo, vel saltem pro herede gerendo nuda etiam voluntate *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* Et consequenter si decesserit non agnita hereditate, est quod illi imputetur, quare non agnouerit, Nec ratio vlla est cur fauore liberorum ipsius, habeatur hereditas pro ipsi acquisita ipso iure quam ille sibi acquirere viuus cum posset si non noluit, certè nec voluit. Si verò de fideicommissis tractamus [nam de legatis ab intestato tractari nequit cum non possint relinqui nisi in testamento aut in codicillis testamento confirmatis] certum est eorum diem cedere ex instanti mortis eius personæ quæ fideicommissum reliquit, & de cuius hereditate agitur, atque ita in potestate fideicommissariorum esse vt statim agant, Adeóque si priùs decesserint quàm egerint siue agere potuerint, siue non potuerint, fortassis nondum per heredem legitimum adita hereditate, nihilominus fideicommissi actionem in fideicommissarij heredes transmitti non solùm si descendentes sint, sed etiam si ascendentes omninóue extranei. Proinde non potest dari casus in quo necessaria fuerit constitutio Theodosij ad faciendum vt fideicommissa descendentibus relicta ab intestato in ipsorum posteros & descendentes transmitti possint. Nam neque lex Papia neque aliud quidpiam vnquam obstitit quominus fideicommissorum ab intestato relictorum dies cederet ex instanti mortis, nec consequenter quominùs transmissio eorum fieri posset in fideicommissarij heredes quoscunque, Igitur constitutio ista Theodosij, nec qua parte de legatis, nec qua de fideicommissis loquitur, interpretationem illam recipere potest vt habeat locum ab intestato. Quod cùm ita sit, illud etiam fit consequens vt neque in hereditatibus ea interpretatio capi possit. Aperta enim sunt verba Theodosij illud ipsum in posteriore legis parte constitui circa legata & fideicommissa, quod circa hereditates constitutum fuerat in priore. Ergo vel tota lex, vel nulla pars legis protrahi potest ad causam intestati. Non tota vt probauimus. Ergo pars eius nulla. Et sanè hoc vnum egit Theodosius vt descendentibus qui vel hereditatem vel legatum vel fideicommissum ab ascendéte accepissent.

prospiceret, ne si fortè morerentur ante apertas tabulas damnum ex eo vllum sentirent, Non etiam vt hereditas aut legatum vel fideicommissum iis omnimodo acquireretur, id est in eum quoque casum quo nec sublata lege Papia acquiri potuisset: Denique legis Papiæ duntaxat non autem iuris communis & antiqui obstaculum tollere Theodosius voluit, in fauorem quidem descendentium testamento honoratorum, sed tamen ita demum si fauor ille cederet commodo aliorum qui essent etiam ex descendentibus. Finge itaque adhuc durare legem Papiam nec à Iustiniano fuisse sublatam, filiumque à matre vel ab auo materno heredem institutum, qui subinde decesserit, non adita quidem hereditate sed tamen post apertas tabulas, & superstitibus liberis, An dicemus locum esse nouæ constitutioni vt hereditas ista quasi iam acquisita in heredis instituti posteros transmittatur? Non puto, quia post apertas tabulas nullus legi Papiæ locus superest, succeditque ius commune quod non patitur vt hereditas non adita transmittatur non solùm si aliquid possit imputari ei qui nō adiit, sed etiamsi nihil, fortè quod ignorauerit sibi delatam hereditatem quantumuis probabili ignorantia, puta quod abesset eo tempore quo paterfamilias decessit, aut quo apertæ fuerunt tabulæ. Quid rursum si filius hic institutus decesserit, non solùm ante apertas tabulas, sed etiam priusquàm sciret mortuum esse testatorem, quem adhuc viuere existimabat? Aut quid si de iure suo dubitabat, fortè suspicans testatorem non habuisse factionem testamenti? His omnibus casibus, & aliis, si qui sunt similes, constat ex ratione iuris communis non modò transmitti non posse hereditatem nondum aditam, sed neque adiri ab herede instituto tametsi maximè velit. *l. qui hereditatem. 19. l. in repudianda. 23. l. heres institutus. 32. & pass.* D. *de acquir. hered.* nec minùs hodie post sublatam à Iustiniano legem Papiam quàm si lex Papia vigeret. Non enim ex lege Papia sed ex iure communi omnia hæc adquirendæ hereditatis impedimenta proficiscuntur. Si ergo his etiam casibus in quibus adsunt tabulæ testamenti, nihilomagis constitutio Theodosij locum habet, quia nihil habent illi casus commune cum lege Papia, Quantò minùs habebit locum si ab intestato succedatur? Nam neque aliquid commune habet lex Papia cum successione intestati, neque hoc casu amittit nepos aui hereditatem propter legem Papiam, aut propter euentum aliquem cui lex Papia causam dederit, sed propter regulas iuris communis. Nec mouemur ex illis verbis legis, *siue se nouerint scriptos heredes siue ignorauerint.* Non enim hunc sensum habent quasi omnimodo & indistinctè transmissionis priuilegium liberis heredibus institutis concedere Theodosius voluerit, sed intelligi debent suppositis vt semper fieri oportet, terminis habilibus, id est talibus quales esse necesse est vt hereditatis primùm acquisitio non impediatur. Quo enim colore fecisset Imperator vt hereditas pro ipso iure acquisita haberetur, quam expressa voluntate sibi acquirere institutus heres etiamsi maximè voluisset tamen non potuisset incertus nimirum de iure suo? At neque ad transmissionis priuilegium inducendum illud sufficit vt hereditas ipsa fuerit quod aiunt, acquiribilis ex parte tam hereditatis quàm heredis instituti, sed illud prætereà requiritur vt non possit imputari ei qui acquirere potuit, cur non acquisiuerit, quomodo potest imputari ei qui post apertas tabulas cùm se heredem siue ex asse siue ex parte scriptum comperisset, negligens tamen fuit in ea hereditate acquirenda tandémque priùs decessit

cessit

cessit quàm adiret. Cessante namque impedimento legis Papiæ post apertu-ram tabularum, sicuti poterat hic institutus hereditatem adire ex iure communi, ita & non adeundo videtur vti voluisse, & vsus esse iure communi, cùm nullo iam priuilegio ad hereditatem acquirendam indigeret. Nec illud rursùm sufficit, vt nihil possit imputari ei qui non adiit, si non etiam concurrat, vt causa propter quam imputari nihil queat, proficiscatur ex iusta ignoratione cui occasionem id tantùm præbuerit quod clausæ fuerint tabulæ. Nam si ideo ignorauit se institutum heredem quod nec sciuerit factum à parente testamentum, nec crediderit parentem decessisse, aut si qua alia de causa idcirco non adiit quod de iure suo dubitauit, nihil ad heredes suos transmittere potest, nec magis ad descendentes quàm ad extraneos. Dices imò verò constitutionem fauere liberis quod ad hoc priuilegium transmissionis: non solùm si ignorauerint se scriptos heredes, verùm etiam si sciuerint, cùm tamen iis qui sciuerunt possit imputari cur non adierint ante apertas tabulas, nimirum lege Papia nihil quod ad hoc obstante liberis, aut parentibus ad tertium vsque gradum. Respondeo fauere quidem liberis etiam qui sciuerunt se institutos heredes [quamquam maior erat in istis ratio dubitandi, minórque æquitas iis subueniendi] sed ita demum si decesserint ante apertas tabulas, non item si postea. Hoc enim omnino Theodosius requirit, vt ante apertas tabulas defuncti sint, vt quod clausæ sunt tabulæ iustam præbeat excusationē non aditæ hereditatis, ei quoque qui nihilominùs adire potuerat si voluisset. Ideo fortasse quod etiamsi aliunde sciuerit quæ in tabulis continentur, probabilem tamen ignorantiæ causam potest prætexere, qua ex parte aut quibus conditionibus heres scriptus esset, quæ omnia æquū est scire illum qui adire vult & potest priusquàm adeat. Postquàm vero apertæ sunt tabulæ nulla prætexendæ ignorantiæ probabilis causa superest, nec si absens apertarum tabularum tempore fuerit is qui heres institutus est, posteáque decesserit antequàm apertas resciret, quoniam absentia, mors, & alia huiusmodi emergentia quæ aditionem vel remorantur, vel impediunt, extrinsecus accidunt non ex eo quod tabulæ, vel clausæ fuerint vel apertæ, ideóque perinde accidere possunt etiam post apertas tabulas, & perinde accidunt hodie post legem Papiam sublatam. Et quamuis laudandus sit magis quàm vituperandus is, qui pòst etiam quàm sciuit se institutum heredem adhuc deliberat & cunctatur an debeat adire necne, si tamen interim decedat non adita hereditate æqui boníque consulere debet, quod ad heredem suum nihil transmittit, quippe qui tanti habuit periculo amittēdæ hereditatis, maius periculum dubiæ hereditatis inconsulto adeundæ effugere. In summa quemadmodū erraret qui diceret Theodosium cōmunicasse liberis omnib. ea iura omnia quæ olim propria erāt suorum heredum, tametsi propositionē hanc restringeret ad causam transmissionis, adeóq; hoc etiam addito *in solos descendentes*. Ita & errare illos fatendum est, qui putant omnimodo & omni casu hereditatem ascendentis transmitti à descendente in descendētes. Nam cùm non trāsmittatur tanquam acquirenda, sed tāquam acquisita, vt semper diximus. Idem hoc esset, quod dicere, Omnimodo & omni casu acquiri hereditatem liberis etiam ignorantibus, & siue in iure, siue in facto errātibus, aut titubantibus. Quod ipsum tamē aliis quàm suis heredibus cōuenire nullomodo potest, qui cùm sint heredes statim & ipso iure non solùm ignorātes, sed etiam inuiti, & citra vllam aditionē. *l. in suis.* 14. *D. de lib. & posth. l.* 1. §

qui sunt in potestate. D. *si quis omiss. caus. testam.* parũ refert an sciant, an ignorent, an dubitent. Illud planè nõ nego quod post Dynum, & Cynum tractat Bart. in vltima ad hanc legem quæstione. Hoc transmissionis beneficium ad eos quoque descendentes pertinere qui nati sint adeóq; concepti post mortem primi ascendentis de cuius hereditate agitur. Idemque prorsus consequens est ei quod volumus transmitti hereditatem tanquam acquisitam ei à quo trãsmittitur. Quid enim potest interesse an conceptus sit viuo auo is qui à patre non ab auo hereditatem habere intelligitur? Alioqui si cum interpretibus quis sentiat transmitti hereditatem quasi adeundam, difficilius est vt transmittatur in nepotem qui auo viuo conceptus non fuerit, præsertim si iuncto alio eorundem interpretum errore, ponas tractari de successione intestati, quia neque nepos, neque cognatus, aut alio vllo modo coniunctus defuncto esse intelligitur ille qui post ipsius mortem conceptus est. *l. Titius. 6. & seq.* D. *de suis & legit. & l. 3. §. si quis proximior. D. vnd. cognat.* Quãquam si aliud nihil vrgeret, posset dici eam sententiam ad illos pertinere, qui ab intestato succedunt ex persona propria, non ad illos qui ex persona alterius & iure transmissionis.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXV.

ERROR PRIMVS.

De testamento inscriptis inter liberos, in quo facta sit per patrem diuisio hereditatis aut bonorum.

TRES sunt celebres Imperatorum constitutiones de testamentis inter liberos factis. Prima Constantini in *l. vlt. C. famil. ercisc.* Secunda Theodosij in *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. C. de testam.* Tertia Iustiniani in *Nouell.* 107. cui titulus est, *De testam. imperfect. à parent. in liber. fact.* Constantinus primus induxit, vt inter liberos omnes, siue sui sint, siue emancipati, & siue ex eodem, siue ex diuerso veniant gradu dummodo pariter ad successionem intestati vocentur, iure scilicet repræsentationis quod inter descendentes in infinitum semper locum habuit, siue cœptum

cœptum, neque impletum testamentum, vel codicillus seu epistola parentis esse memoretur, siue quocunque alio modo scripturæ quibuscunque verbis vel indiciis inueniantur relictæ, ab intestato quidem vocentur liberi ad successionem, sed tamen iudicio familiæ erciscundæ dispositio defuncti seruato senatusconsulti auxilio, id est retenta quarta ex Pegasiano, custodiatur, etiãsi sollennitate legum fuerit destituta. Nempe quod ad liberos, nõ etiam quod ad alios, si qua persona extranea liberis permixta esse proponatur. Ante quam constitutionem ita ius erat, vt sufficeret quidem declaratam esse volũtatem quibuscunque verbis, sed non quibuscunque indiciis: verba enim necessaria erant, vt constat ex *l. filij. 16. eod. tit.* Theodosius verò tractans de testamento imperfecto, etsi non vult defuncti voluntatem tenere quæ in eo declarata sit, subiicit tamen exceptionem, *nisi inter solos liberos*, ne dubitare quis posit, quin ex imperfecto quoque testamento inter liberos voluntas conseruanda sit, cuiuscunque tandem sit sexus & naturæ parens qui testatus est, vt loquitur Iustinianus in *præfatione dicta Nouell.* 107. vbi apertè testatur additum hoc fuisse à Theodosio ad Constantini legem, quę de patribus tantùm loquebatur. Etsi enim verba constitutionis de parente generaliter loquuntur, quo nomine certum est vtriusque sexus parentem significari. *l. 4. §. parentem. D. de in ius vocand.* bene tamen Iustinianus vidit de solis patribus sensisse Constantinum, ob hoc ipsum quod de iis tãtùm liberis locutus fuerat, qui vel essent sui vel emancipati, quorum neutrum conuenire potest liberis respectu matris, aut aliorum ascendentium maternorũ, quippe qui nec suos heredes habent, nec proinde emancipatos. *l. 4. §. ad testamenta. D. de bonor. poss. contr. tabul. § fœmina. Instit. de adopt.* Et sanè maior erat ratio fauendi iudicio patris quàm matris, cùm paternum cõsilium & iudiciũ longè tutius esse soleat legibúsq; minùs suspectũ, quàm maternũ, vt in tutoris datione aliísq; non paucis exẽplis videre est. Theodosium tamen vt idẽ iuris in vtriusque sexus parente constitueret mouere potuit mouitq; proculdubio fauor successionis, debitáque parentis cuiuslibet iudicio reuerentia, cùm ęquo iure liberi ad vtriusq; parẽtis hereditatẽ vocentur, & vtriq; parenti, licet inæqualis sit eorũ potestas, par tamen & æqualis reuerentia pietásq; debeatur. *l. 4. D. de curat. furios. l. scripto. 7. §. vlt.* D. *vnd. lib. l. vlt. D. de bon. damnat.* Ex quo apparet in *d. §. ex imperfecto*, verba illa, *à parentibus vtriusque sexus*, quæ in nonnullis editionibus tanquã irreptitia vel saltẽ suspecta notãtur, omnino retinenda esse, nec alij quàm Theodosio si Iustinianum consulimus adscribi posse. At cùm duabus illis Constantini & Theodosij constitutionibus, plerique, quod passim fieri solet, sic abuterentur vt diuinantibus magis quàm interpretantibus egere viderentur, putauit Iustinianus *dict. Nouell.* 107. adhibendum esse temperamentum ne cum Iustiniano ipso dicã emendationem, vt non quęlibet parentis voluntas quibuscunque indiciis & coniecturis declarata inter liberos defendatur, quomodo antea defendebatur, sed ea demum quæ certas habeat sollennitates, nouella illa constitutione præscriptas. Nimirum vt si literas sciat, tempus facti testamenti primùm declaret sua subscriptione, deinde quoque filiorũ nomina propria manu. Tertiò vncias ex quibus liberos scripsit heredes, non signis numerorum significãdas, sed per omnes totásque literas declarandas, vt vndique claræ & indubitatæ consistant. Cur verò addidit Iustinianus, *si literas sciat?* An quòd in eo qui literas nescit, sollẽnitas ista non sit necessaria, sufficiátq; aliũ pro eo scripsisse

testamentum illud minus sollenne dummodo integris literis scripserit non notis? Ita nonnulli putant quod probare non possum, quia non id agit Iustinianus, vt Constantini & Theodosij leges ampliet, sed potius vt coerceat effrenatam illam obscurè testandi licentiam qua earum cōstitutionum prætextu parentes passim abutebantur. Atqui constitutiones non loquebantur, nisi de eo qui in scriptis aliquid disposuisset, vt verba ipsa præseferunt. Porrò in scriptis ita testari nemo poterat, vt aliena manu heredem scribere posset, nisi saltem ipse subscripsisset, si ius verus inspicias, at ne quidem si subscripsisset, inspecto iure Codicis, vt constat ex *l. iubemus. 29. C. de testam.* quæ quamuis sit Iustiniani, non alia tamen testamenta valere patitur, quàm quæ vel manus vel lingua testatoris fecerit, in quo numero non potest contineri testamentum aliena manu conscriptum, non magis quàm quod aliena manu dictatum esset. Nec fuit hac parte quicquam immutatum ante Nouellam eiusdē Iustiniani 119. cui titulus est, *Vt sponsalit. largit. §. quia verò*, vbi primū Iustinianus induxit, vt secundùm priscam consuetudinem liceat testari, quæ nihil aliud exigebat nisi vt & testatoris & testium subscriptio adhiberetur, non etiam vt heredis nomen, siue testatoris, siue alicuius ex testibus manu scriberetur, vt idem Iustinianus refert *in Instit. tit. de testam. ordin.* Itaque eo tempore quo facta est dicta constitutio Nouella 107. id ius obtinebat quod fuerat constitutum *in d. l. iubemus*, ex eáque proinde lege constitutio planè interpretanda est, & consequenter non de alio in scriptis facto testamento intelligenda, quàm quod factum sit à testatore literas sciente. Quomodo enim qui literas nesciret, ipse aut heredis nomen scribere, aut subscribere posset? Sanè non nego posse hodie testamentum in scriptis fieri etiam ab eo qui literas ignoret cùm quacunque manu nomen heredis scribi posit. Sed nego ad hæc testamenta pertinere constitutiones illas Imperatorum, De testamentis imperfectis, ideóque contendo noua opus fore constitutione, vt quis posset dicere voluntatem defuncti ex eiusmodi testamentis tuendam esse. Si tamen non de testamēto agatur, sed de ea scriptura, quæ non tam hereditatis, quàm bonorum diuisionem inter liberos contineat, voluit Iustinianus sufficere liberorum omnium [nō etiam vnius ex ipsis, vt male vulgo creditur] inter quos partitio fit, subscriptionem *§. quia verò. d. Nouell. de testam. imperfect.* Nimirum quia eo casu de solo iure liberorum agi videtur, & vt eiusmodi diuisio iure contractus valeat magis, quàm iure vltimæ voluntatis [postquam placuit valere pactum de hereditate tertij viuentis, dummodò tertius ille consentiat, & in eadem voluntate perseueret. *l. vlt. C. de pact.*] tantum abest vt posit valere iure testamenti. Quod & ex communi nostrorum sententia bene scribit Iulius Clarus *in §. testamentum. quæst. 14. vers. sed pone.* Nisi quod nimis generaliter loqui videntur nostri, cùm hoc ipsum tradunt de qualibet schedula patris, quæ à patre nec scripta fuerit nec subscripta. Si enim poneres patris schedulam extare, nec scriptam ab eo, nec subscriptam, qua contineretur diuisio hereditatis ex aliis portionibus quàm quæ liberos contingerēt ab intestato, id est ex inæqualibus, vtiq; non ob id solùm posset valere, quod liberi omnes etiam ex minore parte instituti consensissent, & subscripsissent. Neque ad hunc casum aptari meo iudicio potest Iustiniani constitutio, quoniā non est in potestate liberorum, neque alterius quàm testatoris aut legis, vt portiones hereditarias constituat, nec proinde fieri vlla pactione potest, vt inæquales hereditatis partes ij habeant, quos lex ipsa ex

æquali-

æqualibus facit heredes, cùm testamentum nullum factum est. Quid enim aliud est hereditarias partes constituere, quàm hereditatem ipsam huic & huic pro parte dare? Atqui hereditas neque per contractum neque aliter quàm per testamentum dari ab alio quàm à lege potest, *l. hereditas.* 5. *Cod. de pact. conuent. tam sup. dot.* Necesse igitur est eam scripturam, quæ diuisionem hereditatis contineat, aut à testatore scriptam subscriptámve esse, aut nullo modo valere, non magis contractus, quàm testamenti iure. Etsi enim tùm quoque cùm à testatore ipso scripta, vel subscripta est, non eo magis valet iure testamenti vel contractus, valet tamen iure voluntatis ab intestato propter autoritatem constitutionum Imperatorum Constantini, Theodosij & Iustiniani, quæ ad hunc casum expresse pertinent, quibus cessantibus nihil est quod possimus dicere præter id, quod fit ex iure communi: ex quo porrò nemo dixerit valere posse voluntatem, ne quidem ab intestato, quæ nullam penitus habeat obseruationem. Nam & in voluntate intestati, testium quoque numerus aliquis, & alia pleraque requiruntur, quæ interuenire in scriptura patris inter liberos non est necesse, vt sequenti capite dicemus. Nec putet quispiam esse hanc inanem, & verbalem tantùm distinctionem bonorum & hereditatis. Habet enim optimam rationem, quia nihil vetat etiam illum qui ex semisse heres fit eam facere bonorum diuisionem, per quam longè minorem quàm dimidiam bonorum partem consequatur: cùm non eo minùs futurum sit, vt ex semisse sit & videri debeat heres: quod non similiter dici posset de illo, qui cùm esset legitimus heres ex semisse non nisi tertiam tamen hereditatis partem haberet. Implicat enim contradictionem, vt quis sit heres ex semisse, nec semissem habeat hereditatis, cùm hereditas illa sit quæ facit heredem, non etiam bona, vel quantitas bonorum. Nam & euenit plerunque vt qui ex certa hereditatis parte scriptus est pro ea tamen parte iubeatur contentus esse certis rebus quarum æstimatio eius partis æstimationi non respondeat: quo tamen casu perinde tenetur oneribus omnibus hereditariis pro ea parte ex qua scriptus fuit, acsi pro eadem parte haberet competentem bonorum portionem, *l. ex facto* 35. D. *de hered. instit.* vt appareat nihilominus esse illum & intelligi pro ea parte verè heredem. Ergo quod scriptum est in *Authent. si modò. C. famil. ercisc. Si modò subiiciatur huic scripturæ vel ipsius parentis vel omnium, inter quos fit partitio, liberorum subscriptio*, non ita accipiendum est, quasi ad confirmandam patris schedulam quamlibet nihil intersit an pater ipse an liberi subscripserint, sed restringendum necessariò est ad eam scripturam quæ solam bonorum diuisionem contineat, Vt constat ex *Nouell.* 18. *de trient. & semiss. cap.* 7. §. *& quod sæpe*, *Vnde sumpta est dict. auth. si modò, & ex dict. Nouell.* 107. §. *quia verò*, vbi eadem illa prior Iustiniani constitutio & refertur & confirmatur. Nam ea quoque Constātini lex ad quam Irnerius accommodauit ius nouū, nō nisi de diuisione loquitur, & de iudicio familiæ erciscundæ, quod etiam titulus ipse ostendit, sub quo lex posita est. Quanquam illud semper cauendum est quod monuimus ne diuisionem hereditatis cum diuisione bonorum confundamus. Etenim Constantini lex quæ patris schedulam inter liberos tuetur quibuscunque indiciis & coniecturis suffultam, illam quoq; diuisionem complectitur, quæ à patre facta sit hereditatis non bonorum. Est enim lex generalis: Iustiniani autem constitutio quæ ad legem Constantini hoc addit vt necessaria sit subscriptio vel testatoris vel liberorum, est quidem etiam generalis,

si disiunctim de patris subscriptione accipiatur, quia nulla est patris scriptura tam imperfecta quæ non etiam hodie defendatur si habeat subscriptionem testatoris, dummodo talem qualem esse illam voluit Iustinianus, id est, quæ & nomina liberorum, & tempus testamenti, & modum vnciarum contineat, sed non æquè si accipiatur separatim de subscriptione liberorum, quãdoquidem sola liberorum subscriptio nunquam sufficit, nisi cùm agitur de ea patris schedula per quam facta sit tantùm diuisio bonorũ. Errauítq; proculdubio Irnerius in concipienda *dict. auth.* si modò vt & alias persæpe, si aliter intellexit, Vt & in concipienda Auth. quod sine. *C. de testam. quemadmodum dicemus in Error. 9. Decad. sequentis.* Vt iam mirandum non sit, ab interpretibus quoque omnibus erratum hîc esse, quos refert & sequitur Iul. Clar. *in §. testamentum. quæst. 24.* qui scilicet Irnerij Authenticas pro Iustiniani legibus vbique acceperunt.

ERROR SECVNDVS.

Si in testamento parentis inter liberos nulli testes interuenerint.

ETSI lex Constantini de qua superiore capite diximus, generaliter habet valere inter liberos quamlibet patris scripturã, etiam quæ legũ sollennitate destituatur, quia tamen nihil cauet nominatim de testibus, quos regulariter in omni vltima intestati quoq; voluntate adhiberi moris sollennis est, *l. vlt. C. de codicill. l. vlt. C. de donat. caus. mort.* hinc dubitandi occasio apud interpretes, An in huiusmodi testamento inter liberos adhiberi testes aliquos sit necesse. Nam neque Theodosij neq; Iustiniani constitutiones circa hæc testamenta subsecutæ, quicquã de hoc cauent. Nisi quod Iustinianus *Nouell. 107. de testam. imperf.* cùm requirit testes in patris volũtate etiam inter liberos facta, quantum ad ea quæ personis extraneis relicta proponuntur, hoc ipso videtur innuere nõ obscurè quantũ ad ipsos liberos nullis testibus opus esse. Atq; ita vulgo interpretes nostri ratiocinantur, quos ferè omnes video in hanc sententiam cõuenire, teste Andr. Gayll. *lib. 2. pract. obser. c. 112.* Solus inter eos, qui præcipuę sunt autoritatis, Iacobus Cuiacius consultatione prima contrariam sententiam induxit. Non posse voluntatem patris valere ne quidem inter liberos si non habeat testium sollennitatem, quippe quæ tam necessaria est ad testamenti validitatẽ, vt ipsum etiam testamenti nomen ab ea fluxisse videatur: implicétq; contradictionẽ vt dicatur testamentum ea dispositio quæ nullis testibus fulciatur. Neq; sanè potest negari quin vulgaris regula iuris faciat pro viro doctissimo, cui proinde ad victoriã posset sufficere, quod nihil hac de re ab Imperatoribus constitutũ esset, Vt verò sibi primùm, deinde aliis hoc persuadeat, legem Constãtini sic eludit vt dicat, sufficere quidem hodie ex ea lege qualiacunq; indicia & quaslibet coniecturas voluntatis paternæ vt habent verba constitutionis, sed eiusmodi verbis non excludi necessitatẽ adhibendorum testiũ, non magis quàm cùm dicimus fideicommissum etiã nutu relinqui posse, *l. & in epistola 22. C. de fideic.* Theodosianam autem constitutionem negat facere ad propositam quæstionẽ, quia loquatur tantùm de testamento imperfecto, id est, vt eadem ipsa lex interpretatur, quod finem suum non habeat, subscriptiones nimirum & signacula testium, quæ sicut alia planéque diuersa, ita longè minor sollennitas est

quàm

quàm testium adhibendorum. Postremò ad Iustiniani Nouellam constitutionem respondet, Ex ea potiùs apparere non id velle Iustinianum, vt nulla prorsus sollennitas hodie necessaria sit in huiusmodi testamentis parentum inter liberos. Porrò si qua superſit, non posse dici sublatam illam quæ omnium potissima esse existimetur. Quod ait de Theodosij constitutione verissimum sanè est, maléque à nonnullis ex eo refellitur, quod Iustin. *dict. Nouell.* 107. scribit Theodosium idem constituisse in matribus & ascendentibus vtriusque naturę, quod Constantinus primùm in patribus solis constituerat, Quasi Iustiniani sensus sit tam generalem fuisse Theodosij quàm Constantini legem, vt proinde sicut Constantini ita & Theodosij constitutio causas omnes complectatur, ex quibus alioqui testamentum iure communi valere non posset. Quod certè non ita est, si Theodosium constitutionis suæ vt autorem ita & interpretē habere volumus. Ad vnū enim illum casum Theodosij lex coarctata fuit quo patris testamentúm esset imperfectum, eo prorsus sensu quem tradit vir doctissimus, cùm tamen Constantini lex sit generalis. Neque video cur necesse sit petere ex Iustiniano quid Theodosius cōstituerit, cùm totam ipsam Theodosij legem habeamus, eámque tam apertis verbis de eo tantùm testamento quod imperfectum sit conscriptam, vt nec Iustiniano ipsi aut Triboniano quantumuis plerunq; caliganti aliter videri potuerit, si Theodosij mentē scrutari magis quàm pro arbitrio supplere aut hic aut ille voluisset. Nam & quod Theodosium constituisse Iustinianus refert, probántq; ipsa Theodosij verba, vt idē iuris esset in parentibus vtriúsque sexus, quid prohibet coangustari ad eum ipsum casum ad quem constitutio coangustatur. Aut quomodo fieri potest vt latiùs pateat ea parentum vtriúsq; sexus similitudo à Theodosio primùm inducta, quàm reliqua pars legis Theodosianæ? Cuius contextum totum & seriem quisquis inspiciet facilè obseruabit, nihil minùs agere Theodosiū, quàm vt de quibuslibet parētum scripturis inter liberos confirmādis quicquā tractaret. Sed cùm ex professo ageret de testamentis imperfectis, quibus neq; signacula neq; subscriptiones testiū adessent, eáq; valere nō pateretur, coactus fuit excipere testamenta patrum inter liberos, ne alioqui nimis generali constitutione legem Constantini abrogasse videretur, tùm per occasionem magis quàm ex proposito matrum quoque testamentis imperfectis fauere, in eoque solo Constantini legem extendere quam in reliquo sufficiebat conseruatam & intactam reliquisse: Illum namque casum lex Constantini disertè expresserat quo testamentum patris cœptū duntaxat neq; impletū proponeretur. Quod ipsum quid aliud est dicere, quàm quo testamentum patris imperfectū esset. Itaq; in hoc quidem casu admittendū necessariò est Theodosiū id ipsum in matribus cōstitutū voluisse, quod in patribus sanxerat Cōstantinus: Sed non ideo fatebor tā generalē esse Theodosianæ quā Cōstātinianæ legis sentētiā siue in patribus siue in matrib. quādo nec id euincūt verba legis, quæ de imperfecto dūtaxat testamēto specialiter, vt diximus, loquūtur, nec tāta ratio est fauendi matribus æquè ac patribus in hoc vt quælibet scriptura sufficiat ad conseruandam ex indiciis & coniecturis quibuscunque matris inter liberos voluntatem, quanta est fauendi quod ad causam tastamenti imperfecti, quia quod testamento imperfecto defuit, vt perficeretur, suppleri potuit & debuit aliunde quàm à persona ipsa quæ testatur, nimirum ab ipsis testibus, nec facit eius sollennitatis omissio ne minùs clara sit volūtas testātis,

quàm si testamentum plenissimè perfectum esset: Nemo autem negauerit fauorabiliorem esse voluntatē, quæ clara & aperta licèt minus sollennis est, quàm quæ nec clara nec sollennis, Cuiusmodi illa est quæ per indicia tantùm & coniecturas colligenda est ex scriptura sollennitatibus necessariis destituta. Ego igitur sentio cum Iacobo Cuiacio contra interpretes adeóq; contra Iustinianum ipsum [nam proculdubio contra Cuiacium sensit hac parte Iustinianus] circa hanc Theodosianæ legis interpretationem, Scilicet non nisi de testamentis imperfectis egisse Theodosium, ideóque nullum ex ea lege argumentum sumi posse ad probandum quòd hodie non sit necessaria sollennitas adhibendorum testium in testamento inter liberos, cùm sit hoc extra causam imperfecti testamenti, faciátque potiùs vt numquam cœptum testamentum videri debeat, quàm vt numquam completum. Nam quemadmodum subscriptiones & signacula testiū ad finem testamenti pertinent, vt ait constitutio, ita & necesse est ab interuentu & rogitu testium incipere testamentum vt sollenniter cœptum dici posit, sicuti constat ex veterem illa formula quæ sollènnis erat testatoribus ad testes rogandos. At nō illud æquè probare possum quod vult vir doctissimus, necessarios esse testes ad defendendam patris inter liberos voluntatem. Doleóque sanè quòd tanto viro tam infeliciter cesserit, vt prima statim consultatione in tam grauem impegerit errorem. Video enim pragmaticorum nostrorum inscitiam captare hinc occasionem sibi gratulandi, & in nobilissimos quosque iuris professores insultandi, quasi vix alij vlli sint ineptiores ad respondendum in foro de iure ex ipsa etiam iuris ratione nedum ex praxi, quàm qui ius ipsum in scholis docent. Quanquā si non pro iis responderemus ad Cuiacij obiectionem illam de testibus in fideicommisso quoque quod solo nutu relinquitur adhibendis, vix futurum puto vt ex toto eorum grege quisquam bene respōdere posset. Certè nemo hucusque fuit quem viderim qui bene responderit. Nec facilè possum videre quid responderi posit ab eo qui cum interpretibus sentiat sic accipiendas esse istas Imperatorū constitutiones, vt testamenta imperfecta omnibúsque sollennitatibus destituta defendantur iure testamentorum inter liberos, & vt eæ constitutiones ad nuncupatiua quoque testamenta pertineant. Quomodo enim fieri potest vt testamentum vllum defendatur testamenti iure sine testibus? Aut vt voluntas testamento nuncupatiuo declarata probari posit aliter quàm per testes? At nos qui contrà defendimus testamenta ista non ad aliud prodesse quàm defuncti voluntas ab intestato conseruetur, nec ad nuncupatiua extendi constitutiones oportere, de quo in sequentibus dicemus, facilè respondemus, Non potuisse Constantinum necessariam putare in huiusmodi testamentis sollennitatem testium, cuius scilicet temporibus ita ius erat, vt nulla intestati voluntas, quæ modò per scripturam probaretur, egeret testibus, sufficerétque fidem scripturæ constare, quæ vtique constare poterat, aut per testes etiam qui scriptionis tempore non adfuissent, aut per comparationem literarū, si scripturę veritas in dubiū vocaretur, vt alio iā loco à nobis probatū est, *l. vlt. in princ. De legat. 2. iunct. l. cùm pater 77. §. donationis eod. l. cùm quis decedens 37. §. pater. de legat. 3.* Nec repugnat quod in dict. *l. & in epistola scriptum est, adhibitis testibus.* Referenda enim sunt ea verba nō ad id quod in principio legis Imperatores Diocletianus & Maximianus rescripserunt & in epistola & in libello fideicommissum relinqui posse, quomodo malè Cuiacius videtur intel-

intellexisse, sed ad id quod sequitur etiam sine scriptura immò & nutu fideicommissum posse dari, quia quod sine scriptura, & multo magis quod nutu tantùm datur, si testes non sint adhibiti, nullomodo probari potest, Neque nouum est, vt ad proxima tantùm referri debeat quod ad omnia referri nequit, quoties præsertim diuersa eorum ratio est. Etsi verò primus Theodosius cõstituit posteà, vt in omni vltima voluntate excepto testamẽto, quinq; testes siue rogati fuerint, siue fortuitò venerint, debeãt adhiberi, *d.l.vlt.C.de codicill.* non ideò tamẽ idipsum cõstituisse videri potest de vltima parẽtis intestati voluntate inter liberos, quippe quã nulla noua iuris sollennitate constrictam noluit, non magis quàm Constantinus, cuius constitutionẽ non solùm confirmatam hac parte, sed etiam auctam voluit fauore parentũ, vt melioris essent hodie conditionis, quàm illos esse Constantinus voluisset: qui tamen essent longè deterioris, si volũtas eorũ hodie nõ defenderetur nisi adhibitis testibus, quos Constantini lex nullos requirebat. Idẽ ergo de nouella quoque Iustiniani constitutione iudicium esse debet, vt quamuis non omnẽ omnino sollennitatem ex parentum testamentis sublatã esse Iustinianus voluerit, de adhibendis tamen testibus non cogitauerit, de quibus nec Cõstantinus, nec Theodosius cogitarant. Idq; apparet sanè non obscurè ex eo, quod Iustinianus eadem Nouella cùm tractat de iis quæ personis extraneis relicta sint non omittit sollennitatem illam testium adhibendorum, quam tamen omiserat tractans de parente inter liberos testante. Cur enim tam variè locutus fuisset, si ius idem vtroque casu constitutum voluisset? vt non dissimiliter idem Iustinianus circa voluntatem testatoris interpretandam argumẽtatur in *l.vnic.§.vbi autem.versic.sin autem ad deficientis C.de caduc.tollend.* Quot verò testes Iustinianus requirat quantum ad extraneos, alia quæstio est de qua dicemus *in Errorem 3. Decadis sequentis.*

ERROR TERTIVS.

De parentum voluntate minùs sollenni inter liberos testati an intestati iure defendenda. Et quid si parens inæqualiter bona sua diuiserit.

PRAECIPVA hæc quæstio est in toto tractatu isto, De testamentis imperfectis inter liberos, & ab interpretibus nostris variè tractata. Etsi enim omnes consentiũt ex testamento siue imperfecto siue qualibet alia iuris sollennitate destituto defendendam esse patris inter liberos voluntatem ex Constantini, Theodosij & Iustiniani constitutionibus, de quibus proximo capite disseruimus. Nisi quod nonnulli volunt omnimodo adhibendam esse testium sollennitatem, Non tamen inter eos conuenit an defendatur ea voluntas iure testati an potiùs iure intestati. Sunt qui velint defendi iure intestati, sed hi perpauci, Accursium secuti ad *§.ex imperfecto.l.hac cõsultißima.C.de testam.* Alij verò, id est, ferè omnes volunt hoc esse priuilegium testamenti inter liberos conditi vt iure testamenti defendatur saltem post Iustiniani *Nouell.107.de testam.imperf.* Quam crebriorem esse nostrorum traditionem ad *d.§. ex imperfecto* tam certum est, vt apud eos qui non in alio laborant quàm vt inuestigent quęnam communior sententia sit, nullus in hac quæstione dubitationi locus relictus esse videatur. Mihi Accursius noster vt in cæteris plerisque, ita & hac in re senti-

per visus est longè meliùs sensisse. Nam si Constantiniani legis verba respicimus, vt sunt illa potissimùm attendenda, tanquam quæ primùm hoc ius nouum induxerint, non potest meo iudicio negari quin idem senserit ille quod Accursius, in illo loco *d.l.vlt.C.famil.ercisc.licèt ab intestato ad successionem liberi vocentur.* Quid enim potuit scribi apertius, vt intelligeremus liberos hoc casu succedere patri ab intestato, nec esse nouum, vt voluntas testamento declarata defendatur, nec tamen ex testamēto, sed ab intestato. Neque potest responderi quod vulgo respondetur intelligendum Constantinum de illo casu quo heres nemo institutus sit in testamento. Repugnant enim verba illa constitutionis, *siue cœptum neque impletum testamentum*, cum temporibus Constantini ius ita esset, vt testamentum ab heredis institutione incipere oporteret. *§. ante heredis. Inst. de legat.* Repugnare etiam plerique putant, quod eadem constitutio habet, ex eiusmodi voluntate in testamento imperfecto, aut aliter minùs sollenni declarata succedentes liberos si fideicommisso aliqui inuicem grauati sint, cogendos quidem fideicōmissum præstare, sed seruato senatúsconsulti auxilio. Quasi non posset esse locus senatusconsulto Trebelliano, cuius (inquiūt) fit ibi mētio si nullus esset heres institutus. At mihi replicatio hæc nō probatur, cùm ab intestato quoq; fideicommissa etiā vniuersalia relinqui possint, & ob eā causam lex falcidia protracta sit etiam ad causam intestati per constitutionē Diui Pij quā Paulus refert in *l.filiusfamilias 18.D.ad leg.falcid.* Nec enim senatuscōsultū Pegasianū quod primū induxit ius quartæ ex fideicōmisis siue vniuersalibus siue singularibus retinēdæ, quódq; Constātini tēporibus nondū erat abrogatū, trāsfusúmq; in Trebellianū, quicquā cauerat de fideicōmisis quæ ab intestato relicta essēt: Siquidē de iis solis egerat, de quibus senatuscōsultū Trebellianum factū erat, ac proinde quæ ex testamēto relicta proponerētur, nō quæ ab intestato *l.1.D.ad SC.Trebell.* In eoq; alius istorū error est qui verba illa Cōstātini, *seruato Senatuscōsulti auxilio*, de Trebelliano intelligūt, quæ intelligi proculdubio debēt de Pegasiano, cùm nō aliū sensū habeāt quàm hunc, *resēcta quarta*, quartæ autē retētio ex Pegasiano sit nō ex Trebelliano, nisi ex quo tēpore sublata est potestas Pegasiani trāslatáq; in Trebellianū, quod Iustinianus primus fecit nō Constātinus. Planè cùm senatuscōsultū vtrūq; & Trebellianū & Pegasianū habeat locū etiā facto testamēto, isq; vnus casus senatuscōsulti vtriusq; verbis designatus sit, nulla prorsus ratio est cur Cōstātini lex quę speciē illā cōplectitur, in qua senatuscōsulti auxilio locus esse possit, restringatur ad causā intestati, aut quod idē est ad eā scripturā in qua nullus heres institutus proponatur. Illud verò lōgè improbabilius est, quod iidē respōdēt, Posse quidē filios heredes à patre institutos in scriptura minùs sollēni succedere ab intestato. Sed tamē nō prohiberi etiā ex testamēto succedere si velint. Etsi.n. nō nego fieri posse vt quis ius habeat succedēdi siue ex testamēto, siue ab intestato, si fortè idē sit & testamētarius heres & legitimus, qui sēsus est *l.quoties duplici 91.De reg.iur.* id tamē nō aliter obtinet quā si testamentaria successio prius repudiata sit siue expresse siue tacitè. *l.illud dubitari 77.D.d a q.her.* quia quādiu ex testamēto adiri hereditas potest, ab intestato nō defertur. *l.quādiu potest 39.eod.* Itaq; nunquā verum est vocari ad successionem intestati eum, qui vocatur ad successionē testati, quandoquidē vocatio est ex lege hereditatē deferēte, quā porrò ex vtroq; iure testati simul & intestati nūquā lex defert. Atqui constitutio Cōstantini cū diserte casum

exprimit

exprimit quo liberi vocentur ad succesionem ab intestato. Ergo excludit illum quo possint iidem succedere ex testamento etiamsi maximè velint. Alioqui debuerat Constantinus scribere, *licèt ab intestato succedant liberi*, non quomodo scriptum est *ad successionem liberi vocentur*. Relatis scilicet verbis ad acquisitionem hereditatis, & ad factũ liberorum non ad ius successionis. Lex autẽ Theodosiana etsi non tam apertè exprimit quod liberi ex testamẽto imperfecto succedant ab intestato, cùm tamen Constantini supradictam legem supponat, non aliam vtiq; recipere potest interpretationem, vt à nobis superiore capite satis disputatum est. Nihil enim noui Theodosius induxit, nisi vt quod in solis patribus Cõstantinus sanxerat, in vtriusque sexus parentibus obtineret. Nimirum eo ipso modo quo fuerat à Constãtino in patribus constitutum. Fiétque hoc probabilius si iungas quod in *§. vlt.* eiusdem Theodosianæ constitutionis scriptũ est, Si quis duo testamenta fecerit, prius sollenne & perfectũ, posterius minùs sollenne & imperfectum, & in priore quidem eos heredes scripserit, qui ab intestato ad testatoris succesionẽ venire non poterant, in secunda verò voluntate eos scribere instituerit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, prius testamentũ infirmetur, secunda verò voluntas non quasi testamentum, sed quasi vltima voluntas intestati seruetur. Eadem namque ratione dicendum est institutis liberis in scriptura, siue imperfecta, siue quę alia qualibet ratione minùs sollennis esse videatur, sufficere parẽtibus debere quod ex priuilegio ab Imperatoribus indulta voluntas eorum seruetur iure voluntatis intestati, non etiam iure testamenti. Nam nec videntur Imperatores tam ad id respexisse vt testamentis fauerent quàm vt testatoribus, neque rursum vt parentibus fauerẽt, tam moti sunt fauore parentũ aut liberorum quàm ratione illa, quòd ea omniũ fauorabilissima voluntas videretur, quæ inter eos tãtùm obtineret, qui ab intestato essent successuri, siue essent ij liberi, siue agnati, aut in alio genere gradúve legitimorum heredũ. Quæ porrò ratio nequaquã euincit vt custodienda sit ea voluntas iure testamenti, sed tantùm vt iure intestati. Neque idcirco nullũ aut paruũ priuilegiũ videri debet, quod induxit Constantinus, cùm si eius cõstitutionis autoritas nõ esset, non magis ab intestato quàm ex testamento defendi ea volũtas posset, non solùm quæ declarata esset in ea scriptura, quã testator iure testamẽti valere putasset aut voluisset, verũ etiã quę in codicillis tanquã ab intestato factis, si cœpti tantùm illi non autem perfecti fuissent. Non enim, vt voluntas quælibet iure intestati defendatur, illud sufficit quod ex testamento valere non possit, nisi etiam concurrat vt ab intestato eam valere voluerit is qui testamentum fecit. *l. 1. D. de iur. codi. l. vlt. C. eo. l. Titia. 13. D. de inoff. testã.* Nec rursus ab intestato factos fuisse codicillos sufficit vt valeant, nisi sint perfecti, si vulgarem iuris rationẽ intueare & hunc casum excipias de parentis siue imperfecta siue minùs sollenni voluntate qualibet inter liberos cõseruãda ex legibus Cõstãtini & Theodosij. Etsi autem Iustiniani cõstitutio Nouella *de testam. imperfect.* quæ totum hoc ius ita cõfirmauit, vt tamen aliqua ex parte immutauerit, frequentẽ facit testamenti mentionẽ, nihilomagis interpretationem illam admittit vt parentis testamentum iure testamenti defendatur. Nam cùm Iustinianus non id egerit vt testamentorum huiusmodi imperfectorum fauorem ampliaret, sed potiùs vt restringeret, quemadmodum in præcedentibus disputauimus, absurdum sanè fuerit existimare post eam Iustiniani constitutionẽ defẽdi iure testamẽti parẽtis

inter liberos voluntatem, cui non aliud priuilegium Constantinus & Theodosius datum voluerant, quàm vt intestati iure defenderentur. Interpretes nostros quotquot hunc errorem secuti sunt, id vnum fefellit, quod testamentum à voluntate non distinxerunt, nec quicquam interesse putarunt, an dicamus valere testamentum, an verò valere voluntatem, præsertim testamento declaratam, cùm tamen sint ista longè diuersa, & ab ipso etiam Iustiniano in fine *§. & siquidem. eiusd. Nouell. separata.* Omne testamentum voluntas vltima est, aut si maius voluntatis nostræ iusta sententia vt habet definitio testamenti. At non è conuerso vltima omnis voluntas testamentum est, cùm etiam ab intestato fieri possit, putà per codicillos nullo testamento confirmatos aut per epistolam: cuius quoque meminit *d.l.vlt.Cod. fam.ercif.* quæ lex cùm casus istos omnes coniungat, siue testamentum cœptum & inchoatum, neque perfectum sit; siue (inquit) codicillus aut epistola parentis esse memoretur, omnino consequens est, vt quemadmodum codicillis ab intestato factis declaratam voluntatē aut per epistolā, nemo nullam esse dixerit posse defendi iure testati: ita neq; illam possimus dicere ex testamento tuendam quæ declarata sit in testamento minus solemni & imperfecto, vel ex vulgatissima illa interpretum nostrorum traditione, quæ in pluribus determinabilibus (vt loquuntur) æqualem vult fieri determinationem. Pro interpretibus tamen illud valde vrgere videtur, quòd Iustiniani Nouell. loquitur de legatis in eiusmodi testamento imperfecto extraneæ personæ relictis, eáque valere vult si coram testibus fuerint data: cùm tamen certum sit ex ratione iuris non posse legata relinqui ab intestato, in eoque differre à fideicommissis. Sed responderi potest Iustinianum ad id respexisse; quòd iam tum sustulerat omnes differentias legatorum & fideicommissorum. *l.2. C. commun. de leg.* Ex his verò intelligimus valde otiosam & ridiculam esse quæstionem quæ à Doctoribus nostris tanta contentione agitatur, An supradictis Imperatorum constitutionibus locus sit, si parens inter liberos bona sua inæqualiter diuisisse proponatur. Etsi enim non nego fauorabilem esse, seruandámque quantum fieri potest inter liberos æqualitatem, siue eiusdem siue diuersi sint matrimonij, cùm tamen ab intestato eam æqualitatem lex ipsa constituat, quid prodesset factam esse à patre diuisionem, eámque à lege comprobari si non aliter valeret, quàm seruata inter liberos æqualitate? Neque verò ad solum fauorem liberorum respexerunt Impp. qui hoc ius nouum constituerunt, vt falsò supponunt qui pro æqualitate ista sentiunt, vt nec ad solum fauorem parentis, quomodo in contrarium multi malè argumentantur, sed ad coniunctum fauorem liberorum, parentis & vltimæ voluntatis. Quare nec illa distinctio probanda est, an inæqualitas magna sit an modica, licèt ita sentiat Iul. Clarus in *§. testamentum. quæst.* 14. *num.* 8.

ERROR

ERROR QVARTVS.

De testamento nuncupatiuo minus solemni, inter liberos.

CVm minùs frequens sit hodie vsus eorum testamentorum, quæ in scriptis appellantur, frequentissimus verò eorum quæ per nuncupationem fiunt,licèt ad futuram perpetuámque rei memoriam per notarios conscribantur: parum vtilis esset quæstio illa quam in præcedentibus tractauimus, De imperfectis minúsq; solemnibus parentum inter liberos testamentis per scripturam conditis, nisi hæc subiiceretur de nuncupatiuis:An ob id quod inter liberos facta sint,defendi debeant iure non quidem testamenti, sed saltem intestati, quamuis non habeant debitas solemnitates. Etsi enim testamentum nuncupatiuum longè pauciores solemnitates requirit,quàm testamentum in scriptis;quod ideo solemne appellari solet propter subscriptiones & signacula testium,habet tamen & ipsum sua solemnia, inter quæ illud præcipuè vt non possit fieri nisi coram septem testibus masculis & puberibus in eam rem vocatis & rogatis, qui testatoris voluntatem tanquam testamentum sine scriptura facientis audierint, vt loquitur Theodosius in *d.l.hac consultißima.21.§.per nuncupationem.C.de testam.* Huic autem quæstioni de minùs sollemni testamento nuncupatiuo patris inter liberos causam illud dedit,quod neque Constantini,neque Theodosij,neque Iustiniani leges de alio testamento loquuntur quàm quod per scripturam factum sit, vt proinde temerarium videatur eas ad nuncupatiua testamenta producere: At ex alia parte fauor vltimæ voluntatis iunctus cum fauore parentum & liberorum suadere videtur, vt putare debeamus parum interesse, an de testamento in scriptis agamus,an de nuncupatiuo,cùm nec quicquam referre Constantinus voluerit an de testamento agatur, an verò de epistola vel codicillis, quorum tamen fauorabilem causam nemo dixerit esse debere,quàm testamenti nuncupatiui. Inter omnes siquidem vltimas voluntates primum sine dubio locum illa obtinet, quæ fit per testamentum siue in scriptis illud fit, siue nuncupatiuum. Pauci sequuntur opinionem Martini antiqui glossatoris, qui negabat eas constitutiones ad testamenta nuncupatiua pertinere. Communior enim nostrorum sententia est æquè in foro atque in scholis recepta testamenta nuncupatiua parentum inter liberos non solùm eodem priuilegio gaudere quo testamenta in scriptis,sed hoc amplius,quòd nec indigent forma Nouellæ constitutionis,at quoquomodo confecta sint custodi ei debent dummodò ex indiciis,coniecturis & aliis quibuscunque modis constare possit de patris inter liberos voluntate, licèt vltima hæc voluntas omni legum sollennitate destituta proponatur.Sic namque post alios Iulius Clarus in *§.testamentum.quæst.*11.Huiúsque opinionis probationem sumere nostri solent non aliunde quàm ex *d.l.vlt. C.famil.ercisc.*quasi eius constitutionis sententia sit generalis ad confirmandas quaslibet parentum inter liberos dispositiones,quantumcunque iuris solennitate destitutas.Nisi quòd addunt eandem æquitatis rationem qua optimus Imperator motus fuit æquè locum habere in vtroque genere testamenti, siue ad fauorem vltimæ voluntatis respicias[tam enim vltima voluntas est,quæ per nuncupationem,

quàm quæ per testamentum in scriptis declaratur] siue ad fauorem parentis testantis, aut etiam liberorum. Non desunt tamen quibus religio sit tam nouam opinionem indistinctè admittere, quæ nullius constitutionis autoritate nitatur, sed qui putent distinguendum an testator literas sciuerit, an ignorauerit, vt si sciuerit non alias testamentum ipsius imperfectum inter liberos conditum obtineat, quàm si eam formam obseruauerit, quæ præscripta est à Iustiniano *Nouell.107. De testam. imperf.* Si verò literas ignorauerit, non eo minùs valeat testamentum quòd ea Nouellę forma seruata non sit, quia, inquiunt, de eo qui literas ignorat non loquitur Nouella Iustiniani. Quam distinctionem primus, vt puto, induxit Philipp. Corneus *cons.218. lib. 3.* sed hęc distinctio vulgo improbata est, tanquam quę testamenti nuncupatiui fauorem impugnet, qui semper idem est siue literas parens sciuerit siue ignorauerit. Ego sanè distinctionem hanc non probo quam neque rationis neque constitutionis vllius autoritate niti video, sed quemadmodum interpretes indistinctè pro testamento nuncupatiuo respondendum esse putant: Ita ego ex contrario pro huiusmodi voluntatis inualiditate, Adeóque ex ea ipsa ratione qua mouentur illi vt contra nos sentiant, Nempe quia de testamento in scriptis tantùm, aut vt meliùs dicam, de illa solum voluntate, quę in scripturam testantis collata sit, omnes eę leges loquuntur, ex quibus tamen huiusmodi voluntatis per nuncupationem declaratę confirmatio inducenda esset: Constantini scilicet, Theodosij & Iustiniani. Ac de duabus quidem posterioribus omnes fatentur. De Constantini verò lege sunt qui aliter sentiant, & quos non pudeat scribere, probari manifestè communem opinionem ex *d. leg. vlt. Cod. famil. ercisc.* Quos ego certè mirari satis non possum, qui non viderint, aut perpendere noluerint verba illa *d. leg. vlt. Scriptura quibuscunque verbis vel indicijs inueniantur relicta* Iis namque verbis tota legis sententia restringitur, nec quicquam in ea constitutione est, quod ad testamenta nuncupatiua vel accommodari vel trahi possit. Fateor [quod istos, ni fallor, decepit] Constantini legem non esse restrictam ad testamenta in scriptis de quibus tamen solis & Theodosij & Iustiniani Constitutiones loquuntur, sed ad cæteras quoque vltimas voluntates pertinere etiam quæ extra testamentum in scriptis conditum scriptæ sint, putà in epistola vel in codicillis. At nego posse idcirco produci ad testamenta nuncupatiua, cùm verbis supradictis restricta sit ad eam voluntatem quæ per patris scripturam probetur: quæ res nihil commune aut simile habet cum testamentis nuncupatiuis, quorum substantia & probatio tum quoque cùm in scripturam redacta sunt, non ex scripto tamen pendet aut æstimatur, sed ex nuncupatione quam propria lingua & voce testator fecerit, testésque audiuerint, *leg. heredes palam 21. D. qui testam. facer. poss.* Neque possum intelligere quam rationem habeat ea collectio qua nostri vtuntur, cùm dicunt, ideo nullam esse necessariam in testamentis nuncupatiuis inter liberos conditis obseruationem, quod Iustiniani constitutio, quæ prima post Constantini tempora istiusmodi testamentorum sollennitates introduxit, non loquitur, nisi de testamento in scriptis. Quasi verò ex sola Iustiniani constitutione sit, non etiam ex iure communi vt testamenta nuncupatiua inter quoscunque tandem facta, id est, siue inter liberos, siue inter extraneos suas habeant sollennitates. Posset quidem hoc verè dici, si lex Constantini quæ omnes omnino testamentorum sollennitates ex parentum

rentum inter liberos testamentis sustulit, de testamentis quoque nuncupatiuis locuta fuisset, quoniam eo supposito non quid ante Constantinum obtinuisset, sed quid post Constantinum immutatum esset, quæri oporteret: ac proinde quid Iustinianus voluisset, qui & primus & solus id ius Constantinianum immutauit, quod medius inter Constantinũ & Iustinianum Theodosius auxerat, potiùs quàm immutauerat. At nos iam ostendimus Constãtinum non tam de testamento, quàm de scriptura patris de patrimonio suo inter liberos disponentis legem tulisse, atque ita nihil minùs quàm de testamento nuncupatiuo sensisse. Non ergo quid ex Cõstantini lege à Iustiniano immutatum sit inspiciendum est, sed quid ante Constantinum obtinuerit, quoties de testamenti nuncupatiui iure ac viribus disputatur. Nec iam est quod quis contra nos moueatur ex verbis illis Nouellæ Iustiniani, *si literas sciat*. Non enim hunc sensum habent, quasi ab eo qui literas nescit, quem proinde inspecto eo iure quod tunc obtinebat, per nuncupationem testari necesse esset, aut nullas prorsus, aut leuiores pauciorésve sollemnitates adhiberi Iustinianus voluerit, sed hunc è contrario, vt in tali testatore nullus priuilegio locus esse possit, neque dubitationi quin omnes eæ omnino sollennitates quæ in extranei cuiuslibet testamento nuncupatiuo necessariæ sunt, etiam in parentis quantumcunque inter liberos disponentis testamento exigantur, quemadmodum in primum huius Decadis Errorem interpretati sumus, nisi forte interpretibus quoque hoc indulgere volumus vt agant Imperatores. Illa tantùm obiectio nobis diluenda superest quam sumunt interpretes ex rationibus æquitatis, & fauore testamentorum: quòd testamento nuncupatiuo rationes istæ non minùs conueniant quàm ei quod factum est in scriptis. At facilis erit responsio si inter hæc tam diuersa testamentorum genera diuersitatis rationem aliquam afferemus. Occurrit verò statim quod dicamus testamentorum siue in scriptis siue per nuncupationem faciendorum sollennitates non aliam ob causam introductas esse, quàm vt in re tanti momenti tótque fraudibus obnoxia, [de cuius scilicet veritate ac viribus disputatur defuncto iam eo qui testamentum fecisse dicitur] omnis falsi committendi ratio præriperetur, *l. iubemus. 29. vers. si enim. C. de testam.* Vnde etiam fit vt in iis vltimæ voluntatis speciebus quæ minoris momenti esse existimantur: propterea quod in iis hereditas dari non possit, cuiusmodi sunt codicilli, epistolæ, donationes causa mortis] etsi quæ sunt aliæ huius generis, vel nullæ prorsus sollennitates vel saltem pauciores, ac vt ita dicam tenuiores requirantur. Atqui nemo nescit, quod experientia quotidiana summo multorum malo docet, multo maius falsitatis periculum subesse in iis probationibus quæ per testes, quàm in iis quæ per scripturam fiunt. Adeò vt hanc ob causam pleraque sint in iure nostro quorum probatio per scripturam permissa, per testes prohibita est, vt in specie *l. penult. Cod. si minor se maior. dix. er. l. testium facultatem, 18. Cod. de testib.* Quid enim facilius quàm duos aut tres testes reperire qui dicant se audisse patremfamilias inter liberos suos hoc vel illo modo disponentem? Neque verò cuiusquam magis interest quàm & parentum ipsorum & liberorum ne ita ius constituatur vt in parentis testamento nuncupatiuo nullæ sint necessariæ sollennitates, quomodo in testamentis militaribus solebat dicere Traianus, cuius rescriptum perelegans & ad rem nostrã valde accommodatũ extat in *l. Diuus. 24. D. de test. milit.* Cũmq; Iustinianus ea potissimũ ratione motũ se profiteatur

vt in parentum testamentis per scripturam faciẽdis aliquas sollennitates requirat, quas neque Constantinus neque Theodosius vllas exegerat, quòd videret plerunque defunctorum voluntates diuinari, quo absurdius dici nihil potest quis non videt plus quàm diuinationem, hoc est, merum commentum fore, si hoc ius inducamus vt testamentum nuncupatiuum parentis inter liberos quibuscunque indiciis, & coniecturis probari possit, & consistere, licèt omni legum sollennitate sit destitutum. Ita enim fiet vt dicendum sit vel vnum testem posse sufficere, siquidem certum est vnum testem quamuis non faciat plenam probationem facere tamen indicium, quinimò si nostris interpretibus plus quàm iuris rationi tribuimus semiplenam probationem: quod tamen adeo absurdum & periculosum est, vt etiamsi prorsus cõsequens hoc sit ei interpretum traditioni, quam nos refellimus, non reperiatur ex ipsis qui adhuc ausus sit dicere: Omnes enim requirunt duos saltem aut tres testes, moti ex illo Euangelij loco. *In ore duorum vel trium stet omne verbum*, quasi sit hæc sollennitas iuris, vt imperitè aiunt, naturalis, quæ nullo iure possit remitti. Ergo tametsi quæcunque indicia & verba sufficere Constantinus voluerit, illa tamen siue indicia siue verba in scripturis esse voluit non in ore testium, cum disertè loquatur de scripturis: Nimirum quia semper minùs suspecta probatio est, quæ fit per qualemcunque scripturam testatoris bene quomodocunque recognitam, quàm quæ per testes quantumuis probatos. Dices ipsam quoque recognitionem per testes fieri debere tùm quoque cum fit per comparationem literarum, ac proinde non minus subesse hìc periculum falsitatis comminiscendæ. *l. comparationes. 20. C. de fid. instrum.* At respondeo longè difficilius esse vt falsum fiat in recognitione scripturæ, quàm in probanda defuncti hominis voluntate, quia potest recognitio faciliùs probari & per plures testes, quàm voluntas, cuius tota probatio petenda sit à testibus, siquidem scripturam recognoscere possunt omnes quotquot eum cuius scriptura profertur scribentem aliquando viderunt, licèt scripturam ipsam, de cuius veritate quæritur, fieri non viderint. Et ex iis etiam qui scribentem numquam viderunt, isti qui tantæ sint peritię vt ex characteris forma & literarum comparatione eandem hominis quantumlibet ignoti manum possint agnoscere. Ex quo fit vt non tam facilè possint reperiri testes qui circa recognitionem scripturæ velint id falsò dicere, quod postmodum alij tam multi possint obseruare, certissiméque adfirmare falsò dictum esse. Nam quo faciliùs falsum vt & aliud crimen quodlibet detegi potest, eo difficiliùs committitur. Voluntas verò defuncti hominis de qua non extet scriptura vlla, sicuti per alios testes probari non potest quàm qui se præsentes fuisse audeant dicere, Ita si per aliquos falsò probata sit, difficillimè vllas in contrarium probationes admittit: Nec si adsint multi qui dicãt eodem se tempore & loco adfuisse, nec quicquam audiuisse, quoniam sufficit sollennem numerum exaudire, *l. heredes palam 21. D. qui testam. facer. poss.* soláque ferè probandi falsi ratio illa superest, vt probetur testes illos qui se & præsentes fuisse & audiuisse dicunt eo tempore abfuisse vt audire nullomodo potuerint: quod tamen tam certò & tam præcisè probandum est, vt vix quicquam possit esse difficilioris probationis. Hanc verò nostram interpretationem præter illa quæ iam diximus id etiam mirificè probat, quod Theodosius in *d. l. hac consultissima 21. C. de testam. postquam dixit in d. §. ex imperfecto*, voluntatem quæ per testamentum in scriptis conditum sed imperfectum

fectum declarata sit non tenere nisi inter liberos, subiungit statim de testamentis per nuncupationem, vt non aliter valeant, quàm si septem testes simul vno eodémque tempore collecti testatoris voluntatem, vt sine scriptura testamentum facientis, audierint. Neque hîc repetit eandem exceptionem, *Nisi inter solos liberos*, quæ tamen nec prætermissa fuisset nec prætermittenda si putasset Theodosius idem ius in vtroque testamenti genere à Constantino vel constitutum vel constituendum fuisse: Et verò si Theodosius ipse testamentum imperfectum definit, quod à testibus neque subscriptum neq; signatum est, qua fronte possumus eam constitutionem protrahere ad testamenta nuncupatiua, tanquam quæ ipsa etiam imperfecta esse possint, cùm neq; subscriptiones, neque signacula testium pro sollennitate requirant, ne tum quidem cùm ad futuram rei gestæ memoriam scribuntur? Nisi vbi ius municipale instrumentis & scripturis omnibus testes habentibus hanc imponit nouam sollennitatis necessitatem planè à iuris ratione alienam *l. pen. §. penult. D. de pignor. iuncta l. 4. eod. l. 4. D. de fid. instrum.*

ERROR QVINTVS.

De testamento minùs sollenni facto in fauorem liberorum naturalium.

PRAEFANDA essent multa de naturalibus liberis vt hæc quæstio bene intelligeretur, nisi de toto illo iure quod circa naturales liberos & olim obtinuit, & hodie obtinet, separatum ac proprium haberemus tractatum breui edendum ad interpretationem *l. vlt. C. de naturalib. liber.* Satis erit monuisse, *naturalium liberorum nomen*, esse æquiuocum, & idcirco ante omnia distinguendum. Aliquando enim ad eos tantùm pertinet qui in seruitute & ex contubernio nati sunt: quo sensu passim videas à prudentibus nostris dici liberos naturales vt in *l. Lucius Titius 88. §. Damæ de legat. 2. l. naturali 7. D. de confirm. tutor. l. Lucius 45. de vulg. & pupill. substit.* & alibi passim. Nisi cùm naturales dicunt eos quos hodie vulgo naturales & legitimos appellamus ad differentiam adoptiuorum qui legitimi tantùm sunt non etiam naturales, Vt in tractatu de adoptionibus. Aliquando autem naturalium appellatio ad eos refertur qui nati sunt ex concubina, aut ex alio quolibet illicito coitu. Qui sensus etsi neque prudentibus nostris, neque Imperatoribus primis cognitus ante tempora Constantini, vt refert Iustinianus *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. sui.* in vulgari tamen vsu loquendi tam frequens est à temporibus Constantini, quàm vitium ipsum illiciti coitus, ex quo materia & occasio nomine descendit. Potest igitur proposita quæstio ad vtramque naturalium speciem accommodari, quamuis multo vtilius ad posteriorem, cùm prioris generis naturales hodie nulli esse inter nos possint, non magis quàm serui. Placet autem nonnullis ea sententia quæ fuit primùm speculatoris in *tit. de instrum. edit. §. compendiosè*, probata deinde à Paulo Castrensi ad *d. l. hac cõsultissima. §. ex imperfecto. C. de testam.* vt etiam ad huiusmodi filios duntaxat naturales protrahendæ sint Imperatorum Constantini, Theodosij & Iustiniani constitutiones. Ideo fortasse quod sint fauorabiles, & con-

sequenter benigna interpretatione adiuuandæ *vulg. l. cùm quidam 19. D. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. D. de condic. & demonstr.* Præsertim cùm idem Iustinianus in *l. vlt. Cod. de confirm. tutor.* hoc ipsum satis apertè exprimere videatur iis verbis, *Naturalibus liberis prouidentes damus licentiam patribus eorum in iis rebus quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint:* Sensus enim ille plerisque creditur vt sufficiat quoquomodo relictum aliquid esse filio naturali à patre: Ergo etiamsi minùs sollenniter. Alioqui nemo bene sit dicturus, Posse quoquomodo relinqui id quod non nisi sollenniter relinqui possit. Contraria tamen opinio vt verior, ita & communior est, si credimus Iulio Claro in *§. testamentum. quæst. 12. & Antonino Tessauro Decis. Pedem. 94.* Nam quod ad Iustiniani legem attinet, facile est videre verba illa, *quocunque modo*, non ad neglectas iuris communis sollennitates pertinere. Sed ad diuersas relinquendi species, quarum aliæ inter viuos sunt, aliæ ad vltimam voluntatem spectantes. Nam lex illa sicuti facit ius nouum, ita pendet ex eo, quod aliis eiusdem Iustiniani aliorúmque Imperatorum legibus, naturales isti capaces facti erant capiendi à parentibus ex testamento vsque ad certam quantitatem, id est, vsque ad vnciam quidem indistinctè, *leg. 2. Cod. de natur. liber.* supra vnciam autem eo totó casu quo legitimi liberi nulli essent, neque legitima vxor *Auth. licèt eod.* Idque significant etiam verba illa, *d. leg. vltim. dederint vel reliquerint.* Dedisse namque dicitur magis propriè ac ex vsu loquendi, qui dedit inter viuos, reliquisse verò qui in vltima voluntate. Nec Accursius noster ad eam legem hanc interpretationem ignorauit. Ratio tamen illa qua vnica mouentur nostri, vt contra speculatorem sentiant, leuior mihi videtur, quàm vt debuerit eos mouere. Aiunt enim leges quæ de parentis inter liberos siue filios testamento imperfecto loquuntur, non de aliis esse accipiendas, quàm qui verè & propriè filij sint. Filium autem definiri eum qui ex legitimo matrimonio sit natus, *leg. filium. 6. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Quòd si quandóque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes illud exprimi solere ipsis legibus, in hac verò specie nulla id lege expressum fuisse. At si ratio hæc bona veráque esset, sequeretur idem prorsus de adoptiuis filiis dicendum fore quod isti dicunt de naturalibus. Non posse in iis locum habere constitutiones, quæ de imperfectis huiusmodi testamentis scriptæ sunt, cùm æquè verum sit non esse propriè filios illos quos adoptio non natura fecit, at potius commentitios, vt Papinianus vocare illos videtur in *l. fideicommissum. 76. De condic. & demonstr.* cùm ait fideicommissum à filiis relictum sub ea condicione si quis ex iis diem suum obierit sine liberis, adoptionis commento non excludi. Cui nec dissimile valde est quod Vlpianus scribit in l. *si ita quis. 51. §. 1. de legat. 2.* eum cui in tempus liberorum pars tertia legata est, non posse adoptando consequi legatum. Adoptiui námque filij non sunt nati filij, tantum abest vt sint nati ex legitimo matrimonio. At naturales etsi non sunt nati ex legitimo matrimonio hoc tamen amplius habent quàm adoptiui, quod ex illo nati sunt, cuius dicuntur esse filij naturales, vt proinde tanto verius sit filios illos esse. Naturaliter enim esse dicitur id quod reuera est, remota iuris potestate, *l. 3. §. aperire. D. de SC. Silan.* Vnde etiam fit, vt propter liberos naturales plerunque deficiat fideicommissum, quod non deficeret propter adoptiuos, *l. cùm pater. 77. §. volo de legat. 2. iuncl. ex facto. 17. §. si quis rogatus 1. ad SC. Trebell.* Et tamen certum est in

adoptiuis

adoptiuis quoque liberis locum esse legis Constantinianæ, quæ de omnibus illis loquitur, qui sunt sui heredes: quorum numero vtiq; adoptiui non minùs quàm qui naturales & legitimi sunt, continentur. Nam & illis æquè testamentaria ac legitima hereditas debetur, si non ab ea certo rectóque iudicio submoueantur. Non igitur ea sola ratio filios naturales à Constantinianę legis beneficio excludere debet, quod ex legitimo matrimonio nati nō sint, cùm non excludat adoptiuos. Ratio igitur vera quæ pro communi sententia tuenda adferri debuit, & quam nemo adfert, illa est, quòd lex Constantini de iis tantùm liberis loquitur, qui vel sui sunt vel emancipati, quorum neutrū conuenit naturalibus siue ex concubinatu siue etiam ex contubernio susceptos proponamus, quia cùm sui sint ij qui sunt in potestate, emancipati verò qui aliquando in potestate fuerunt, neutrum dici potest de naturalibus istis qui in potestate nec sunt, nec vnquam esse potuerunt, quandoquidem ius patriæ potestatis non est nisi ex iustis nuptiis, *Instit. de patr. potest.* Extra iustas autem nuptias nascitur quisquis vel ex contubernio nascitur vel ex concubinatu, ob idque nec iis substituere pupillariter naturalis pater potest, *d. leg. Lucius 45. De vulg. & pupill. substit.* nec tutorem dare extra casum & formam. *d. leg. vlt. Cod. de confirm. tutor.* quia vtrumque ius & substituendi pupillariter & tutorem dandi proficiscitur ex iure patriæ potestatis. Quāquam autem subsecuta Theodosij constitutio induxisse videtur, vt nihil aliud in liberis inspiciendum sit nisi an sint liberi, non etiam illud an sui sint an emancipati, cùm legem Constantini quæ de patribus tantùm locuta fuerat, extenderit ad matres, maternósque ascendentes, quorum respectu constat liberos neque suos dici posse neque emancipatos, si tamen subtiliùs intueare, non ita est: quoniam iis demum liberis quantum ad matris maternorúmque ascendentium successionem prodesse Theodosius voluit, quamuis nec suis nec emancipatis, quibus scilicet iam Constantinus prospexerat quantum ad successionem patris. Nec enim aliud fecit Theodosius nisi quod Constantini legem de patribus tantùm locutam protraxit ad matres. Ergo iis tantùm liberis prospicere quantum ad matrem Theodosius voluit, qui relatione ad patrem facta vel sui dicendi essent vel emancipati. Atqui non sunt in hoc numero liberi naturales, vt probauimus. Non magis ergo ad Theodosianæ quàm ad Constantinianæ legis siue verba siue sententiam isti pertinent. Et consequenter noua lege opus esset, nouóque Imperatore ad faciendum vt in iis ius idem statueretur, quod in aliis statutum fuit à Constantino, *arg. leg. liberos 18. & l. seq.* in illis verbis *eo quòd nulla constitutio,* &c. *C. de collat.* Idque apparebit euidentiùs si cum hac ratione aliam iungas petendam ab iis quæ à nobis disputata sunt in *Error. 3.* Nempe quod siue Constantini siue Theodosij siue Iustiniani legem consideres non aliud priuilegium liberis datum est nisi vt inter eos voluntas parentis ex testamento, siue imperfecto siue aliter nullo iure intestati defendatur. Ergo nec aliis liberis quàm qui ab intestato succedere possint. Atqui naturales liberi siue ex contubernio siue ex concubinatu suscepti proponantur, numquā succedunt ab intestato. Nisi fortè in duas vncias eo solo casu quo neq; soboles ciuilis neq; legitima coniux superfit, vt scriptū est in *dict. auth. licet patri. C. de natur. liber.* Hoc enim Iustinianus tādē induxit. *dict. Nou. 89. quib. mod. natur. effic. sui.* cùm antea semper obtinuisset, vt ab omni successione intestati naturales isti arcerentur eodem Iustiniano teste in *l. vlt.*

C.de natur.liber. Quo enim iure vocarentur, qui neque sui sunt, neque agnati? *l.scripto 7. D.vnd.liber.d.l.vlt.C.de natur. liber.* Hactenus enim duntaxat iis prospectum erat à prioribus Imperatoribus vt institui heredes possent vsque ad certum modum, cùm toto iure vetere incogniti fuissent, & incapaces tanquam alienigenæ, & peregrini *d. Nouell. 89. in princip. iunct. l. 1. C. de hered. instit.* Igitur fieri non potest, vt ad huiusmodi naturales liberos eæ cõstitutiones protrahantur: Nimirum sub hac tamen exceptione. Nisi quatenus ab intestato succedere possunt, id est, Extra eum casum quo neque legitimi vlli sint liberi, neque legitima coniunx, & intra duarum duntaxat vnciarum modum. In eóque puto erratum esse ab interpretibus nostris, quorum nemo hanc adhibet distinctionem, vt nec quisquam in hac quæstione considerat ius succedendi ab intestato, cuius tamen præcipua ratio habenda est, quoties de voluntate ex testamento imperfecto defendenda, disputatur: ita vt non nisi ridiculè possis quæstionem concipere. An ad istas Constantini, Theodosij & Iustiniani leges ij pertineant qui ab intestato succedere non possunt, cùm illis legibus nihil aliud factum sit, nisi vt voluntas defendatur ab intestato. Planè si de nepotibus illegitimis tractemus, siue sint illegitimi ex illegitimo, siue illegitimi ex legitimo, siue legitimi, ex illegitimo, quæ tria sunt genera illegitimorum nepotũ, vt ait, *d.l.vlt.* & quæratur an ad eos pertineant hæ constitutiones. Respondendum erit intrepidè & indistinctè non pertinere, quia nullo penitus casu possunt isti nepotes ab intestato succedere, nec magis auo aliisque superioribus ascendentibus, quàm vlli ex cognatis, si quis saltem huiusmodi cognationis verbum ad tam degeneres homines velit extendere, vt vtar verbis Iustiniani in *d.l.vlt.* quam legem hac parte incorrectam mansisse consentiunt interpretes omnes, & in hoc vno sapiunt, qui in cæteris omnibus ad hunc tractatum spectantibus omnes omnino desipuerunt. Itaque hinc videmus in proposita quæstione multum interesse, an de liberis naturalibus & legitimis tractemus, an de iis qui sint naturales tantùm. Et rursum, cùm de iis qui sunt naturales tantùm, an de filiis primi gradus, an de nepotibus. Nam in liberis naturalibus & legitimis locum habent supradictæ Imperatorum constitutiones sine vlla graduum distinctione, quia possunt ij omnes succedere ab intestato salua graduũ prærogatiua, vt scriptum est in Auth. Defuncto. *C. ad SC. Tertyll.* In iis verò qui naturales tantùm sunt, distinctio adhibenda necessariò est, an primi sint gradus an vlterioris. In liberis primi gradus subdistinguendum est an possint aliqua ex parte succedere ab intestato necne, Id est an aliqui adsint legitimi liberi aut legitima coniux, an non. Vt si propter defectum legitimorum possint ab intestato succedere, habeant in iis locum constitutiones vsque ad eam hereditatis partem, in qua succedere possunt. Si minùs, aliud responderi oporteat. In liberis verò naturalibus vlterioris gradus putà nepotibus aut pronepotibus, sine vlla distinctione dicendum est, neque de iis sensisse Imperatores, neque ad eos per interpretationem protrahi posse Imperatorum constitutiones. Vnum est quod huic nostræ distinctioni valde aduersari videatur: Id nimirum quod supra diximus, non de aliis liberis locutum fuisse Cõstantinum quàm qui vel sui sint vel emancipati, quorum neutrum conuenit liberis naturalibus, ne tum quidem cùm succedere possunt ab intestato, nullis existentibus legitimis. Verùm responderi meo iudicio potest, Constantini legem ita conceptam fuisse, quòd eo tempore ita ius esset vt non alij liberi

beri succedere ab intestato possent, siue ciuili iure, siue prętorio, quàm qui sui vel adhuc essent, vel aliquando fuissent, cùm naturalium & ius & nomen nondum esset cognitum, tãtum abest vt possent succedere ab intestato, quod Iustinianus longo pòst interuallo primus induxit. At posteaquàm Iustiniano placuit, vt certo casu & ad certum vsque modum liberi naturales capaces sint succedendi ab intestato, non tam illud inspiciendum iam esse, an sint ij sui vel emancipati, quàm vtrum tales sint quibus & liberorum nomen, & ius ab intestato succedendi conuenire possit: quomodo vtique iis conuenit, licèt neque sui sint, neque emancipati.

ERROR SEXTVS.

Dè liberis illegitimis legitimatis, quibus aliquid relictum sit in testamento minùs sollenni.

LIQVET iam ex superioribus, quid nos ad propositam quæstionem respondendum arbitremur. Etsi enim differentiæ multę sunt inter liberos legitimos & legitimatos, ita vt non satis propriè dici possint legitimi qui sunt legitimati. Tamẽ quod ad propositam quęstionem attinet, nihil prorsus interesse potest, an liberi quibus pater in testamento minùs sollenni aliquid dederit, legitimi sint an legitimati. Siquidẽ tam hi quàm illi ex ipsa iuris ciuilis ratione capaces sunt succedendi ab intestato indistinctè, hoc est, non adhibita ea distinctione. An aliqua sit soboles aut coniux legitima, necne: quippe qui sint verè liberi, adeóq; sui heredes, non minùs quàm si & naturales essent, & legitimi. Filios enim familias non solùm natura, sed etiã lex facit, siue per adoptionem, qui modus fuit veteri iurisprudentiæ notissimus. *l.1.& tot.tit.*D.*de adopt.* siue per legitimationem, cuius variæ species à posterioribus Imperatoribus fuerunt introductæ, & à Iustiniano nostro partim retentę, partim emendatæ *Nouell.89.quib.mod.natur.effic.sui.*Et *Nouell.74.quib.mod.natur.effic.legit.* Cúmque lex Constantini quę extat in *dict.l.vltim.C.famil.ercifcun.* de iis liberis nominatim loquatur qui sunt sui heredes, sui verò sint non minùs qui legitimati sunt quàm qui ab initio legitimi fuerunt, planè non video quid impediat, quominùs de legitimatis idem ius quod de legitimis hac parte sit constituendum. Etsi non ignoro ipsum quoque legitimatorum nomen æquiuocum esse. Potest enim ad eos aptari qui nunquam fuerunt naturales, sed ab initio legitimi, quos equidem magis propriè liceat dicere legitimos, quia nunquam illegitimi fuerunt, nõ magis quàm naturales, cuiusmodi sunt qui per adoptionem specialem, aut per adrogationem adsciti sunt in numerum liberorum, sed quos tamen posis etiã non malè dicere legitimatos, cùm sit verum factos esse illos legitimos qui anteà nõ erant: legitimari enim aliud nihil est quàm legitimum fieri. Potest etiam & multo conuenienti ad eos accõmodari, qui ita fuerunt non legitimi vt fuerint etiam illegitimi, quia fuerunt aliquando naturales tantùm. Et hoc sensu legitimati passim dicũtur in supradictis Iustiniani constitutionibus, & in proposita quęstione. Cęterum siue hoc, siue illo modo legitimatorũ no-

men sumatur suus heres est quisquis est legitimatus, hoc ipso quod legitimus est. Pertinent igitur legitimati omnes ad Constātini legem, ex qua parte de suis heredibus locuta fuit. Nec proinde ad rem pertinet si quis obiiciat non omnes dispositiones quæ de liberis legitimis loquuntur ad legitimatos extendi posse, putà si quis locutus sit de Titij liberis legitimis ex proprio ipsius corpore procreatis, vt in ea specie quam tractat Guid. Pap. Aut si de emphyteusi ecclesiastica agatur, quam placuit ad illegitimos legitimatos peruenire non posse, si non expressa & specialis mentio de iis facta sit, vt ex communi nostrorum sententia testatur Iulius Clar. *in §. emphyteusis.* Non enim de legitimis heredibus locuta est lex Constantini, sed de suis tantùm, quo nomine legitimati vtique non minùs quàm legitimi ipsi vt diximus, continentur: quia *suorum* nomen non est æquiuocum, aut analogum quomodo legitimatorum, vt iis conueniat magis propriè qui legitimi ab initio fuerunt, quàm iis qui ex postfacto legitimi facti sunt. Omnes siquidem æquè sunt sui heredes, cùm æquè sint in potestate, primúmque gradum obtineant in causa succedendi inspecto tempore mortis, quod vnicum præcisè inspiciendum est, quoties de sui heredis nomine ac iure disputatur. *l. scripto. 7. D. vnd. liber. l. si filiusfamilias. 33. D. de testam. milit.* Ante mortem enim patrisfamilias sicuti heres nullus esse potest: ita neque suus heres, quia viuentis non est hereditas. *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* & consequenter non cadit in suos heredes ea distinctio quæ cadit in legitimos, an ab initio tales fuerint, an ex postfacto: quia non quemadmodum filius legitimus, ita & suus heres quisquam nascitur, nisi qui nascitur post mortem illius de cuius hereditate agitur, qui autem post mortem nascitur, si non suus heres sit eo tempore quo nascitur, suus postea fieri nunquam potest si excipias casum singularem. *l. si quis filio. 6. D. de iniust. rupt. & l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit.* Et ratio differentiæ perspicua est, quia filius quidem definitur ex natiuitate illius qui filius dicitur, sed cùm adiecta nota filiumfamilias dicimus, eum significamus quem non tam natura quàm lex talem fecerit, quoniam sicuti sola natura filios facit, ita & filiosfamilias sola lex, quæ porrò in eo differt à natura quod nullo instanti certo concluditur, quominùs potestatem suam exerceat, vt filiumfamilias hodiè faciat eum, qui heri filiusfamilias non fuit. At natura non potest facere vt qui hodiè natus est, si non sit filius Titij, postea filius vnquam fiat. Suus autem heres definitur ex tempore mortis patrisfamilias, vt diximus, & æstimatur ex vnico illo instanti, adeò vt neque lex ipsa possit ex postfacto suum heredem facere illum qui talis non fuerit, tunc cùm de suo herede tractandum fuit. Inde igitur euenit, vt neque filius, neque suus heres ex postfacto quisquam fieri possit, at filiusfamilias & quod idem est legitimus filius non minùs ex postfacto possit quis fieri, quàm ab initio esse: actu scilicet illo legitimo interueniente per quem liberi legitimi fiunt, siue aliquando illegitimi fuerint, siue nunquam. Denique siue de lege, siue de hominis voluntate interpretanda tractetur, si de illo quæratur, an liberorum appellatione, aut legitimi, aut legitimati contineantur, an ij tantùm qui & naturales sint & legitimi, vnum illud inspiciendum est, an iis verbis vsus sit legislator aut testator, quæ naturæ an iis quæ solius legis factum demonstrent. Priore casu, neque legitimati continentur, neque ij qui ab initio legitimi fuerunt, si non sint etiam naturales, quia natura veritatem

ritatem vult, lex verò nihil facit nisi per fictionem, vt superiore capite dicebamus ex *leg. fideicommissum. 76. de condic. & demonstr. leg. si ita quis. 51. §. de legat. 2.* ex quibus locis etiam apparet, si solum nomen *liberorum*, aut *filiorum*, expressum sit, nulla alia nota adiecta, non alios significatos intelligi quàm qui reuera & naturaliter filij sint, non qui ciuiliter & fictitiè tantum. *leg. vltim. D. de iur. delib.* vbi quod Iauolenus ex Labeone opponit verum filium ei qui sit naturalis duntaxat, non ad eum filium pertinet qui sit legitimus tantùm [hic enim multò minus dici potest verus filius quàm si esset naturalis tantùm] sed ad eum qui sit & legitimus simul & naturalis, hoc est, ex iustis nuptiis susceptus. Sed hoc ita si à testatore prolatum sit illud liberorum aut filiorum nomen, non si à lege. Lex enim cùm liberos aut filios simpliciter dicit, quidni de suis, id est, de iis quos pro liberis veris habet sensisse intelligatur, ac proinde de legitimis etiam qui numquam fuerint naturales? Posteriore autem casu, cùm siue testator siue legislátor iis verbis vsus est quæ legis potestatem potiùs quàm naturæ factum demonstrent, non potest res habere dubitationem quin legitimi quilibet contineantur siue ab initio legitimi tantùm fuerint, siue ex postfacto tales effecti per legitimationem, cùm antea illegitimi fuissent: Vtputa si vel suos heredes dixerit vel filiosfamilias *leg. 1. D. de adopt. & d. leg. vltim. Cod. famil. ercisc.* Planè cùm adiicitur nota illa, *ex proprio corpore procreatis*, siue ad liberorum aut filiorum, siue ad filiorumfamilias mentionem adiiciatur, & siue à testatore siue à lege apertissimum est eos liberos demonstrari, qui à natura sint, non qui à lege, vt mirum non sit huiusmodi liberorum appellatione non legitimos tantum, sed legitimatos tamen comprehendi, eo sensu quo legitimatos diximus esse illos magis propriè qui naturales & illegitimi aliquando fuerunt. Nam quod naturalibus deest vt sint legitimi, facilè id supplere lex quandocunque potest. At quod legitimis deest vt sint naturales, id neque lex neque natura ipsa supplere vnquam potest. Ergo in proposita quæstione cùm, vt probauimus, lex Constantini ad eos quoque pertineat liberos qui legitimi tantùm sunt, quanto magis pertinebit ad naturales illegitimos legitimatos? Nam hi præter id quod sunt etiam legitimi, habent hoc amplius quàm qui legitimi tantùm sunt, quod sunt præterea naturales. Quamquam si quæratur an legitimi fieri possint, præsertim per rescriptum Principis in præiudicium fideicommissarij, cui rogatus quis sit hereditatem restituere sub ea condicione, *Si sine liberis naturalibus & legitimis decedat*, vt legitimati fideicommissarium hunc excludant, alia quæstio est, de qua nobis & alio loco dicendum erit, & aliud fortasse quàm quod vulgo creditum est ab interpretibus, qui licet non vno omnium voto; frequentiores tamen eunt in illam sententiam vt contra fideicommissarium respondeat pro legitimato: cùm tamen hac in re non maior iuris ratio faciat pro legitimatione quàm pro adoptione, vt siue huius siue illius commento fideicommissarij ius lædatur, quod vtique non magis lædi potest facto Principis, quàm facto priuati de fideicommisso restituēdo grauati *d. l. fideicommissum. 76. de condic. & demonstr. d. l. si ita quis. 51. §. 1. de legat. 2. l. §. meritò & §. si quis à Principe. D. ne quid in loc. public. l. pen. & vlt. D. de natal. restit.* Scilicet cum facta est legitimatio post iniunctum fideicommissū & fideicōmissario non vocato. Nā si legitimatio fideicōmissum præcesserit nihil obstat sanè quominus dispositio facta de liberis natura-

libus & legitimis ad huiusmodi legitimatos retrahatur qui eo tempore & naturales, & verè legitimi reperiuntur, Vt non malè ratiocinatur & distinguit Andr. Fachin. *lib.* 4. *Controuers. quæst.* 53. Ideo autem loquimur de legitimatione facta per rescriptum, quoniam in ea quæ per subsequens matrimonium facta esset, aliud probari oporteret, quòd ea legitimationum omnium non modò optima, sed etiam fauorabilissima & sanctissima esse existimetur, propter sacramenti religionem & potestatem, *cap. tanta Extr. qui filij sint legit.* Nullum enim commentum, nulla vt Iustinianus loquitur machinatio est in huiusmodi legitimatione, cui causam dat solum legis diuinæ præscriptum, & necessitas delendi peccati. Nisi ponas in fideicommissi condicione positos fuisse liberos non sub ea qualitate naturalium & legitimorum, sed *ex legitimo matrimonio procreatos*, quomodo vt plurimùm hodie concipi tales condiciones solent. Superueniens namque matrimonium etsi non modò legitimum est, sed etiam legitimos facit liberos omnes antea natos, facere tamen nequit vt ex legitimo matrimonio procreati sint qui ante matrimonium procreati fuerunt, quia hæc verba coniungunt natiuitatem cum legitimitate, vt ita dicam, matrimonij, vt necesse sit matrimonium fuisse legitimum iam eo tempore quo nati sint ij qui se in condicione positos velint dicere. Quæ res facit vt legitimatio etiam per subsequens matrimonium facta numquam retrotrahatur ad tempus natalium, præsertim verò in præiudicium tertij cui medio tempore ius fuerit acquisitum. *§. si quis sanè. vers. liceat. & §. sit igitur licentia dict. Nouell.* 74. *quib. mod. nat. effic. legit.* Vnde etiam est quod vulgo bene creditur, Primogenij priuilegium quod quis habuit tanquam prior legitimè natus non posse ei auferri ob id solum quod frater naturalis, & illegitimus ante illum natus, postea factus sit legitimus ex matrimonio subsequenti, Vt concludit Andr. Tiraq. *De primogen. quæst.* 34. siquidem ipsum primogeniti nomen natiuitatem demonstrat cuius tempore si matrimonium legitimum non fuit, licèt posteà legitimum fiat, non possunt dici ex legitimo matrimonio geniti qui antè nati fuerunt. Quæ cùm ita sint nullo minùs dubitari potest quin supradictæ Constantini, Theodosij, & Iustiniani constitutiones de testamento minùs sollenni inter liberos condito, ad eos quoque liberos pertineant, qui per subsequentes matrimonium legitimati sunt, cùm iis etiam conueniant, vt probauimus, qui alio quouis modo legitimi effecti proponantur. Nec mouere quemquam debet, quod afferunt contrariæ sententiæ assertores ex *leg. vlt. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Nam quod ibi scriptum est factą legitimæ ætatis mentione illam tantummodo ætatem intellectam videri quæ vigintiquinque annorum curriculis compleatur, non quæ ab imperiali beneficio suppleatur, longè dissimilem rationem habet, quia tunc quoque cum Princeps veniam ætatis alicui tribuit non id agit vt faciat eum maiorem, quod nec si velit facere potest, sed contrà, vt non sit necesse maiorem illum esse, ac proinde nulla causa est vt legitimam ætatem illam intelligamus, quod autoritate imperiali suppletur. At cùm Princeps legitimum facit eum, qui illegitimus fuit, non tantum veniam ei tribuit legitimitatis, sed etiam facit illum legitimum, quoniam quicquid lex potest facere id omne, multo magis potest facere Princeps qui est supra leges. Itaque nihil fit contra rationem aut proprietatem verborum cùm appellatione legitimorum ij quoque comprehenduntur, qui verè legitimi facti sunt siue per rescriptum

ſcriptum Principis, ſiue per ſubſequentis matrimonij ſanctitatem.

ERROR SEPTIMVS.

De pia cauſa instituta in minus ſollenni teſtamento.

NEQVE hæc quæſtio prętermittenda eſt. De voluntate in teſtamento minus ſollenni declarata, & in piam aliquam cauſam collata. Vtrum ex iis Imperatorum conſtitutionibus, de quibus ſuprà diximus, & quæ non niſi teſtamento inter liberos condito loquuntur, defendenda ſit ex mente Imperatorum, iuſtáve iuris interpretatione. Quæſtio in eo eſſe creditur, Vtrum eadem cauſa idémque fauor eſſe debeat piæ cauſæ ac liberorum. Alioquin aperta ſunt verba Conſtantini & Theodoſij ad ſolos liberos pertinentia in *leg. vlt. Cod. famil. & in l. hac conſultiſſima. 5. ex imperfecto. Cod. de teſtam.* ſed omnium apertiſsima conſtitutio Iuſtiniani *Nouell. 107. de teſtam. imperf.* vbi diſertè ſcriptum eſt, ſi quis vxori aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa aut libertates ea omnia ita demum ſint firma, ſi non ſolùm ſcripta ſint propria manu teſtatoris, ſed etiam dicta coram teſtibus, hoc expreſſo per teſtatorem quod omnia in diſpoſitione poſita conſequenter poſt diſpoſitionem inter liberos factam & ipſe ſcripſerit, & valere velit. Quibus verbis cùm neque vxor excipiatur, cuius perſona coniunctiſsima eſt, ob ídque ab extraneis perſonis meritò ſeparata, neque libertates quarum fauor ad piam cauſam pertinere exiſtimatur, & à fideicommiſsis pecuniariis multum diſtare *leg. in teſtamento. 38. & leg. ſeq. in princip. D. de fideic. libert.* apparet de ſolis liberis priuilegium conſtitutionis intelligi, & poſſe & debere. Vulgo tamen creditum eſt idem priuilegium eſſe hac in re, vt & in aliis pleriſque iuris partibus, liberorum & piæ cauſæ, ſiue quòd teſtator non minùs animam ſuam quàm liberos dilexiſſe putandus ſit, ſiue quod ſumma ſemper ſit illa ratio quæ pro religione facit *leg. ſunt perſona 43. D. de religioſ. & ſumptib. funer.* Sed quàm falſa ſit hæc ſententia vel tacentibus nobis intelligere iam poteſt, quiſquis bene perceperit ea quæ hucuſque diximus de conſtitutionum principalium circa ius hoc nouum interpretatione. Nam cùm non alia fuerit mens Imperatorum, tunc quoque cùm liberis fauere voluerunt, quàm vt imperfecta illa minúſque ſollennis voluntas parentis inter liberos ab inteſtato cuſtodiatur, vt ſępius diximus & probauimus, quid abſurdius eſſe poteſt quàm exiſtimare idem priuilegium piæ cauſę dandum eſſe, quę tamen ab inteſtato ſuccedere nullo caſu, nullóque modo poſsit? In quo miror lapſos eſſe, non illos equidem, qui putant voluntatem illam minùs ſollennem tanquam ex teſtamento defendi poſſe [faciliùs enim eſſet vt exemplo eorum quæ liberis parens reliquiſſet, illa etiam valerent quę eodem teſtamento in piam aliquam cauſam relicta proponerentur] ſed eos interpretes, qui cùm benę ſentiant, quod & nos ſentimus, priuilegium conſtitutionum non niſi ad ſucceſsionem inteſtati pertinere, non tamen animaduertunt ſe plus fauere piæ cauſę quàm liberis cùm id agunt vt parem & æqualem faciant.

omnium condicionem. An non enim maius priuilegium esset quod haberet pia causa, vt quicquid in piam causam relictum esset, valeret, tametsi pia causa neque ex testamento succedere posset neque ab intestato quàm quod habent liberi, vt quod iis in eiusmodi voluntate minùs sollenni relictum est ab intestato sustineatur? Quamquam nec possum videre quo iure aut iuris colore posit defendi relictum pię causę, si neque ex testamento neque ab intestato defendatur. Cum certissimum sit quicquid ex defuncti hominis voluntate petitur & debetur, id necesse omnino esse vt vel tanquam ex testamento vel tanquam ab intestato debeatur. Quòd si hoc dilemmate victus quispiam cogatur dicere quod nos semper negabimus, ea quę in piam causam relicta sint, sic defendenda esse tanquam debita ex testamento: vtique hoc ipso fatebitur, quod nos pro absurdo consequenti ponimus. Plus ergo iuris habituram hac in re piam causam quàm liberos. Siquidem multo fauorabilibus & honorabilibus est succedere, aut quid aliud percipere ex testamento, quàm ab intestato. Ex quo apparet priuilegia illa piæ causæ quę tam multa congerit Andræas Tiraquellus in tractatu quem ex professo edidit de priuilegiis pię causæ, & quæ omnia fere ad liberorum comparationem referuntur ex Doctorum opinionibus, magis quàm ex vera, ni fallimur, iuris ratione, ad quæstionem hanc extendi non posse. In qua non tam illud inquirendum est, quod inquirunt interpretes. An idem fauor esse debeat piæ causæ qui liberorum, Quàm vtrum ab intestato succedere possit pia causa, quomodo liberi possunt, an non possit: Cúmque exploratissimum sit non posse, prorsus consequens est, vt quod liberis indultum Imperatores voluerunt, nemo quantumuis audax protrahere queat nisi valde imperitè & ridiculè ad piam causam. Neque verò alia ratio est propter quam nullum hac parte priuilegium sit vxoris, non magis quàm alterius extranei cuiuslibet, nisi quod vxor marito succedere ab intestato non magis quàm alius quilibet omnino extraneus potest, *leg. vltim. Cod. quor. bonor.* Alioqui cùm fauor duntaxat personæ attenditur, qui ex coniunctione vt plurimùm æstimatur, nouum non est vt vxoris & liberorum par & ęqualis condicio statuatur. Vt cùm quęritur, An valeat legatum vel fideicommissum rei alienę relictum ab eo qui alienam, esse ignorabat, *leg. cùm alienam.* 10. *Cod. de legat.* aut de legatis pręstandis petita contra tabulas bonorum possessione, *leg.* 1. D. *de legat. præst.* nimirum si vel dos ipsa mulieri legata sit, vel aliquid pro dote, non etiam si quid aliud pręter dotem, *leg. virilis.* 8. *§. si quid vxori cum seqq. eod.* Quinimò cùm supra relata Iustiniani constitutio non excipiat libertates, quas tamen diximus ab interpretibus nostris, inter pias causas annumerari, quid aliud exigimus, vt tutò inferamus. Nullo igitur priuilegio hac in re piam causam gaudere. Si quis enim fauor esset pię causę, esset maximè libertatis, quæ non priuata res, sed publica esse dicitur in *leg. si quis rogatus.* 53. D. *de fideic. libert.* & cuius fauore tam multa sunt contra iuris rigorem siue constituta siue recepta, *leg. generaliter.* 24. *§. si quis seruo eod. tit. & §. vltim. Instit. de donat.* Hoc ipsum tamen quod dicimus nullum esse fauorem libertatis relictę in testamento imperfecto, aut quod alia qualibet ratione minùs sollenne sit, pugnare videtur cum eo quod scriptum est in *d. leg. in testamento.* 38. *De fideicomm. libert.* vbi cùm quidam proponeretur in testamento quod perfectum non erat, alumnę suę libertatem & fideicommissa dedisse, &

filij testatoris iidémque legitimi heredes omnia vt ab intestato egissent, eámque alumnam manumisissent, postea verò apud Imperatorem dubitaretur, an ea libera esset, refert Paulus Imperatorem quęsiisse an vt ex causa fideicommissa fuisset, & interlocutum tandem fuisse, Etiamsi nihil ab intestato pater petiisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset. Itaque pronunciasse tandem, & decreuisse, alumnam rectè manumissam, & ideo fideicommissa etiam ei prętanda. Atque ita communiter interpretes ex eius loci autoritate sentiunt, non solum libertatem, sed etiam fideicommissa liberti consequentia deberi ex imperfecto quoque testamento, quod & Cuiacius scripsit ad *leg. ex ea scriptura. 29. D. qui testam. facer. poss.* At ego longè aliam & Pauli, & Imperatoris mentem esse arbitror. Nec enim apud Imperatorem dubitabatur, an libertas alumnę deberetur, sed an competeret, neque rursus an competeret ex testamento, quod imperfectum nulliúsque momenti esse constabat, sed an ex manumissione quam filij iidémque heredes & domini fecerant post mortem patris. Ratio autem dubitandi erat, quia non alia videbatur fuisse causa dandę libertatis, quàm quod pater eam dedisset, vt proinde filij probabiliter possent credere se obligatos, vt eam libertatem prętarent quam pater directo dedisset, quasi multò magis per fideicommissum daturus eam fuerit, si putasset non valituram directò. Directam enim non fideicommissariam libertatem in ea specie datam fuisse probant non obscurè illa legis verba, *alumnæ suæ libertatem & fideicommissa dedit*, cùm si ipsa quoque libertas per fideicommissum data fuisset, scribendum erat, *libertatem per fideicommissum & alia dedit.* Primo autem intuitu credidit Imperator quęstionem esse facti potiùs, quàm iuris, & ob id quęsiit à litigatoribus, an alumna fuisset manumissa tanquam ex causa fideicommissi, an verò nulla alia de causa quàm quòd liberam eam esse manumissores vellent: Quasi mox pronunciaturus, posteriore quidem casu competere ex manumisione libertatem, quam nihil impediret. Priore verò casu non competere, propterea quòd data esset ex falsa causa, id est, velut ex fideicommisso quod vtique nullum suberat, neque ex testamento, cùm testamentum imperfectum proponeretur, neque ab intestato, cùm nihil pater ab intestato petiisset. Sed postea re meliùs perpensa interlocutus est, id est, antequàm pronunciaret cùm adhuc causa ageretur, dixit pios filios debuisse manumittere eam quam pater dilexisset. Eáque nimirum ratione motus tandem pronunciauit rectè illam manumissam, hoc est, omisa facti quęstione libertatem indistinctè ex ea manumissione competiisse, propterea quòd etiamsi velut ex causa fideicommisi quod rei era nullum suberat, libertatem datam esse constitisset, sublata tamen falsa illa opinione supererat causa pietatis quę sicut in pecunia vel alia re qualibet indebitè soluta indebiti condictionem impediret vt eleganter scriptum est in *l. cùm is. 36. §. mulier. D. de condict. indeb.* ità & multo magis facere debeat ne libertas quasi sine causa & perperam data impediretur: Præsertim, cùm in ceteris quoque omnibus relictis pecuniariis, quorum fauor longè minor est, id obtineat, vt siquid ex testamento aliáue minùs sollenni voluntate solutum sit, repeti postea velut indebitum non posit *l. 2. l. si veritas. 23. C. de fideic.* Quid ergo de aliis fideicommisis pecuniariis huic

eidem alumnæ relictis dicendum erit? Nihil de iis apud Imperatorem quærebatur, puto quia nec de iis ratio quærendi & dubitandi vlla erat, cùm neque adhuc præstita essent, neque vllo iure deberentur. Nam nec libertas ipsa ex testamento illo imperfecto vel competeret ipso iure, vel debita dici posset, vt ad eam præstandam heredes vllo iure tenerentur, si nondum præstita probaretur. Eáque causa pietatis qua motus fuit Imperator, vt libertatem ex manumissione per filios facta competere decerneret, non potest sufficere ad eosdem filios obligandos, vt eam præstent si eo nomine conueniantur, iurísque maiorem quàm pietatis rationem habere velint. Et tamen sequitur apud Paulum in fine legis, *& ideo fideicommissa etiam ei præstanda.* Inepta prorsus & improbabili collectione. Malum namque argumentum est à libertate ad fideicommissum pecuniarium, siquidem vt in *l. seq.* idem Paulus scribit, non est similis causa libertatis & pecuniarij fideicommissi. Sed multo peior collectio est à libertate præstita ad fideicommissum pecuniarium præstandum: cùm longè difficilius sit libertatem, vel ex sola pietatis causa præstitam reuocare, quàm nec præstitam nec debitam denegare. Et verò si verum est vt est, quod proximè diximus, ne quidem libertatem in hac specie deberi, quandiu non est præstita, quantominùs fideicommissum pecuniarium debebitur, aut pro debito habebitur, quod pręstitum nunquam fuit? Nam si pręstitum esset, fateret eandem fore quod ad hoc rationem & libertatis & debiti pecuniarij, quia ad causam pietatis pertineat, vt quælibet voluntas defuncti etiam quæ sit minùs sollennis vbi impleta est, nullum pœnitentię locum relinquat. Sed nos tractamus de fideicommisis pecuniariis nondum pręstitis, cùm quęrimus an sint pręstanda. Concludendum igitur est non esse pręstanda ab heredibus, qui neque succedunt ex eo testamento inutili in quo fideicommissa relicta sunt, neque rogati fuerunt ab intestato. Quod cùm ita sit, quis non fateatur irreptitia esse postrema illa legis verba, omninóque delenda? Imperitum interpretem fefellit, quod putauit eam Pauli & Imperatoris mentem esse, vt in hac specie libertas etiam quæ nondum præstita sit, debeatur ex causa fideicommissi, quamuis non fuerint fideicommissa repetita ab intestato: eámque sententiam esse illorum verborum, *an vt ex causa fideicommissi manumissa fuisset*, cùm è contrario is potiùs sit sensus, quem suprà attulimus, vt multo difficiliùs defendatur libertas præstita ex causa fideicommissi, quod reuera nullum fuit, quàm si vltro & sponte præstita esset ab eo qui sciens se non debere, non nisi iure domini manumisisset. Quod enim dici solet, id quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum sit repeti posse. *lege penultima. §. si quis ius ignorans. D. de iur. & fact. ignoran.* ad ea pertinet quæ per fideicommissum verè relicta sunt, sed inutiliter, putà in testamento minùs sollenni, non ad ea de quibus pręstandis heres nullomodo sit rogatus. Atqui ponimus & iam probauimus libertatem de qua consulebatur Imperator, non per fideicommissum, sed directo datam fuisse. Non igitur ad eius reuocationem impediendam sufficere posset, quod opinione fideicommissi fuisset præstita, si non illud etiam concurreret, quod sublata falsa illa opinione supererat causa pietatis, quę libertatem semel competentem retineret. Nam & quod idem Paulus scripsit in *lege, cùm putarem. 36. D. familiæ erciscund.* ad impediendam repetitionem eius, quod solutum sit ex causa

indicati,

iudicati, sufficere quòd quis se putet condemnatum, haud dubiè ita accipiendum est si condemnatio aliqua de facto, vt loquuntur, quamuis nulliter facta præcesserit, non autem vt nullo interueniente iudicato sufficiat, quod is qui soluit opinetur se condemnatum per sententiam, quæ tamen nunquam fuerit lata. Fefellit etiam interpretem, quod verba illa *quæsiit Imperator an vt ex causa fideicommißi manumissa fuisset*, sic accepit acsi scriptum esset, *quæsitum est apud Imperatorem, an velut ex causa fideicommißi manumissa alumna libera esset*, quod tamen longè diuersum est. Hæc enim posterior locutio continet quæstionem iuris, vtrum ancilla eadémque alumna quæ manumissa fuit sit libera. Prior verò quæstionem facti, vtrum fuerit manumissa velut ex causa fideicommissi. Interrogatus & consultus erat Imperator à litigatoribus de quæstione iuris, ipse verò vt par erat, litigatores interrogabat de quæstione facti, vt solet ius oriri ex facto. Longéque aliud est dicere quod Paulus dicit, *quæsiit Imperator*, aliud verò quod interpres iste sensit, *quæsitum est ab Imperatore*. Quamquam, vt explicauimus, in ea facti quæstione non conquieuit Imperator qui meliùs postea vidit eo quoque casu quo manumissa fuerit ancilla, velut ex causa fideicommissi, conseruandam ei nihilominus libertatem non quasi præstitam ex causa fideicommissi, quod vtique nullum fuit, neque ex testamento, neque ab intestato, sed quasi præstitam intuitu pietatis ei quam manumissorum pater non solùm dilexisset, verùm etiam directo liberam esse voluisset. Cùm ergo neque Imperatoris, neque Pauli mens illa sit, vt ea libertas defendatur iure fideicommissi, nemo posit nisi ridiculè argumentari à libertate ad cætera fideicommissa eidem alumnæ in eodem testamento relicta, neque tamen aut præstita, aut ab intestato repetita. Non enim quemadmodum fideicommissi pecuniarij capax non est alumna sine libertate, ita è contrario potest dici non posse illam esse liberam, quin habeat fideicommissum pecuniarium in necessarium, siue consequens, siue antecedens. Nihil igitur causæ fuit cur ex libertatis datione interpres sic inferre debuerit, *& ideo fideicommissa etiam ei præstanda*. Sicut nec ratio vlla erat cur Imperator de libertate tantùm consultus pronunciaret de fideicommissis pecuniariis, de quibus nullomodo quærebatur. Quòd si quid obstaret ne tota illa adiectio imperito interpreti adscriberetur, dicerem textum esse emendandum, & pro iis verbis, *& ideo*, legendum *sed non*, quomodo Cuiacius *lib.* 1. *cap.*37. emendauit Pomponium in *l. statuliberi.* 29. D. *de statulib.* aut quod esset probabilius *at non*. Quid enim facilius, quàm pro *at*, scriptum esse *&*, rursúmque pro *non*, scriptum esse *ideo*, his notis *iō*, quibus vti solent etiam hodie exscriptores cùm id agunt, vt breuiter scribant, nisi malis pro *&*, legere *nec*, qui error etiam in Pand. Florēt. satis frequenter occurrit, & sanè expeditior hæc emendatio est. Vtcumq; sit, mihi certè de Imperatoris & Pauli mente, ac quod præcipuum est, de vera iuris ratione omnino liquet. In eadem lege, Florentina lectio vitiosa est in illis verbis, *etiamsi ab intestato pater petiisset*. Deest enim dictio *nihil*, quæ non deest in Codicibus vulgaribus.

ERROR OCTAVVS.

De testamento imperfecto ratione voluntatis.

TRACTAVIMVS hucusque de testamento, siue in scriptis, siue per nuncupationem facto quod sit imperfectum ratione solennitatis. Quid si sit imperfectum ratione voluntatis? Difficilius est vt sustineatur, quia nec voluntas ferè vlla dici potest, quæ est imperfecta, nec proinde fauor vllus conseruandæ voluntatis, quæ sit nulla. Inde namque est quod quoties quis exemplum testamenti præparat, & prius decedit quàm testetur, non valent ne quidem quasi ex codicillis quæ in exemplo scripta sunt: licèt verba fideicōmissi scriptura habeat, & ita Diuum Pium decreuisse Mæcianus scribit, quem Vlpianus refert in *l. fideicōmissa. 11. §. 1. de legat. 3.* Cui simile esse creditur, quod scriptum est in *l. ex ea scriptura. 29. D. qui testam. facer. poss.* Ex ea scriptura quæ ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea quæ fideicommissorum verba habent peti posse. Quamquam videtur is locus intelligendus esse potiùs de testamento imperfecto ratione sollennitatis, quàm de eo quod sit imperfectum ratione voluntatis, vt apertè probant verba illa, *si nullo iure testamentum perfectum esset.* Neque aliam existimandum est Vlpiani sententiam esse in *d. l. fideicommissa. §. 1.* Exēplum enim testamenti præparatum nihil aliud significat quàm scripturam quę cōtineat plenam & absolutam declarationem voluntatis, sed quæ tamen non sit testamentum: propterea quòd eas sollennitates non habeat quas desiderat testamentum, vt vel in scriptis, vel per nūcupationem factum dici possit. Errant itaque meo iudicio, qui ex nostris putant accipiendos esse locos illos de testamento imperfecto ratione voluntatis. Imperfecta namque voluntas illa demum est, quę non tota expressa fuit, siue à testatore, siue à testaturo, non etiam illa quę tota declarata fuerit in ea scriptura quam testaturus paterfamil. parabat ad testamentum, licèt postea non fuerit testatus. Ad testamenti enim sollennitatem pertinet, nōn ad causam voluntatis vt exemplum testamenti fiat testamentum, cùm non in alio differat exemplum testamenti paratum ad testamentum faciendum à testamento ipso, quàm in eo, quod exemplo desunt sollennitates, sine quibus testamentum esse non potest quia nec quælibet testatio voluntatis testamentum est: sed ea tantum quæ sit iusta, id est iuris sollennitatibus munita. *l. 1. D. qui testam. facer. poss.* Fortior erit ratio, si quis dicat voluntatem quamlibet militis esse testamentum. *l. eius militis. 34. in fin. D. de testam. milit.* quia non sicuti Paganorum, ita & militum iustam voluntatem esse necesse est, sed sufficit vt sit nuda. *l. 1. eod.* neque tamen posse valere testamentum militis, quod sit imperfectum ratione voluntatis. *l. Diuus Traianus. 24. eod.* ne contra voluntatem inducantur priuilegia quę fuerunt data militibus fauore duntaxat voluntatis conseruandæ. Nam quod dici solet, *Si miles testamentum imperfectum relinquat*, scripturam quę profertur, perfecti testamenti potestatem obtinere. *l. miles si testamentum. 35. eod.* de eo testamento intelligi debet, quod sit imperfectum ratione sollennitatis tantùm, non etiam voluntatis, vt ostendit ratio quæ in eadem lege sequitur iis verbis, *nam militis testamentum sola perficitur voluntate.* Eodémque

denique modo accipi debet quod scriptum est in *d.l. eius militis.34.§.1.* Eius qui militia missus intra annum testamentum facere cœpit, nec perficere potuit, nihilominus ruptum esse prius testamentum quod in militia factũ fuerat, si iure militiæ fuerat scriptum, non etiam si iure communi. Inauditum enim est & absurdum, vt per posterius testamentum quod imperfectum sit ratione voluntatis, rumpatur prius, quod fuerat perfectum, siue iure militiæ, siue iure communi. Addi etiam potest quod neque ex interpretibus nostris quidam ignorarunt, clausulam codicillarem quæ defectum sollennitatis supplere solet *d.l.ex ea scriptura.§.1.l.Lucius.88.§.vlt.de legat.2.* numquam tamen supplere defectum voluntatis. Sic enim respondit Decius & eleganter *cons.205.ad fin.* In quo tamen video passim errare pragmaticos nostros, & eos omnes qui tam multos congerunt effectus clausulæ codicillaris, quorum sanè pars magna corruet, si Decij sententia recipiatur, quæ vt verissima, ita omnino recipienda est. An igitur dicemus seruandam non esse inter liberos dispositionem parentis, quæ sit imperfecta ratione voluntatis? Sic vulgo interpretes sentiunt, quos refert & sequitur Iulius Clarus in *§.testamentum. quæstio.9.* Et Andr.Gayll. *lib.2.pract.obser. cap.112.* sed moti ex supradictis iuris locis, quos ostendimus ad rem non pertinere, quòd loquantur de testamento imperfecto ratione so lennitatis. Et præterea nihil aliud ex iis locis inferre posis, tametsi velles eos intelligere de testamento imperfecto ratione voluntatis, quàm quod admittam libentisimè, eiusmodi testamentum non valere iure testamenti, neque ex eo tanquam ex testamento succedi posse. At nos iam diximus sæpius in præcedentibus, harum dispositionum inter liberos conditarum priuilegium illud esse, vt defendantur non iure testamenti etiamsi in testamento scriptę sint, sed ab intestato. Quid ergo attinet distinguere an testamentum sit imperfectum ratione sollennitatis, an ratione voluntatis? Nec vrget quod iisdem locis negatur illa etiam valere, qua in talibus testamentis data sint sub verbis fideicommissorum. Etsi enim fideicommissa ab intestato quoque dari posse certum est, non ideo tamen fit vt ab intestato deberi posint ea quæ in testamento quacunque ratione imperfecto relicta fuerunt, nisi à legitimis heredibus fuerint repetita *dict. l.ex ea scriptura. §.1. dict.l. Lucius. §. vlt.l.1. D.de iur.codicill. l.vlt. C.de codicill. l.generaliter. 24. §. ex testamento. D. de fideicomm. libert.l.1. C.eod.* quia nec ea voluntas videri potest eius qui testamentum facere se dicit, vt ab intestato quicquam debeatur aut prętetur, nisi cùm id exprimit. *l. in testamento. 38. D. eod.* de cuius sententia & lectione proximo capite dicebamus. Nec rursum ex iis Pandectarum locis bonum argumentum sumi potest ad constituendum ius quod ex nouis Imperatorum constitutionibus obtinere debeat circa parentum testamenta inter liberos facta: postquam placuit Imperatoribus in *dict. l.vltim. C.famil.erciscun. dict. l.hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testament.& d.Nouell. 107.de testam. imperf.* vti ea testamenta quæ olim ita erãt nulla, vt neque ex testamẽto, neque ab intestato defuncti voluntas seruanda esset, hodie prosint ad conseruandam voluntatem ab intestato. Verùm quanquam hęc ita sunt, non tamen facilè admitti illud potest, vt voluntas imperfecta custodienda sit inter liberos, nec magis ab intestato, quàm ex testamento. Ratione illa, quam initio capitis attulimus, quòd voluntas dici non posit, quę

perfecta non est, & partibus suis omnibus absoluta. Distinctio igitur aliqua est adhibenda, quam tamen nemo adhibet, an patris voluntas in testamento imperfecto declarata, imperfecta sit circa personas liberorum an circa extraneos, quos vel coheredes filiis dare destinabat pater, vel legatarios aut fideicommissarios facere, in eodem testamento. Priore casu id obtinebit quod diximus non posse patris voluntatem defendi ne quidem ab intestato & inter liberos quæ non fuerit perfecta, vt puta si pater plures habens liberos hereditatem suam aut potiùs bona cœperit inter eos distribuere, & post datam vni aut alteri portionem, cùm adhuc plures distribuendæ superessent, obmutuerit, & sic decesserit non declarata quantum ad cæteros liberos voluntate. Hîc enim nulla ratio est, cur imperfecta illa voluntas quod ad liberos nominatos defendatur, cùm nesciri possit quid de cæteris pater senserit, quídve fuerit constituturus si testamentum compleuisset. Dixi, *cùm adhuc plures distribuendæ superessent*, quoniam si vna tantùm superesset non esset difficile ex aliis quæ fuissent distributæ coniecturam facere quid pater voluisset in eam venire quã non expressisset. Nimirũ id omne quod in cæteras expressim collatum non reperiretur. Posteriore verò casu nihil sanè vetat defendi voluntatem patris inter liberos cùm inter eos perfecta sit, quamuis quod ad extraneos sit imperfecta, quandoquidem nec quicquam prodesset perfectam esse voluntatem quod ad extraneos si quid ex iuris sollennibus deesset. Finge patrem post scriptos ex æquis fortasse partibus liberos voluisse coheredem eis extraneum dare, neque tamen dedisse præuẽtum morte, cùm iam fortè prima institutionis verba proferre cœpisset. Imperfectum vtique erit testamentum, quia non fuerunt completæ institutiones, ex quibus testamentum æstimatur, sed non eo minùs tenebit voluntas iure intestati inter liberos, eorúmque commodo cedet quicquid extraneus fuerat habiturus si testamentum absolutum fuisset, ídque pro hereditariis portionibus, siue sint æquales illæ siue inæquales.

ERROR NONVS.

De illo qui heredem instituit, destinans addere condicionem quam postea non addidit. Ad l. 2. & l. 9. §. tantundem. D. de hered. inst. & l. pen. C. de instit. & subst.

AD superiorem quæstionem quæ fuit de imperfecta voluntate hic quoque tractatus pertinet de illo qui destinans condicionem aliquam addere institutioni heredis quem iam scripserat, postea decessit nulla adiecta condicione, An eius testamentum perfectum censeri debeat quantum ad voluntatem, an imperfectum. Etsi enim extat constitutio Iustiniani in *l. penult. C. de instit. & subst.* qua cautum est vt si ita scriptum inueniatur in testamento, *Titius heres esto secundum condiciones infra scriptas*, nec quicquam aliud adiectum sit, neque vlla condicio apposita, non eo minùs testamentum completum esse, purámque institutionem habere intelligatur, ipsa verò condicionum pollicitatio pro superuacua habeatur. Attamen facit dubitationem,

quod

quod in contrarium videtur Marcellus respondisse quem Vlpianus refert & probat in *leg. quoties. 9. §. tantundem. D. de hered. instit.* Si testator destinans inserere condicionem institutioni heredis nullam addiderit, habēdum esse heredem pro non instituto. Accursius tentat an dici possit Marcelli sententiam ab Vlpiano referri potiùs quàm probari, vt & in *leg. 2. eod. tit.* vbi idem Vlpianus refert. Circa eos qui ita instituti sunt heredes, *ex partibus quas adscripsero*, non putasse Marcellum eos esse heredes nullis adscriptis partibus, non magis quàm si sub expressa condicione ita essent instituti, *si eis partes adscripsero.* Sed magis esse ait, vt sic vtraque institutio accipiatur, si voluntas defuncti non refragatur. *Ex quibus partibus adscripsero, si minus ex aquis*, quasi duplici facta institutione, prima condicionali, secunda pura, eámque sententiam à Celso probatam esse fauore scilicet tuendæ institutionis. Aliter atque in illa institutione, *Ex qua parte me Titius heredem scripsit, Seius heres esto.* Tunc enim si non est à Titio scriptus heres, nec Seium ab eo institutum esse. Nec immeritò, inquit Vlpianus, quia hoc posteriore casu creditur inesse condicio, nec alia esse institutio quàm condicionalis, quod non simile est in casu Marcelli, quamuis Marcellus ista similia putabat. Verùm non video quid simile aut commune habeat ille tractatus, cum proposita quæstione, de qua idem Vlpianus in *d. §.* tantundem, nisi quod vtrobique proponit Vlpianus quæstionem ex Marcello, Marcellíque sententiam refert, sed ita vt in *dict. leg. 2.* eam sententiam apertè improbet, vt dixit, quàm è contrario probat in questione *d. §.* tantundem, vbi postquam addidit eodem contextu, *sed si condicionem addidit dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri quod contra voluntatem scriptum est*, subiicit statim *Quam sententiam & ipse & nos probamus.* Quibus verbis an non apertè Vlpianus totam illam Marcelli sententiam probat? Probabilius igitur videri potest quod idem Accursius notat intelligendum esse Marcellum & Vlpianum in *d. §.* tantundem de eo qui factæ à se institutioni destinabat condicionem inserere non aliter instituturus. Hunc enim certum est voluisse institutionem facere omnino condicionalem, neque voluntatem ipsius pati vt pro instituto habeatur is qui reperitur institutus purè cùm noluerit testator esse illum heredem nisi sub condicione. Sed tamen huic etiam interpretationi illud obstat quod manifestam continet diuinationem, cùm hoc vnum Vlpianus ex Marcello scribat, *de eo qui condicionem destinans inserere non addidit. Nam & hunc pro non instituto putat*. In qua clausula nihil prorsus est quod voluntatis quæstionem possit admittere, nedum inducere. Neque verò credendum est Marcellum aut Vlpianum de casu tam certo & indubitabili tractare voluisse. Quis enim nescit in huiusmodi quæstionibus, quæ circa vltimas voluntates occurrunt, nihil aliud inquirendum esse, nisi quid voluerit testator, ídque si appareat omnino, sequendum esse, tum etiam cùm verba non modò deficiunt, sed etiam refragantur? *leg. non aliter. 63. D. de verb. signific.* Atqui tractatus præsertim qui tantis Iureconsultis dignus sit, non potest esse de re tam certa & indubitabili vulgat. *leg. Domitius. 27. D. qui testam. facer. poss. leg. quod Labeo. 9. D. de Carbon. edict.* Sicut & Iustiniani constitutio in *d. leg. penult. Cod. de institut. & substit.* quantumuis generalis esse videatur, cum tamen casum proculdubio non complectitur, quo proponas illius qui destinauerat inserere condicionem, nec inseruerat, certam es-

si voluntatem, quòd nollet institutum aliter quam sub conditione heredem esse. Igitur accipiendus est vterque locus de iure illo quod obtineat in obscura testatoris voluntate, ac proinde si nihil aliud sit quod melius adferre possimus, Marcellum & Vlpianum à Iustiniano, aut potius Iustinianum ab ipsis dissensisse fatendum erit. Quod tamen ne dici possit illud facit, quod non solùm nihil Iustinianus de Marcello exprimit, vt solet, cùm veterum Iureconsultorum sententias explodit, verum etiam, autoritate Papiniani vtitur sumpto argumento ab eo quod Papinianus responderat in *leg. cùm pater. 77. §. vltim de legat. 2.* de testatore qui vicos certis finibus circumscriptos ciuitati reliquerat, eorúmque fines alia scriptura se demonstraturum promiserat, nec tamen morte præuentus id fecerat, Non eo minùs valere fideicommissum ac si testator fines illos demonstrasset. Quid enim attinebat ab huiusmodi specie tam aliena & dissimili argumentum trahere ad propositam quæstionem, de qua in contrarium aperta extaret Marcelli & Vlpiani sententia. Potuisset fortassis solius Papiniani autoritas Marcellum & Vlpianum vincere, si in eadem specie contra illos Papinianus sensisset: quanquam certum est non maiorem Papiniani quàm cæterorum prudentum autoritatem fuisse nisi hactenus vt singulos vinceret, à pluribus verò si vel duo tantum essent vinceretur. At in ea specie de qua Marcellus & Vlpianus aliive paris nominis Iureconsulti disertè respondissent, Papinianus verò nihil: sanè non potuisset eorum sententia conuelli sola autoritate responsi, quod à Papiniano quidem redditum, sed ad aliam speciem accommodatum fuisset. Dicendum itaque est, ni fallor, corruptissimum esse locum illum Marcelli, & Vlpiani, ex eóque detrahendam omnino negationem quæ istas peperit difficultates. Verius enim est, si testator destinans inserere condicionem institutioni nullam addiderit, heredem nihilominùs habendum esse pro instituto. Idque ipse etiam contextus verborum demonstrat, quibus vtitur Vlpianus vt quæstionem quam nunc tractamus cum præcedente conuertat, *Tantundem*, inquit, *Marcellus tractat & in eo qui condicionem destinans inserere non addidit.* Quid enim hoc aliud est, quam Marcellum in hac specie idem iuris constituere, quod constitutum fuerit in præcedenti? Atqui in præcedentibus dixerat Vlpianus, Siue maiorem portionem adscripserit testamentarius, aut quod difficiliùs est testatòr, cùm minorem adscribere vellet, vt pro quadrante semissem ex quadrante fore heredem, quia inest quadrans in semisse, Siue quis pro centum ducenta per notam scripserit idem iuris esse, *Nam & ibi*, inquit, *vtrumque scriptum est, & quod voluit & quod adiectum est: quæ sententia non est sine ratione.* Tantundem igitur ex Vlpiani sententia dicendum est in eo qui fuit purè institutus à testatore destinante condicionem adiicere quam postea non adiecit, vt pro instituto habeatur. Nam & hoc casu idipsum scriptum esse videtur quod testator voluit, quia licèt ab initio destinaret inserere condicionem, cùm tamen postea nullam addiderit, non alia de causa id fecisse credendus est, quàm quia nec addere voluerit. Atque hanc Vlpiani Marcellique sententiam fuisse apertum esset, si non corrupta essent etiam illa quæ sequuntur, in quibus puto transposita negatione illa quam ex priore clausula tollimus legendum ita esse, *sed si condicionem non addidit, dum nollet detracta ea heredem futurum*, nec nuncupatum videri.

deri quod contra voluntatem scriptum est. Hoc nimirum sensu vt si testator, qui puræ institutioni condicionem addere destinauerat, eam non addiderit, distingui oporteat, quam ob causam non addiderit, Vtrum ob id quod eum pœnituerit prioris voluntatis, maluerítque puram relinquere institutionem quam priùs destinauerat facere condicionalem, quod sanè in dubio præsumendum est, cùm voluntas non minùs ex non facto quàm ex facto interdum colligatur, *leg. vnic.§. vbi autem legatarij vers. sin autem ad deficientis in fin. Cod. de caduc.tollend.* An verò ob id potiùs quòd nollet hunc heredem esse aliter quàm sub condicione, aut, vt Vlpianus loquitur, quod detracta condicione heredem illum esse nollet. Priore casu habendus est pro instituto & quidem purè, quia verum est purè institutum fuisse, nec institutioni voluntatem deesse,tametsi voluntas ab initio non satis scripturæ consenserit, cùm testator de condicionali facienda institutione cogitaret. Posteriore verò casu habendus est pro non instituto, quia cùm neque ab initio, neque ex postfacto voluntas cum scriptura consenserit, inspiciendum necessariò est quid testator voluerit, potiùs quàm quid scripserit, & pro non scripto haberi conuenit quicquid contra voluntatem scriptum reperitur. Et consequenter si partitè loqui volumus,dicendum est in hac specie heredem non tam habendum pro non instituto quàm nec institutum esse, vt loquitur Vlpianus. Nemo enim dici potest institutus nisi qui sit scriptus eo animo & ea voluntate vt fiat heres. Atqui ponimus testatorem neque voluisse detracta condicione heredem esse hunc quem secundum figuram verborum instituerat purè, neque tamen condicionem addidisse. Quemadmodum igitur non posset heres esse is qui neque scriptus neque nuncupatus esset,tametsi haberet pro se voluntatem, quia non nuda voluntate,sed certis tantùm iisque legitimis modis heredes fieri posse placuit. Ita neque hic heres esse potest qui deficitur voluntate quamuis aut scriptus aut nuncupatus,adeóque purè inueniatur: Exemplo eius quod in principio *d. leg. quoties* Vlpianus noster scribit, Quoties quis volens alium heredem scribere alium heredem scripserit in corpore hominis errans, neque eum heredem esse qui scriptus est, quia voluntate deficitur,neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. Vulgatæ autem editionis vicium maximum illud est quod post verba illa, *dum nollet*, habet additum comma, quasi tractet Vlpianus de testatore qui tam stultus fuerit, vt addiderit condicionem quam addere nullam volebat, quo absurdius vtique dici nihil potest. Cur enim addidit si volebat? Nec similiter possis interpretationi nostræ obiicere. Cur ergo non addidit *si nolebat*? quia facilius est, longéque minùs inconueniens, vt quis non faciat quod facere destinauit etiam non mutata voluntate, quàm vt faciat quod facere nolit. Expressior siquidem voluntas est quæ ex facto colligitur, quàm quæ ex non facto. Neque rursus video quomodo possint ad condicionem referri sequentia illa, *nec nuncupatum videri.* Nam cùm *nuncupare*, nihil aliud sit, quàm ore nominare, vix vnquam reperias prudentes nostros tam impropriè loqui vt condicionem nuncupari vel nominari dicant. Formulam enim habet condicio non nomen, nisi hoc ipsum quod condicio appellatur. Detrahendum igitur est comma, & vnico spiritu legendum *dum nollet detracta ea heredem futurum*, eodem plane sensu quo si scriptum esset apertius, *dum detracta ea heredem futurum nollet.* Errori

autem causam dedit detractio negationis quæ addenda est in illis præcedentibus, *sed si condicionem addidit*. Nam quisquis ita legeret, *sed si condicionem non addidit dum nollet:* numquam subiiceret quod imperitus interpres ab Vlpiano affirmatiuè subiectum credidit, *detracta ea heredem futurum.* Quomodo enim posset detrahi condicio quæ addita numquam fuisset, & quam nec addere testator voluisset? Quod verò condicio detracta fuerit facilè fieri, ex eo potuit, quod cùm forte paucioribus literis scriptum esset vt moris olim erat, *condic. non addidit*, incautus librarius confusis prioribus dictionibus putauit scriptum esse, *condicionem*, & ita fecit affirmatiuam lectionem quæ erat negatiua. In summa cùm in *d. §.* tantundem Vlpianus duplicem speciem proponat, vtraque est de testatore, qui destinans addere puræ constitutioni condicionem, eam non addidit: sed prior est de illo qui idcirco non addidit, quia nec addere voluit, vt puram relinqueret institutionem, mutata, vt suprà diximus, voluntate. Posterior verò de eo qui noluit addere condicione, non ob mutatam voluntatem, sed ne faceret condicionalem institutionem quam tamen omnimodo volebat esse condicionalem. Atque ita interpretanda est aduersatiua illa *sed si*, quæ proculdubio imperitum interpretē decepit, non quomodo ille interpretatus est quasi in posteriore specie tractetur de condicione addita quæ non fuerat addita in priore. Ex hoc porrò intelligimus longe aliam esse speciem de qua Marcellus & Vlpianus tractant, aliam verò illam de qua Iustinianus nouam edidit constitutionem, Marcellus enim & Vlpianus eam speciem tractant in qua fuerit facta purè institutio, id est, neque condicione vlla, neque condicionis mentione adscripta, sed ab eo tamen qui mente destinabat inserere condicionem, quæ destinatio ex iis quæ ab eodem testatore extra testamentum acta vel dicta sint conici plerunque potest. At Iustinianus tractat de institutione quæ facta sit additis his verbis, *secundum infra scriptas condiciones*, ac proinde quæ expressam habeat condicionis mentionem, quæque ideo aut numquam aut certe multo difficiliùs pura videri possit. Proinde mirum non est Iustinianum in eo iure constituendo nihil de Marcelli & Vlpiani sententia referre, quæ ad aliam speciem pertinebat. Sed illud planè mirum est tam absurdam constitutionem ab eo latam esse, vt institutio facta his verbis, *secundum infra scriptas condiciones*, nullis postea adscriptis condicionibus purè facta existimetur. Etsi namque non potest adiectio illa facere vt condicio vlla institutioni addita dici possit, facit tamen ne institutio vlla ratione videri debeat pura, quamuis nulla condicio sit subiecta, siquidem apertissimè demonstrat voluntatem testatoris illam fuisse, vt puram institutionem non faceret qui heredem instituit secundum infra scriptas condiciones. Nec bona est consecutio, vt quia nullis adiectis condicionibus institutio condicionalis dici non potest, eo magis debeat censeri pura. Potiùs enim esset inferendum nullam prorsus esse institutionem. Non puram, quia testator ab initio egit de facienda illa condicionali, eámque suam voluntatem apertissimis scripturæ verbis declarauit, nec vnquam postea scripturam immutauit. Non condicionalem, quia licèt talem eam esse testator omnimodo voluerit, nullam tamen condicionem adscripsit, ita vt non possit dici sub qua condicione fuerit heres hic institutus, licèt illud quoque verum sit, nec pure institutum fuisse, cùm institutio scindi nequeat, nec verba illa, *Titius heres esto*, ab istis immediatè sequentibus separari, *secundum*

dum infrascriptas condiciones. In eóque differt institutio ista ab ea quæ facta sit purè à testatore destinante aliquam inserere condicionem. Illam enim nihil impedit pûram esse aut saltem puram fieri, si contraria destinatione testator nullam adiicere condicionem velit. At quæ habet illam adiectionem, *secundum infrascriptas condiciones*, numquam pura fieri potest, nec si testator puram facere velit nisi etiam ipso facto adiectionem illam tollat, quia, vt iam dixi, institutio numquam ex sola voluntate sed ex scriptura quoque vel saltem ex eo quod palam nuncupatum fuit æstimatur. Ineptius verò est argumentum quod Iustinianus à Papiniani responso tanquam à simili deducit. Nam in ea specie de qua consultus fuerat Papinianus, vici quos testator ciuitati per fideicommissum reliquerat proprios fines habebât, vt disertè habent verba Papiniani in *d. §. vlt. d. l. cùm pater. 77. de legat. 2.* ideóque tametsi testator morte preuentus non expressisset fines quos se per aliam scripturam expressurum & demonstraturum promiserat, nihil tamen obstabat quo minùs fideicommissum deberetur tanquam vtiliter datum, cùm de ea re constaret quæ per fideicommissum relicta erat. In proposito autem casu nullis à testatore expressis condicionibus quas expressurum se dixerat, nulla alia cõdicio subest quæ institutioni naturaliter insit, quantumlibet dixerit testator velle se institutionem esse condicionalem, quia omnis institutio naturaliter & sua sponte est pura, cùm extrinsecum quid sit & accidentale vt fiat condicionalis. Nec eò magis tamen pura videri potest ea institutio quam testator addendo verba illa *secundum infrascriptas condiciones*, voluit facere condicionalem. Fuisset autem rectius argumentum Iustiniani si Papinianus respondisset de illo casu quo testator reliquisset ciuitati vicos quorum fines demõstraturum se promisisset alios, quàm qui in eum vsque diem fuissent. Tunc enim aliud proculdubio respondisset Papinianus mortuo ante demonstratos fines testatore, quia nec sciri potuisset, non dicam de quo, sed de quanto corpore testator sensisset, atque ita incertum corpus relictum fuisse appareret, siquidem certum illud corpus est quod quale quantúmque sit vel per se vel per relationem ad aliud demonstrari potest, *l. certum. 6. D. de reb. credit. leg. vbi autem. 75. D. de verb. obligat.* Tum verò si bona esset collectio ab ea specie de qua Papinianus respondit ad eam de qua Iustinianus tractat, sequeretur, fore vt institutio pura fieret etiam quam testator ipso testamenti tempore condicionalem facere voluisset, si morte præuentus condicionem quam ab initio destinauerat addere, non addidisset. Illum enim expressè casum Papinianus tractat quo testator morte præuentus non fecerit quod se facturum promiserat, vt Iustinianus quoque fatetur. Atquin quoties testator, qui institutioni condicionem addere destinabat, ideo non addidit quia morte præuentus fuerit, verum est non fuisse mutatam ab eo voluntatem, & consequenter noluisse illum vt detracta condicione heres esset is quem heredem instituit, licèt inspecta verborum figura instituerit eum purè si modò destinabat animo institutioni adiicere condicionem. Hanc enim destinationem mutatam esse oporteret, vt fieret institutio pura, quam sola destinatio faciebat condicionalem. Atque ita eò tandem res recidet, vt dicendum sit dissensisse Iustinianum à Marcello & Vlpiano in *d. §. tantundem.* iuxta eam interpretationem & emendationem, quam attulimus, quæ habet non videri nuncupatum heredem illum cuius institutioni testator voluit condicionem aliquam addere, tametsi nullam addiderit si modò in ea manserit

voluntate, vt nollet detracta conditione heredem illum esse. Nam si hoc verè dicitur, tum quoque cùm destinatio illa testatoris animo tacita retinetur, si modo quacunque ratione de ea constare possit, quanto magis idem obtinebit cùm destinationi accedit scriptura institutionis habẽtis adiectionem illã, *secundum infrascriptas conditiones*, & talis scriptura manet integra, non tantùm facto ipso & re vera, sed etiam quod magis est, eiusdẽ testatoris destinatione? Debuerat saltem Iustinianus suã constitutionem ad eũ casum coangustare, quo testator voluntatem mutasset, nec tamen scripturã mutare morte præuentus potuisset. Quãquam ne quidem hoc casu eam constitutionem rationi iuris consentaneã esse arbitrarer: quia quod semel ritè, rectè ac secundum testatoris voluntatem in testamento scriptum est, quantũ ad heredis institutionẽ, quę & caput testamẽti & quid indiuiduum est, id postea pro parte tolli aut corrigi non potest, multò minùs sola volũtate, si salua in contrarium remaneat scriptura. At cùm testator morte præuentus nõ adiicit conditionem quã adiicere destinauerat, tanto magis habenda est institutio pro conditionali non pro pura, quippe quam testator & ab initio conditionalem facere voluerit, & posteà facturus vtique fuerit si per humanæ sortis rationem licuisset. Accidit itaq; Triboniano in hac specie quod aliàs sæpe, vt iis quę à prudentibus vel Imperatoribus circa alias species cõstituta sunt, dum se vti putat, vt nouum & inauditum quidpiam constituat, abutatur euidentissimè, ac decipiatur cùm decipit, immo & antè quàm decipiat.

ERROR DECIMVS.

De institutione sic facta, Ex partibus quas adscripsi, *aut*, ex partibus quas adscripsero, *aut*, ex qua parte Titius me heredem scripsit, *Ad d.l.2.& l.hoc articulo*.19. *D.de hered.instit.*

AD eandem verò Triboniani inscitiam referendum mihi videtur quod sub Vlpiani nomine scriptum est in *d.l.2.ad fin. D. de hered.instit.* in hęc verba, *Potest autem interesse*, vtrum quis ita scribat, *Ex his partibus quas adscripsi* an *adscripsero*, vt *superiori modo dicas nullis adscriptis partibus nullam esse institutionem, quomodo in illo Marcellus, Ex his partibus, ex quibus matris testamento scripti fuissent heredes sunto: si intestata mater decesserit hos non esse institutos.* Quorum verborum non alius sensus est, quàm hic, Multum interesse an testatoris enunciatio relata sit ad tempus præteritum an ad futurum. Priore casu nullam esse institutionem nullis adscriptis partibus, Posteriore verò esse vtilem etiamsi nullæ sint adscriptæ portiones. Quæ tamen distinctio apertè falsa est. Nam cùm institutio relata est ad partes enunciatas per verbum prętериti temporis, nulla ratio est cur videri debeat conditionalis, aut si qua ratio sit ea ipsa multo magis conditionalem facit institutionem cum enunciatio collata est in tempus futurum. Certi namque iuris est relatiuum si iungatur verbo futuri temporis facere conditionem, quod iunctum verbo præteriti, aut præsentis temporis faceret demonstrationem. *l. Stichum qui meus erit.*

erit. 6. de legat. 1. l. nuper. 85. ad fin. de legat. 3. l. scribit. 34. §. vlt. de aur. & argent. legat. l. nominatim. 34. §. 1. de condict. & demonst. Qua ratione videbatur moueri Marcellus, vt diceret heredes institutos hoc modo, *ex partibus quas adscripsero*, non magis heredes esse nullis adscriptis partibus quàm si ita essent instituti, *si eis partes adscripsero*, vt Vlpianus refert in *princip. d. l. 2.* quod vtique, non similiter dixisset Marcellus ita facta institutione, *ex partibus quas adscripsi*, quo casu bene vidisset non esse hanc nisi falsam demonstrationem, quæ in testamentis vitiare non solet. *l. demonstratio. 17. de condict. & demonstr.* nec magis cùm in ipsa heredis institutione occurrit, quàm cùm in legatis vel fideicommissis. *l. si in nomine. 4. C. de testam. l. non ideo. 5. C. de hered. instit.* Cur enim vitiaretur institutio propter non adiectas portiones institutione sic concepta, *Ex partibus quas adscripsi*, cùm etiamsi nullas testator adscripserit, hoc ipso tamen æquas adscripsisse intelligatur iuris intellectu & potestate? *d. l. quoties. 9. §. heredes. D. eod.* Non idèm est cùm per modum conditionis actum est de partibus in futurum adscribẽdis, quoniam conditiones omnes sicut facti sunt, ita de facto impleri debent non sola potestate iuris: ideóque nullis adscriptis partibus vitiatur institutio quæ ita fuerat concepta *ex partibus quas adscripsero*, quasi defecta cõditione sub qua fuerant heredes instituti, si iuris rationem cum Marcello consulamus potiùs quàm Tribonianum, cuius proculdubio etiam est tota illa clausula *d. l. 2. sed magis est vt sic vtraque institutio accipiatur, si voluntas defuncti non refragatur, Ex quibus partibus adscripsero, si minùs ex æquis quasi duplici facta institutione.* Quis enim vnquam audiit vnica verborum præcisorum formula duplicem institutionem contineri, adeóque quod absurdius & deformius est difformem, vt vna pura altera conditionalis esse existimetur; cùm in cæteris rebus omnibus quæ alioqui minoris sunt, & sollennitatis & momenti, soleat dici nunquam posse aut debere vnam eandémque rem diuerso iure censeri. *vulg. l. eum qui ædes. 23. D. de vsucap. l. 4. de vulgar. & pupill. subst.* Non magis certè hoc fieri potest quàm vt vna numero eadémque institutio, partim pura sit, partim conditionalis. Deinde si verum est vt est, nec Tribonianus ipse negat illa verba *ex partibus quas adscripsero*, conditionalem institutionem continere, perinde atque illa, *si partes adscripsero*, cur non perinde liceat mihi dicere quacunque institutione facta sub qualiquali conditione, videri heredem institutum dupliciter, sub conditione quidẽ, si conditio existet, purè verò si deficiet: cùm è contrario nemo nesciat deficere & euanescere institutionẽ conditionalem deficiente cõditione, tantum abest vt ex eo pura fiat. Adde quod neq; bonũ sensum habere põt ea exceptio, *si voluntas testatoris non refragatur.* An nõ. n. refragatur apertissimè ne possit dici pura institutio cui testato expressã illã iniecit cõditionẽ, *si partes adscripsero*, hactenus saltẽ, vt in dubio voluntatis probatio exigenda sit ab eo qui conditionalẽ institutionem velit in purã conuertere, & ex simplici facere duplicẽ? Nec me turbat quod in eadẽ *l. 2.* adiectũ video, *quam sententiam Celsus libro sextodecimo Digestorũ probat.* Noui enim artẽ hominis qui vt facinora sua occultet aliorũ prudentũ nomina & autoritatẽ adferre solet: quod ei difficile nõ fuit post Celsi cęterorũq; Iurecõsultorũ libros pessimo, nec vllis vnquã suppliciis expiãdo ipsius cõsilio & scelere cõbustos: qui si hodiè extaret ęquè facile nobis esset eius mẽdacia atq; imperitiã detegere. Sed pręter ea quę diximus, illud etiã Triboniani manũ & inscitiã prodit apertiùs quod hãc suã in-

ptam interpretationem adhibet non minùs ad hanc institutionis formulam, *Titius & Sempronius heredes sunto si partes eis adscripsero*, quàm ad illam, *ex partibus quas adscripsero*: quasi tam facile sit condicionis vim violare, cùm ea per modum condicionis expressa est, atque si expressa non esset: quod vtique non ita est. Plus namque potest condicionis figura expressa quàm tacita, *leg. si ita. 65. §. 1. de legat. 1. leg. seruo libertatem. 47. leg. nonnumquam. 52. de condic. & demonstr. leg. in ratione. 30. §. tametsi. D. ad leg. falcid.* longéque facilius est vt ea institutio, *Titius & Sempronius heredes sunto ex partibus quas adscripsero*, habeatur pro pura, saltem aliquo casu & ex aliqua parte, quàm hæc quæ non tantùm sensu, sed etiam verbis ipsis omnino condicionalis est, *Titius & Sempronius heredes sunto si partes eis adscripsero*. Ergo quod sequitur in *dict. leg. 2. Aliter atque in illa institutione, Ex qua parte me Titius heredem scripsit, Tunc enim si non est à Titio scriptus, nec Seius ab eo, nec immerito: hic enim creditur inesse condicio, sed Marcellus hac similia putat*, totum Triboniano non Vlpiano tribuendum est siue contextum verborum parum elegantem consideres, siue ineptitudinem illam rationis. *Hic enim creditur inesse condicio.* Fatendum enim est aut ineptam esse rationem, aut ita concipi debuisse. *Hac enim condicionalis tantùm creditur esse institutio.* Aliæ siquidem, de quibus proximè diximus, & quas Marcellus similes esse putabat, Tribonianus verò dissimiles esse vult an non etiam fatente Triboniano tales sunt vt iis condicio inesse credatur? Vtique cum priùs dixerit videri eas singulas continere duplicem institutionem, quarum prior sit condicionalis. Atqui institutio cui condicio inest fit omnino irrita deficiente condicione. Aut ergo malè Marcellus siue à Celso, siue à Triboniano reprehensus fuit, aut mala ratione mouetur siue Celsus ille sit siue Tribonianus, vt institutionem illam, *ex qua parte me Titius heredem scripsit, Seius heres esto*, dicat esse dissimilem cæteris quasi duplicem institutionem continentibus, condicionalem vnam, puram alteram. Quidni enim perinde dici poterit, inesse quidem illi institutioni condicionem, *Si testator à Titio heres scriptus sit*, ideóque ex ea parte condicionalem esse institutionem, sed non eo minùs puram videri debere si condicio illa defecisse proponatur? Quod tamen si absurdum est, vt sanè & à Celsi quoque sententia alienum, æquè absurdum in aliis supradictis institutionum formulis illud ipsum videri debet. Illud verò omnium suauissimum est, quod ex illa institutione, *ex qua parte me Titius heredem scripsit Seius heres esto*, quam Tribon. ipse fatetur esse merè condicionalem, hoc est ita vt nullo modo nullóque casu euadere in puram possit, sumpsit ille tam præcipitem errandi occasionem, vt eam distinctionem subiungeret quæ sequitur in versic. *potest* an enunciatiatio relata sit ad præteritum tempus an ad futurum. Nempe quia vidit eam formulam per verbum præteriti temporis conceptam esse: nec animaduertit quantum intersit an testator ita scripserit, *Ex qua parte me Titius heredem scripsit*, an ita, *ex partibus quas adscripsi*. Etsi enim vtrique huic formulæ commune illud est vt concepta sit per verbum præteriti temporis, prior tamen non eo minùs est condicionalis, acsi futurum tempus demonstraret, *leg. hoc articulo. 29. eod. tit.* posterior verò semper pura est, nihil prætereà nisi falsam habens demonstrationem, numquam condicionalis: vt suprà probauimus. Et ratio differentiæ est quia cùm testator per verba siue præteriti siue futuri temporis

tertiæ

tertiæ personæ factum demonstrauit, probabiliter ignorare potest quid persona illa vel iam fecerit vel factura sit, ob idque condicionem institutioni hoc ipso iniecisse intelligitur si iam factum fuit, vel fiet quod positum est in formula institutionis. At cùm testator se ad proprium factum retulit, non aliter condicionem facere noluisse intelligitur, quàm si ad futurum quoque tempus se retulerit, quia cùm omnium condicionum proprium illud sit vt circa res incertas versentur, ex iis omnibus quæ ad factum nostrum pertinent, ea sola incerta videri possunt quæ sunt futura quantumlibet sint in nostra potestate. Atque huius nostræ sententiæ argumentum fortissimum sumi potest ex eo quod Paulus scribit in *leg. legaui. 25. De liber. legat.* valere huiusmodi legatum, *Titio centum aureos quos mihi debet lego*, etiamsi nihil mihi Titius debeat, quasi falsa tantùm demonstratione adiecta. Illud verò non valere, *Titio centum aureos quos mihi Seius debet lego*, si nihil Seius debeat, quia inter falsam demonstrationem & falsam condicionem seu causam multum interest, vt ait Vlpian. in *leg. si sic legatum. 75. §. 1. vers. quòd si addiderit de legat.* 1. Sic enim loci illi coniungendi sunt, & ambo explicandi ex iis quæ scripsimus de sententia & emendatione, *dict. leg. legaui lib. 5. coniect. cap. 2.* Videtur autem Tribonianus in corrumpenda sub Vlpiani nomine tota illa Marcelli sententia quæ extat in *dict. leg. 2.* [nihil enim video in tota lege à primis verbis ad extrema vsque quod manum Triboniani non prodat] respexisse ad Iustiniani condicionem in *dict. leg. penult. Cod. de instit. & subst.* aut potiùs ad fauorem institutionis & testamenti quo solo fauore nititur ea constitutio. Nam cùm Iustiniano placuisset vt ea institutio valeret, *Titius heres esto iuxta infrascriptas condiciones*, quamuis nulla adscripta condicione, formulâque in futurum tempus collata, necesse erat alterutrum euenire, vt vel institutiones omnes eodem vicio laborantes æquè validas faceret, vel vt eas inualidas solas redderet quæ in præteritum tempus collatæ essent. Priorem dilemmatis partem eligere Tribonianus ausus non est cùm videret illam institutionem tanquam condicionalem ab omnibus improbari, *Ex qua parte Titius me scripsit heredem, Seius heres esto*, si non sim à Titio heres scriptus. Elegit itaque tanquam coactus posteriorem quam reiicere omnimodo debuerat. Nos verò vt totam tractationem hanc alioqui satis intricatam dilucidè concludamus, dicimus esse distinguendum, an ad ipsius testatoris, an ad extranei personam relata sit enunciatio, vt si ad personam extranei omnimodo sit condicionalis institutio siue facta sit per verba præteriti temporis siue per futuri *dict. l. hoc articulo. 19. iunct. leg. illa autem. 71. eod.* vbi scriptum est huiusmodi institutiones in præteritum tempus conferendas esse non in futurum ne captatoriæ videâtur, *leg. 1. in final. D. de his quæ pro non script. hab.* Si autem ad personam testatoris subdistingui oporteat, an per verba præteriti temporis an per verba futuri, vt priore casu demonstratio tantùm sit non condicio, posteriore verò condicio sit non demonstratio, etiamsi nulla condicionis mẽtio facta sit, sed tantùm partium adscribendarum. Quanto magis si dictum sit, *iuxta condiciones infrascriptas*, facta condicionum aut condicionis expressa mentione. Planè si testator qui nullas adhuc adscripsit condiciones heredem instituat hoc addito *iuxta condiciones supradictas*, aut, *suprascriptas*, non faciet ea adiectio vt sit institutio condicionalis, quia demonstratio quæ falsa reperitur, non potest immutare qualitatem & naturam institutionis.

Quicquid autem præteriti temporis est, id omnino necesse est aut verum esse aut falsum: licèt plerunque à nobis ignoretur, cùm è contrario illa quæ in futurum conferuntur incerta sint pendeántque ex euentu, Vnde est, quod faciunt condicionem, *leg. cùm ad præsens. 37. cum duab. seqq. D. de reb. credit.* quia possunt esse & non esse, licèt non defuerint ex prudentibus nostris qui imprudenter factum aliquod esse credentes existimauerint futura non minùs certa esse per rerum naturam, ac ea quæ iam sint aut aliquando fuerint, inter quos Paulus fuit in *leg. sed etsi. 28. in fin. D. de iudic.* Parcerem autem Triboniano si in constituendo eo iure quod inducit, *dict. leg pen. Cod. de institut. & substit.* Imperatorem egisset non Iureconsultum. Posset enim dici nihil aliud intuitum eum fuisse nisi fauorem testamentorũ & institutionum ex quibus testamenta æstimantur. Sed non possum ferre quod ille abutitur autoritate Papiniani, vt nihil nisi ex summa veráque iuris ratione constituere videatur. Sicut & in *dict. leg. 2. §. vltim.* abutitur ille autoritate Marcelli, qui scripserat & verè, heredes ita scriptos, *ex his partibus ex quibus testamento matris scripti fuissent heredes sunto*, non esse institutos si mater decesserit intestata. Non enim possis nisi ridiculè ex eo inferre quod infert Tribonianus. Illam igitur institutionem nullius esse momenti, *ex his partibus quas adscripsi* si nullas testator adscripserit. In hac enim formula, vt monuimus, factum ipsius testatoris demonstratur, quæ res falsam duntaxat demonstrationem facit, In ea verò formula de qua apud Marcellum demonstratur factum extraneæ personæ, quæ res omnimodo inducit condicionem, *dict. leg. hoc articulo. 19. eod. tit.* In qua etiam lege, vt hoc breuiter addamus, non puto dubitari posse quin Pomponij sententiam idem hic Tribonianus noster corruperit. Nam cùm scripsisset Pomponius hoc articulo, *quisquis*, omnes significari, & ex eo post Labeonem intulisset, si ita scriptum sit, *Titius & Seius quanta quisque eorum ex parte heredem me scriptum habuerit, heres mihi esto*, nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem, neutrum heredem esse posse, addita etiam ratione optima, *quoniam ad omnium factum sermo refertur*, subiunxit Tribonianus de suo, subtiliter si diis placet, *in quo puto testatoris mentem respiciendam. Sed humanius est eum quidem qui testatorem suum heredem scripserit in tantam partem ei heredem fore, Qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti.* Solet enim Tribonianus tùm maximè humanitatis prætextum obtendere cùm iuris rationi & legibus vim apertam facit. In proposito autem illud prorsus inhumanum est quod facit vim etiam voluntati testatoris. Si enim alteruter duntaxat ex scriptis heredibus instituerit heredem hunc testatorem, qui in condicione institutionis posuit, vt ab vtroque institueretur, an non violatur voluntas si defecta condicione per eum qui hunc testatorem heredem scribere noluit, alius admittatur? Deinde cùm non possit alius ille admitti nisi in tantam partem ex quanta scripserit testatorem, si scripserit ex dimidia tantum quis aliam hereditatis dimidiam habebit? An non fiet contra voluntatem adeóque contra verba ipsa Triboniani si totum habeat is qui ex parte tantùm scripsit testatorem? Denique dictio illa, *quidem*, abundat. Scribendum enim erat, *sed humanius est eum qui testatorem suum heredem scripserit, &c.* aut si dictionem illam retineas, scribi debuerat in hunc modum, *sed humanius est eum quidem qui suum testatorem heredem non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti, Eum verò qui scripserit,*

pserit, in tantam partem ei heredem fore. Hunc enim scripturæ ordinem Pomponij & Labeonis sententia prioribus legis verbis expressa postulabat. Sed iam minùs multa in miserum Tribonianum. Iam ad pragmaticos & interpretes nostros redeamus.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXVI.

ERROR PRIMVS.

De subintelligenda in testamento parentis inter liberos clausula codicillari.

QVI testamentum imperfectum inter liberos iure testamenti valere volunt triplicem rationem adferre solent. Primam quo huiusmodi testamentum censeatur adnexam habere clausulā codicillarem, cuius ea vis esse solet vt sustineat testamentum quomodo pragmatici & interpretes nostri loqui solent. Secundam, quòd in testamento à parente inter liberos condito non sint attendēdæ sollennitates iuris ciuilis, sed merū ius gentium, secundum quod non nisi de patris voluntate quærendum est an sit perfecta nécne. Tertiam, quòd iure naturali parentum hereditas liberis debeatur. Sic enim Andr. Gayll. *lib. 2. pract. obseruat. cap. 112. post gloss. in l. coheredi. 41. §. cùm filia in verb. non valuit.* D. *de vulg. & pup. subst. & in l. filij in verb. testato. C. famil. ercisc. Alex. cons. 105. num. 5. vol. 7. Ias. in l. hac consultissima. §. ex imperfecto. num. 2. & 8 Cod. de testam. & ad auth. nouissima num. 21. Cod. de inoff. testam.* Quæ rationes omnes sicuti ad falsum probandum adferuntur, ita vel falsæ sunt vel ineptæ. Falsa est secunda quia nullæ sunt iuregentium testamentorum sollennitates, vt sequenti capite dicemus. Inepta est tertia licèt sit vera, quoniam cùm parentum hereditas liberis omnibus ab intestato æqualiter iure naturæ debeatur, *l. vlt.* D. *de bon. damn. l. inter filios. 11. C. fam. ercisc. l. matris. 4.* D. *ad SC. Tertyll.* consequens fieret vt non

aliter parentis inter liberos voluntas seruãda esset, quàm si ęqualiter instituti proponerentur, quod etsi plerisque ita esse visum est, falsum tamen esse probauimus ad finem Erroris tertij Decade superiore. Prima verò & falsa est & inepta. Falsa, quia nemo vnquam ex prudentibus nostris, vel dixit, vel admissurus fuit in testamento inter liberos, magis quàm in cæteris subintelligendam esse clausulam codicillarem, vt mox probabimus. Inepta quoniam etsi verum hoc esset, vt in huiusmodi testamento subintelligi eam oporteret, non tamen facere posset, vt parentis testamentum iure testamenti valeret, sed tantùm vt testantis voluntas in eo testamento declarata iure intestati defenderetur, acsi expressa esset in codicillis ab intestato factis. Hic namque sensus est hæc potestas clausulæ codicillaris, vt iam à nobis probatum est in prima Chiliadis nostræ parte. Apparétque ex ea ipsa formula quam interpretes & pragmatici præscribunt, quæ non alia est quàm vt si testamentum non valeat, iure testamenti, valeat saltem iure codicillorum. Implicat igitur contradictionem vt testamentum valeat iure testamenti, & vt defendatur per clausulam codicillarem, quæ scilicet semper condicionalis est, & cuius conditio deficit subsistente testamento. Sed ostendamus clausulam istam codicillarem in testamento inter liberos, non magis quàm in cæteris subintelligi vnquam posse. Non desunt qui dicant subintelligendam esse in omnibus omnium testamentis, quam sententiam, quod magis miror, secutus est ex recentioribus Iacobus Cuiacius, siue quoniam, vt ille ait, dubitandum non sit, quin testatorum omnium eadem sit voluntas quæ illius Lucij Titij de quo in *l. pen. §. vlt. de legat. 2.* vt si quid minùs ritè perítéve fecerint, pro iure tamen legitimo haberi debeat sani hominis voluntas, siue potiùs vt alij ratiocinantur, quòd cùm is ferè omnium non modò testatorum, sed etiam notariorum mos & stylus sit, vt in testamentis clausula hęc addatur, credendum sit per errorem potiùs quàm consultò prætermissam eam esse, si quando prætermissa reperiatur, vnde est quod tanta contentione disputant nostri interpretes post Bartol. ad *l. 1. D. de iur. codicill.* An cùm è contrario adiecta reperitur hæc clausula, credenda sit ex voluntate testatoris adiecta esse, quod vtique & probabilius & receptius est, an potiùs vt plerique voluerunt, ex vulgari stilo & consuetudine notariorum. Sed tamen, & in foro & in scholis, vt alibi monuimus, iampridem explosus hic error est, neque dubitatur quin extra testamenta quæ inter liberos, aut ad piam causam fiunt, necesse sit exprimi clausulam codicillarem, quandoquidem quisquis testamentum facit nihil minùs agit, quam vt codicillos ab intestato facere videatur, nisi fortè tam stultus proponatur, vt ei potiùs interdicendum sit factione testamenti & codicillorum, si putat se posse decedere testatum simul & intestatum. Et verò cùm clausulę codicillaris effectus vnicus ille sit, vt legitimi successores rogati videantur de præstandis ab intestato iis omnibus quæ in testamento data sunt, acsi in codicillis ab intestato factis relicta essent, quis dicat testatorem videri cogitasse de legitimis heredibus cùm testamentum ordinauit, in quo fortassis extraneum heredem instituit, nisi vt eos excluderet, non etiam vt vel honoraret, vel oneraret? Quòd si fortè iidem testamento scripti reperiantur, qui ab intestato successuri essent. Attamen ne tum quidem de clausula codicillari adscribenda cogitasse testator intelligitur, quoniam nihil omnino simile aut commune habet testamentũ cũ codicillis ab intestato factis, sicut neq; successio

testati

testati cum successione intestati. In eámque rem apertissima sunt verba *l.1. D.de iur.codicill.l.vlt.C.eod.d.l.coheredi.41.§.cùm filia.D.de vulg. & pupill. subst.l.generaliter.24.§.ex testamento.D.de fideic.libert.l.1.C.eod.* nec alios iuris locos qui plures adferri possent, conquiramus. Sola testamenta quæ inter liberos facta sint, ab interpretibus excipiuntur, quasi quæ priuilegium hoc habere debeant, vt clausulam codicillarem semper adnexam habere existimentur, nisi quod eâdem audaciâ interpretes id ipsum protrahunt ad testamenta facta in fauorem piæ causæ. Moti ex perpetuo illo errore, quo existimant priuilegia omnia liberis concessa etiam ad piam causam protrahi, & posse & debere, vtpote quæ filij loco esse credatur. Ego verò nô video quid dissimile sit in testamentis inter liberos, aut ad pias causas factis, & propter quod in iis locum non habeant illæ ipsæ rationes, quas proximè attulimus ad probandum clausulam codicillarem in aliorum testamentis subintelligi nunquam debere. An non enim æquè de testamento faciendo cogitat qui testatur inter liberos, atque si inter extraneos testaretur? Quam ergo voluntatem habere potest, aut decedendi ab intestato, aut liberos suos tanquam legitimos sibi heredes futuros, & ab intestato grauandi? An fortè solus fauor liberorum, aut piæ causæ facere poterit, vt neque curanda, neque inquirenda sit hac in re voluntas testatoris, quasi paullatim eò tandem decurrendum sit, vt dicamus clausulam hanc videri adiectam à lege potiùs quàm à testatore? Atqui esset hoc longè absurdius, quia legis quidem est hereditatem præsertim legitimam, & ab intestato deferre.*l. lege obuenire.130.de verb. signific.* sed non legitimos successores fideicommissis vllis, aut aliis præstationibus onerare, si eos paterfamilias non onerauerit, quia neque legis est fideicommissa relinquere, sed patrisfamilias, siue cum testamento, siue ab intestato decedentis. Mouit fefellítque interpretes omnes hoc vnum, quod vident ex Imperatorum constitutionibus, de quibus præcedente Decade scripsimus defendi testamenta parentum inter liberos etiam quæ sint imperfecta, vel qua alia ratione nullius momenti.*l.vlt.C.famil.ercisc.d.l.hac consultissima.21.§.ex imperfecto.C.de testam.Nouell.107.de testam.imperf.* Non alia, vt putant, ratione, quàm quod parentum omnium ea voluntas esse credenda sit, vt huiusmodi testamenta inter liberos omni meliori modo valere velint. Atquin hæc ipsa ratio facere potiùs debuerat, vt aliud iuris esse interpretes agnoscerent, quia si iuris ratio ita ferret, vt clausula codicillaris in parentum testamentis inter liberos subintelligeretur, nullis opus erat Imperatorum constitutionibus ad confirmandas eiusmodi voluntates, cùm nec aliud Imperatores induxerint, nisi vt ab intestato eæ voluntates defendantur, quod vtique subintellectæ clausulæ codicillaris potestas sua natura assequi potuisset: aut si cum iisdem interpretibus sentire velis, factum esse ab Imperatoribus, vt testamenta parentum imperfecta, iure nihilominùs testamentum sustineantur, quod nos improbauimus in *dict.Error.3. Decadis superioris*, tanto magis falsum reperietur commentum istud de subintelligenda in istiusmodi testamentis clausula codicillari, siquidem, vt initio capitis disputauimus, nullus potest esse vsus & effectus clausulæ codicillaris in eo testamento quod subsistat iure testamenti. Nec rursus pro tuenda interpretum opinione possis dicere, saltem post supra relatas Imperatorum constitutiones cœpisse dici posse, quod volunt interpretes clausulam codicillarem in hoc testamẽtorum genere subintelligẽdam esse. Nam quemadmodum clausula ista codicillaris,

nulla egebat noua constitutione, vt suum illum haberet effectum conseruandæ parentum inter liberos ab intestato voluntatis. Ita neque Imperatorum autoritas potuit egere auxilio clausulæ codicillaris ad inducendum, vt parentis voluntas quælibet, de qua etiam per coniecturas & indicia constaret, iure voluntatis intestati defenderetur. Et verò cùm ex ratione iuris saltem eius quo vtimur post Theodosij constitutionem in *l. vlt. in fin. C. de codicill.* non aliter valeant codicilli quàm si habeant quinque testes, dicendum esset si nihil aliud Imperatores induxissent, nisi vt in testamentis inter liberos clausula codicillaris subintelligeretur, non aliter locum fore constitutionibus, quàm si quinque testibus parentis voluntas munita esset: quod tamen falsum esse nec interpretes ipsi diffitentur, qui vel nullos testes requirunt, si patris schedula & scriptura priuata ipsius voluntatem inter liberos continens proferatur, vt supradicto loco concludit Andr. Gayll. *num. 7. & 8. post Bart. & Castr. ad l. si is qui. D. qui test. facer. poss.* Bald. & Iaf. ad *Auth. quod sine. C. famil. ercisc.* vel duobus testibus contenti sunt, si pater voluerit testari per nuncupationem. Adeò vt putent si patris scriptura duos testes habeat, vel nuncupatio à patre facta, defendendam esse voluntatem iure testamenti non codicillorum, teste eodem Andr. Gayll. *num. 13. vers. sexto amplia, post glos. in l. filij. in verb. ab intestato. & ibid. Salic. & Fulgos. C. famil. ercisc. Imol. in l. si filius qui in potestate. D. de liber. & posth. Iaf. in d. §. ex imperfecto. num.* 14. de quo in sequenti capite latiùs dicemus. Non ergo defenditur ex constitutionibus parentis voluntas inter liberos, tanquam habens clausulam codicillarem, sed è contrario tanquam non habens. Nam etsi pater qui inter liberos suos testatur, clausulam codicillarem expressim adiecisset, non eo magis tamen ipsius voluntas iure codicillorum ab intestato defendi posset, si vel testes nulli adfuissent, vel qua alia ratione imperfecti, neque completi proferrentur codicilli, detracta scilicet constitutionum autoritate, sed tantùm iure cuiuslibet voluntatis intestati, quod & iam olim obtinebat. *d. l. filij. 26. C. famil. ercisc.* in illis verbis, *sed etsi tam circa testamentum, quàm circa codicillos iudicium eius deficiat*, quod vtique nihil aliud est, quàm si scriptum esset, *si scriptura patris, neque iure testamenti valere possit, neque iure codicillorum.* Quanto minùs ergo eam vim habebit subintellecta ista, & planè commentitia clausula codicillaris? Nec enim maior solet, aut potest esse ius taciti quàm expressi, vt est in Doctorum brocardico. Itaque non minùs fuit necessaria constitutionum autoritas ad confirmandam ab intestato parentis voluntatem, quæ in codicillis imperfectis declarata esset, quàm ad confirmandam eam quæ testamento imperfecto contineretur. Sed & illud obseruandum est constitutionem Imperatoris Constantini quæ prima hoc ius induxit in *l. vlt. C. famil. ercisc.* non solùm ad testamenta minùs sollennia & codicillos imperfectos pertinere, sed ad eas etiam volũtates, quæ per epistolam fuerint declaratę, adeóque per aliam quamlibet scripturam, vt constat ex illis verbis, *siue cœptum neque impletum testamentum vel codicillus, seu epistola parentis esse memoretur, siue quocunque alio modo scriptura quibuscunque verbis, vel indicijs inueniantur relicta.* Cur ergo volumus Constantinum cogitasse de parentum testamẽtis iure codicillorum potiùs quàm iure epistolæ vel alterius cuiuslibet vltimæ ab intestato voluntatis defendendis? Cúmque nec codicilli ipsi, nisi quinque testes habeāt, codicillorum iure defendi possint, neq; tamen eo minùs valeant ex lege Constantini iure cuiuslibet vltimę volun-

voluntatis intestati, quaenam vtilitas aut necessitas esse potest subintelligẽdę istiusmodi clausulæ codicillaris in testamento, quod non magis codicillorũ iure ab intestato valere possit, quàm iure testamenti? Nec quod in eo testamento fortasse tot adfuerint testes quot adesse necesse erat, vt codicilli ab intestato vtiliter facti viderentur, facere debebit vt eo magis clausulam codicillarem subintelligi oporteat, cùm sufficiant constitutiones quæ volunt citra auxilium talis clausulæ defendi voluntatem iure intestati, eóque alio quàm codicillorum, nec fuerit difficilius Imperatoribus constituere, vt testamenta imperfecta valerent citra ius, & nomen codicillorum, quàm vt codicilli ipsi citra ius & nomen epistolæ, aut donationis causa mortis. Est enim illa vltima voluntas quam constitutiones defendunt, prorsus innominata, & quæ non magis codicillorum, quàm testamenti aut epistolæ nomine donari possit. Denique nullo vnquam casu videas à lege subintelligi huiusmodi clausulas quæ pendent ex voluntate, quia voluntatis quæstio est facti. *leg. voluntatis. 7. C. de fideicommiss.* quod autem facti non iuris est, à iure suppleri nunquam potest. *l. in bello. 12. §. facti. D. de captiu. & postlim. l. denique. 19. D. ex quib. caus. maior.* Iam autem diximus clausulam codicillarem totam vim suam desumere ex testantis qui eam adscribit, voluntate. Ac prætereà tum quoque cùm lex aliquid subintelligere, & vult & potest, aliquam tamen subesse necessitatem oportet, aut vtilitatem quæ idipsum subintelligi suadeat. Omnes enim istæ subintellectiones sunt fictiones, quæ nunquam inducendæ sunt, aut admittendæ nisi ex necessitate. Nulla porrò hic necessitas subest, ad confirmanda parentum inter liberos testamenta, sufficiente constitutionum imperialium potestate.

ERROR SECVNDVS.

De sollennitatibus iuris gentium in testamento inter liberos adhibendis.

ERAT illa secunda ratio quam initio precedentis capitis ab interpretibus nostris adferri dicebamus, cur testamenta parentũ imperfecta inter liberos defendantur. Quia, inquiunt, in huiusmodi testamentis non sunt necessarię sollenitates iuris ciuilis, sed sufficiunt eæ quę sunt ex iure gentiũ, quod nihil aliud inquirit nisi an perfecta sit volũtas testatoris an non, vt tractat Ias. ad *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. nu. 2. C. de test.* Idémq; tractare nostri solẽt cùm disputant de testamentis ad pias causas, aut quę facta sint tẽpore militię, vel pestis. In iis scilicet nihil aliud requiri, nisi vt eas habeant sollennitates quas ius gentium præscribit, licèt desint eæ quas ad præcludendã fraudibus viam constitutas voluit ciuilis legislator. Nos autem supra iam attigimus ridiculam esse hanc traditionem, quia nullæ sint testamentorum ex iure gentium sollennitates, idque nos hoc capite probaturos esse polliciti sumus. Quod vt prẽstemus apertissimè ac cõmodissimè, illud primũ pro certo habendũ est, quod à vulgaribus interpretib. ignorarũt, à nobis iã sæpius traditũ probatũq; est, testamenti factionẽ totã esse iuris ciuilis, nulla ex parte autẽ esse iuris gẽtium. Nec solũ si sollennitates spectemus, in quo sanè omnes conueniunt, sed etiam si originem & rationem inducendorũ testamentorum. Etsi enim

tam magna ratio fuit permittendi, aut potiùs inducendi factionem testamenti, vt vix vlla vnquam gens fuerit quæ testamentis vsa non sit, quia homo sicut ad acquirendum natus est, ita nihil magis appetit quàm vt iis acquirat & paret, quos viuus possit sibi mortuo eligere successores, ipsa tamen ratio naturalis obstabat ne testamentum facere vbiuis gentium quisquam posset: quoniam sicuti nihil tam est conueniens rationi & æquitati naturali, quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. *l. qua ratione. 9. §. nihil autem. D. de acquir. rer. domin.* ita è contrario nihil est quod à naturali ratione magis abhorreat, quàm vt quis transferat in alium plus iuris quàm ipse habeat. *l. traditio. 20. eo. l. nemo plus iuris. 54. de regul. iur.* aut vt iuris quod ipse in præsenti habet translationem conferat in id tempus quo nullum ius sit habiturus. Nihil siquidem refert, an de transferendo dominio agat is qui dominus non est, an verò is equidem qui dominus est, sed collata conuentione in id tempus quo dominus non erit, quoniam dispositio quælibet creditur facta, & tempore in quod confertur. *l. si ego. 9. §. si res. D. de iur. dot. l. quod sponsæ. 4. C. de donat. ant. nupt.* Porrò is qui testatur, licèt eo tempore quo testamentum facit, dominus sit rerum suarum quas idcirco si vellet alienare inter viuos, pro arbitrio posset, confert tamen effectum suæ dispositionis in id tempus quo amplius non erit dominus, id est post mortem suam. *l. 1. D. qui testam. facer. poss.* Nec enim dominus esse potest qui mortuus est, quia hoc ipso est nullus, vnde & illud fit, vt in nullius bonis esse dicantur res hereditariæ antequàm heres aliquis existat. *l. 1. D. de rer. diuis.* & nullius libertus esse, qui defuncti libertus est. *l. 4. in princip. D. de bon. libert. iunct. l. 3. §. planè si fortè. D. de legit. tutor.* Proinde vix est vt non de alienis bonis testari videatur etiam is qui de suis testatur, quod tamen absurdum est. *l. conficiuntur. 8. §. si post testamentum. versic. & de alienis. D. de iur. codicill.* Certè disponit de rebus non suis, cùm certò sit desiturus eas habere in dominio suo, antequàm dispositio effectum sortiatur. Ridiculum igitur est existimare quod vulgus interpretum existimat testamenti factionem esse ex iure gentium. Quæ nec aliam ob causam dicitur esse iuris publici in *l. 3. D. qui testam. facer. poss.* quàm quod sit iuris ciuilis, cuius partem constituit ius illud quod specialiori denominatione publicum appellatur, ita vt iure publico fieri dicatur, quod fit iure testamenti. *l. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. falcid. iunct. l. qui duos. 42. D. de vulg. & pup. substit.* Nec quod adferunt interpretes testamentorum vsum apud omnes gentes receptum fuisse, & longè ante promulgatas leges duodecim tabularum, ad rem facit. Cùm enim quæritur an quid ex iure gentium sit, an ex iure ciuili, non tam illud inspiciendum est, an apud omnes gentes obtineat necne, quàm vtrum ex naturali ratione inductum sit, an ex ciuili: siquidem quemadmodum ius omne æstimatur, pendétque ex ratione, ita ius naturale itémque ius gentium ex ratione naturali [hac sola differentia, vt hoc obiter dicam quod ius naturale versatur circa eas res quæ hominibus communes sunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas quæ hominibus solis conueniunt] ius verò ciuile ex ratione ciuili. Alioqui dicendum erit hodie stipulationes esse iuris gentium cùm nulla ferè gens sit, quæ non vtatur stipulationibus quas tamen nemo nescit esse iuris ciuilis, si earum origo spectetur, & ratio quæ ipsas induxit *§. de constituta. Instit. de action.* Hoc verò præsupposito quod negari meo iudicio non potest. Originem testamentorum esse ex iure ciuili,

prorsus

prorsus consequens fit quod contra interpretes probandum suscepimus, vt testamentorum sollennitates nullę ex iure gentium esse possint. Neque enim testamentorum sollennitates vel intellectu ipso percipi possunt sine testamento cui tanquam subiecto insunt velut accidentia. Proinde si testamenta iuri gentium incognita sunt, eorū quoque sollennitates eodem iure omnino incognitas esse necesse est. Et quemadmodum præposterum esset dicere iuris gentium esse id quod ab initio fuisset iuris ciuilis cùm ius gentium ordine temporis,& naturæ sit antiquius iure ciuili. Ita & præposterum erit si quis dicat, testamentorum, quæ omnia sint iuris ciuilis, sollennitates aliquas esse iuris gentium: quæ omnes vtique sunt iuris ciuilis, si ius ciuile sumas quatenus à naturali vel gentium iure distinguitur, generaliter tamen ita vt ius quoque prętorium comprehendat, ex quo etiam nonnullę testamentorum sollennitates inductæ fuerunt, vt Iustinianus in Institutionibus refert, *tit. de testam. ordin.* A primo enim illo tempore quo vsus testamentorum introductus fuit, dubitandum non est quin eorum quoq; sollennitates eodem iure ciuili fuerint introductæ. Vt proinde nulla postmodum causa vel necessitas subesse potuerit implorandi iuris gentium ad alias inducendas. Nam ius quidem gentium constitutum fuit vt suppetias ferret iuri naturali,& similiter ius ciuile, vt suppetias ferret iuri gentium, si quando per improborum ciuium procaciam & perfidiam violaretur, sed vt ius naturale vel gentium subsidio sit & quasi succenturiatum iuri ciuili prorsus inauditum est, neque vnquam regressus fit à iure ciuili ad ius gentium, vt neque à iure gentium ad ius naturale. Indéque est quod cùm Iureconsulti de testamento militari loquuntur, in quo constat non esse necessarias iuris ciuilis sollennitates quę in paganorum testamentis requiruntur, numquam tamen & nusquam meminerunt sollennitatum iuris gentium, quasi sufficiat militibus si iure gentium testentur, sed hoc vnum inculcant, licere militibus testari quomodo possint, quomodo velint sine vlla legum obseruatione dummodo qualitercunque constet de ipsorum voluntate, *l. 1. l. Diuus Traianus. 24. & pass. D. de testam. milit.* Sic & Imperatores cum tractant de testamento tempore pestis condito in *l. casus maioris. 8. C. de testam.* in quo testamenti genere certum est non omnes iuris ciuilis sollennitates necessariò adhibendas esse, non tamen ex iure gentium sumunt eas sollennitates quæ remanent necessariæ, sed hoc tantùm dicunt, aliquid de iure laxatum esse, sed non prorsus reliquam testamentorum sollennitatem esse peremptam: Vt intelligamus si perempta esset omnis illa testamentorum sollennitas quam ius ciuile introduxit, fore vt nulla penitus ne quidem ex iure gentium superesset, quia nec aliæ vllæ sunt testamentorum sollennitates, quàm quæ ex iure ciuili. Sic denique Iustinianus noster, qui tam sæpe, maximè verò in Constitutionibus Codicis & in Nouellis omnium negligentissimè locutus est, cùm de rusticorum testamentis tractat in *l. vlt. eod. tit. C. de testam.* postquàm disertè scripsit quod nos proximè disputauimus testamentorum ordinationem sub certa definitione legum institutam esse nec homines rusticos quibus non est legum peritia, posse tantam legum subtilitatem custodire in vltimis suis voluntatibus, vt inferat iis proinde succurrendum esse, etsi nullum non mouet lapidem vt nouę constitutioni, quomodo solet prętextum aliquem quęrat, nulla tamē legis parte recurrit ad ius gentium, aut ad sollennitates ex eo gētium iure introductas, sed primùm ad antiquas leges & posteriorum Impe-

ratorum constitutiones per quas rusticitati semper consultum fuisse ait, & in multis legum subtilitatibus strictam obseruationem ei remissam esse, vt habet proœmium constitutionis, deinde ad Dei humanitatem, ad quam respicientem se motam dicit vt rusticorum simplicitati subueniret. Postremo ad antiquam rusticanorum consuetudinem quam vult haberi pro lege. An non autem illud omnium maximè conueniens erat, vt in iis testamentis quæ & ruri fierent & à rusticis, neque literarum, neque literatorum copiam habentibus si quando vnquàm aliàs, eæ tantùm requirerentur sollennitates quæ essent ex iure gentium si quæ tales essent, Maximè cùm in fine legis scriptum sit in hæc verba. *Quod igitur quisque rusticorum, sicut prædictum est pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa firmum validúmq; consistat.* Fuit ergo incognita non tantùm prudentibus: sed ipsi etiam Iustiniano commentitia ista distinctio sollennitatum in testamentis adhibendarum, vt aliæ sint ex iure gentium, aliæ ex iure ciuili. Neque verò illi ipsi interpretes nostri, qui distinctionem hanc vt alia tam multa commenti sunt, facilè possint, si seriò interrogentur, respondere, quænā sint istæ sollennitates quas ex iure gentium inductas esse fabulantur. Quid enim difficilius aut per ipsam rerum naturam impossibilius, quàm dicere quid & quale sit id quod nihil est, aut vbi sit quod nusquam est? Hanc tamen vnam adferre solent in qua pluralis ille sollennitatum numerus verificetur, vt duos testes interuenisse sufficiat, eósque fortuitos, & vtriusque sexus, item cuiuscunque nationis. Miror non addere illos, *& ætatis*. Nam vt septem testes interuenire debeant, iique omnes masculi, puberes, ciues, & rogati fatentur esse æquè hæc omnia ex iuris ciuilis constitutione. Nec enim ius gentium agnoscit quantum ad hanc rem attinet, distinctionem istam hominum, ætatum, nationum & sexuum. Vt ex eo quoque apparet quod etiam in codicillis qui Romæ fiunt ea obseruatio necessaria non est, quorum scilicet origo non aliam caussam habuit quàm vt conficiendorum codicillorum faciliorem potestatem haberent ij quos alioquin vel penuria testium, vel quod aliud impedimentum sollenniter testari prohiberet, *tot. tit. Instit. de codicill. d. l. conficiuntur. 8. §. codicilli. D. eod.* Non ignoro tritam illam nostrorum sententiam quæ à Christi Domini nostri ore profecta, in hanc rem ab interpretibus detorqueri solere [vt alia pleraque ex diuinis literis deprompta nec tam alienis sensibus facilè temeranda] *In ore duorum vel trium stet omne verbum.* Sed quid obsecro habet hoc commune cum iure gentium aut cum sollennitatibus testamentorum ex iure gentium eruendis? Inferendum potiùs esset sollennitatem illam adhibendorum duorum vel trium testium, siue in testamento siue in alia re qualibet esse ex iure diuino, tanquàm quæ à Deo ipso Opt. Max. fuerit cōstituta. Quod tamen quàm falsum sit, ex eo intelligimus quod Pontifices ipsi, quibus omnibus nihil vnquam fuit antiquius, quàm vti nequid constituerent quod à iure diuino abhorreret, non alia testamenta valere passi sunt quàm quæ facta sint coram duobus testibus & parocho *cap. cùm esses Extr. de testam.* quamuis eo loco supradicta Euangelij verba referantur, non tam vt sollennitatem hanc à iure diuino esse appareat, cùm neque de testamento vllo neque de parocho tùm Christus loqueretur, quàm ne quis putet adeo necessarium esse omnimodo numerum septem testium vt non possint duo sufficere: si præterea interueniat parochus, cuius præsentia pronitásq; nullā fraudis suspicione subesse patiatur. Nec sanè si metum ius gentium

tium consulas, numerus vllus siue binarius siue alius præscriptus est ad probationem non dicam testamenti, sed neque alterius rei cuius veritas sit in obscuro. Quid enim esset in obscuro aut quod tantas probationes exigeret quantis hodie passim opus est si per hominum perfidiam ius gentium non violaretur: Cúmque probationum vsus etiam hodie nullus sit nisi propter iudicia & actiones. At non prorsus consequens est vt quemadmodum & actiones & iudicia sunt iuris ciuilis, quod omnes fatentur, ita & sint probationes? Non ergo ex iure gentium. Quod & non obscurè colligi potest ex *l.* 1 D.*de testib.in vers.quamquam*, vbi scriptum est numerum testium legibus definitum esse, cúmque quibusdam legibus amplissimum, sed postea ex constitutionibus Principum ad numerum sufficientem coarctatum. Quò etiam pertinet quod Vlpianus scribit in *l.vbi numerus.* 12.*eod.* duos testes sufficere vbi numerus non adiicitur, scilicet in ea lege quæ de testibus loquitur. An quia vt nostri volunt, ius gentium contentum sit numero duorum? Minimè, sed quia vt Vlpianus subiicit pluralis elocutio nimirum legis, duorum numero contenta est. Atqui, inquies, nulla est perfidia legitimi heredis qui testamentum quod eo fortassis absente factum sit ignorat & negat. Fateor, sed non ex eo inferre possis, ad probandum testamentum esse ex iure gentium vt duo testes requirantur. Non solum quia priùs tibi probãdum esset, quod iam negaui testamenta esse iuri gentium cognita, sed etiam quia si merum ius gentium inspicias, neque legitimus heres, neque alius quisquam est qui heredi scripto controuersiam hereditatis facere possit, cùm vel ipsum nomen legitimi heredis ostendat descendere nos ad ius ciuile quoties de legitimo herede tractamus. Solus ille controuersiam facere posset qui defuncti bona primus occupasset. At eo casu occupator ille haud dubiè vinceret, nec quicquam heredi scripto prodesset, quod probaret testamentum, etiamsi poneres quod falsissimum est, aliquam actionem iure gentium eo nomine comparatam esse, cuius exercendæ gratia probationes requirerentur: quia iure gentium res non habet dubitationem quin primi occupantis fiant quæ in bonis sunt nullius. In quo numero esse res omnes hereditarias antequàm heres aliquis existat ipsum etiam ius ciuile fatetur, cuius autoritate ob eam causam necesse fuit induci fictionem hereditatis quæ in diem vsque aditionis vicem personæ defuncti sustineret, ne dici posset bona esse nullius quæ dominum aliquem interim habere intelligerentur, quamuis non etiam possessorem *dict.leg.*1.*D. de rer. diuis.l.cùm heredes.*23. *D.de acq.possess.leg.heres* D.*hereditas.*22. *D.vsucap.l.liber homo.*13.§.*si seruus hereditarius.leg.ob id.*43. D.*ad leg.Aquil. l.si ante.*25.D.*de interrog.in iur.fac.l.non minus.*31.§.1.D.*de hered.instit.* Ex quo apparet non posse iure gentium dari casum in quo tractari possit de probando testamento, sed totum hoc pertinere ad ius ciuile ex quo est non solum hereditas, sed etiam petitio hereditatis siue testamentariæ siue legitimæ, vt & cæteræ omnes actiones, & quæ ad actiones exercendas necessariæ sunt probationes, quarum nulla planè esset necessitas, si ius gentium ab improbis hominibus non violaretur.

ERROR TERTIVS.

De testamento inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo, quàm institutionis.

SI pater testatus sit inter liberos, sed ita tamen vt vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo quàm institutionis. Placet interpretibus nostris non valere testamentum, & cessare hoc casu dispositionem vt loquitur. §. *ex imperfecto. l. hac consultissima.* 21. *C. de testam. vt tractat Salicet. ad Auth. nouissima & ibid. Alber. num.* 1. *C. de inoffic. testam. Alex. cons.* 76. *incip. ponderatis his num.* 17. *vol.* 3. *Iul. Clar. in §. testamentum quæst.* 8. *num.* 7. Rationem adferunt quia institutionis titulus cùm sit longè honorabilior, respicit fauorem liberorum quibus non solùm honorificentius, sed etiam multo commodius est succedere ex institutione quàm ex legato *l. filium.* 5. *§. sed & si portio. D. de legat. præst.* siue propter ius adcrescendi, quod etiam inter institutos in re certa locum habere volunt interpretes. Siue ad hoc vt propria autoritate ac sine licentia heredis possint occupare eam rem ex qua fuerunt instituti, quod vtique facere non possent citra metum interdicti. Quod legatorum, vt à nobis alio loco pluribus disputatum est. Atqui quod à Theodosio constitutum fuit in *d. §. ex imperfecto*, non aliam rationem habet quàm fauorem liberorum, vt iidem interpretes pro certo supponunt. Ergo non debet ea constitutio in ipsorum odium retorqueri, quomodo retorqueretur si huiusmodi testamenta in quibus legitima alio quàm institutionis titulo relicta esset defenderetur, *vulg. l. quod fauore.* 6 *C. de legib. l. nulla.* 25. *D. eod.* Addunt non sufficere ad validitatem testamenti in personis liberorum tacitam institutionem, quæ, inquiunt, in extraneis admitteretur, putà in hunc modum, *si is qui ab intestato mihi successurus est heres esse nolit, substituo Titium.* Ratione illa quod liberos necesse est vel institui vel exheredari. §. 1. *Instit. de exhered. liber. l. inter cætera.* 30. *D. de liber. & posthum. sic enim Andr. Gayll. lib.* 2. *practic. obseruat. cap.* 112. *num.* 11. *&* 12. *post Iulium Clarum in d. §. testamentum. quæst.* 35. *num.* 2. At alij contrà volunt non eo minùs valere patris testamentum inter liberos, quòd vni ex ipsis relicta sit legitima titulo fortassis legati, quam sententiam scripsit *Ias. ad d. §. ex imperfecto num.* 4. se putare veram sicut euangelium. Motus ex eo quod defectus tituli institutionis sit defectus sollennitatis inductæ à iure ciuili non à iure gentium, ob idque nec curandus videatur, supposito nimirum eo quod in præcedentibus diximus ab interpretibus probatum esse. In testamentis inter liberos non alias quàm iuris gentium, sollennitates necessariò requiri. Hîc verò liceat mihi quæso exclamare, Quàm misera malèque tuta esset religio nostra, si euangelij sacrosancti veritas indubitata tam stultis falsisq; opinionibus Iasonis responderet! At è contrario quàm felix iurisprudentia, beatique nos omnes qui iurisprudentiam profitemur, si quâ toti Ecclesiæ promisit Deus Opt. Max. Spiritus sancti præsentiam ne aberrare vnquam posit, eandem Doctoribus nostris promisisset, tum saltem cùm in vnam sententiam conuenirent, ne dubitare possemus, quin è cõtrario verum esset, quod ab omnibus probaretur. At nescio quo facto aut potiùs nescio qua iurisprudentiæ nostræ infelicitate factum est vt vix quicquam absurdius dici possit, quàm quod nostri pro vero & explorato habent consentientibus

tiētibus omnium votis, si modò tale illud sit, quod aliquam vel minimā possit apud peritiores recipere dubitationem. Neq; sanè huius rei exemplū luculentius quęrendum est, quàm quod nunc pre manibus habemus. Quid enim stultius somniari ab ægroto potest, quā quod vult Iason audétq; dicere, perinde atq; Euangelium verum esse, valere testamētum parentis inter liberos, etiamsi vni ex liberis relicta sit legitima alio titulo, quàm institutionis? Immo verò etiamsi relicta esset liberis omnibus legitima cuiusq; portio titulo ac iure institutionis, non eo magis tamen valeret iure ciuili testamentū, si neque essent ij omnes instituti heredes ex aliqua hereditatis parte neq; exheredati, vt contra omnium interpretū opinionem probauimus apertissimè in Error. Decadis. Ratio autem illa quam adfert Iason, quòd sollennitas illa relinquendę liberis legitimæ titulo institutionis non sit à iure gentium, sed à iure ciuili, duplicem continet errorem. Vnum illum quod putat hanc esse vnam ex testamentorū sollēnitatibus iure ciuili introductis, vt legitimā præsertim descendentibus debitam relinqui oporteat titulo institutionis, quod falsum est. Nam sicuti ad validitatem testamenti iam diximus non sufficere, vt filio relicta sit legitima titulo institutionis, nisi etiam illud cōcurrat vt ex aliqua hereditatis parte filius vel institutus sit vel exheredatus. Ita è cōtrario si ponas ex aliqua vel minima, non dico bonorum, sed hereditatis particula institutum fuisse filium, vel à tota hereditate exheredatum, nil necesse est relinqui filio legitimam titulo institutionis, vt eo magis valeat testamentū, sed sufficit vt quoquo titulo relinquatur. Adeo vt etiamsi minus legitima relictum fuerit, nulla tamen ratio superſit impugnandi testamenti, sed agendi duntaxat ad supplementum ex *l. omnimodo. 30. C. de inoff. testam. & §. hac autē disposuimus. Nouell. 115. vt cùm de appell. cognosc.* Alius Iasonis error est, quod cùm negat hanc relinquendę titulo institutionis legitimæ sollennitatem esse ex iure gentium, licèt verè neget, hoc ipso tamen agnoscit aliquas esse testamentorum sollenni[t]ates iure gentium comparatas, quod nos proximo capite refutauimus. Debuerat igitur Iason hanc suæ sententię rationem adferre, quòd nulla siue gentium, siue ciuili iure talis inducta sit sollennitas, vt legitimam oporteat relinqui liberis titulo institutionis: quamquam, vt fieret bona ratio, addendum esset *dummodo ex aliqua hereditatis parte filius esset institutus vel exheredatus.* Quod tamen Iason non addidit, quia nec didicerat addendum esse. In eo denique labitur Iason, quod cum vulgo cæterorum interpretum existimat factum fuisse à Theodosio in *d. §. ex imperfecto*, vt testamenta parentum inter liberos quæ sollēnitatibus iuris ciuilis destituta sunt, si modo eas habeant quas iidem illi vocant sollennitates iuris gentium defendantur iure testamentorum: quod nos etiam in præcedentibus confutauimus, cùm in contrarium probauimus nihil aliud egisse Constantinum in *l. vlt. C. fam. ercisc.* Theodosium in *d. §. ex imperfecto*, & Iustinianum *Nouell. 107. de testam. imperf.* quàm vt parentum inter liberos voluntates iure intestati tuerentur. Atque hæc quidem ad nouum istud Iasonis euangelium cōfutandum adduxisse sufficiat, vt iam ad communem errorem confutandum accedamus. Primùm autem confutari potest iis ipsis rationibus, quibus error Iasonis. Laborat enim iisdem vitiis, in eo quod supponit, ex ratione iuris communis relinquendam esse liberis legitimam titulo institutionis, & valere testamentum in quo sit relicta legitima titulo institutionis etiamsi filius ex nulla hereditatis parte sit institutus, neque exheredatus:

Item sollennitates testamentorum alias esse à iure gentium, alias à iure ciuili. Postremo valere huiusmodi testamenta parentum inter liberos, ex constitutione Theodosij iure testamentorum: quæ omnia falsò & absurdè dicũtur. Sed in cõmuni errore illud amplius & peius est quàm in errore Iasonis, quod volunt alij, liberos ideo instituendos esse, quia ad liberorum fauorem id maximè respiciat vt instituãtur, cùm & honorabilior, & longe vtilior sit titulus institutionis quàm legati aut fideicommissi. Nam & hoc quoq; nos refutauimus in prima Chiliadis huius parte, & ostendimus heredem ex certa re institutum non haberi nisi loco legatarij, cùm alius adscriptus est heres vniuersalis. Nec repugnat Vlpianus in *d.l.5.§.sed etsi portio de legat.præst.* Nõ enim ait solum institutionis titulũ esse honorificentiorem, si quis ex re certa institutus proponatur, sed hoc tantùm scribit, *hereditates non solùm honesto titulo, sed & pleniore honore tribui.* vt intelligamus honorem hunc qui in institutione maior esse creditur, non tam ex eo descendere quòd quis institutus sit, quàm ex eo, quòd sit institutus in hereditate: quia nec institutio, sed hereditas illa est, quæ honorem hunc tribuit instituto vt defuncti personam repræsentet, eiusdémque iuris esse censeatur cuius fuerat defunctus. Itaque vt bona sit hæc ratio Doctorum debet concludere, instituendos esse liberos non in legitima sed in hereditate, aut in aliqua hereditatis parte, quod longè diuersum est, quoniam legitima etiam apud interpretes nostros qui in hoc bene sentiunt, non hereditatis portio est, sed bonorum, cùm eius ratio non nisi deducto ære alieno constituatur, quod ex bonis tantùm non etiam ex hereditate vnquam deducitur, *l. Papinianus.8. quarta autem. D.de inoff. testam.* Sed etsi nihil aliud inspiciendum esset, quàm quòd volunt interpretes, nimirum quid liberis fauorabilius esset, sequeretur, nec esse parentibus permittendum vt in eiusmodi testamentis imperfectis liberos suos exheredarent: quod etsi nos pro vero magis quàm pro absurdo habemus, quia non putamus huiusmodi voluntates alio quàm intestati iure defendi, absurdissimum porrò fuerit credere exheredationem ab intestato fieri posse, vt in sequentibus latiùs dicemus, apud interpretes tamen necesse est vt pro absurdo habeatur, quippe qui velint hæc testamenta imperfecta valere iure testamentorum. Nulla enim vnquam talis lex testamentis dicta est, vt parentes cogantur præcisè & omnimodò liberos suos instituere, sed alternatim & sub disiunctione, vt necesse habeant eos vel instituere vel exheredare, *d.§.1. Inst. de exher. liber. & tot. tit. D. de libert. & posthum. hered. instit. vel exhered.* ad tollendum scilicet & excludendum vitium præteritionis, quod non minùs per exheredationem tollitur quàm per institutionem. Excepto vno illo casu quo posthumus nepos ex consilio Galli Aquilij fuerit institutus. Filium enim qui testamenti tempore præcedit adeo institui necesse est vt non sit liberum patri eum exheredare, ne alioqui post mortem suam exheredatus filius videretur, *leg. Gallus.29.§. in omnibus eod. tit.* Denique huic interpretum errori illud etiam consequens fieret, vt non nisi æqualiter institui possent liberi à parentibus in huiusmodi testamentis imperfectis, siquidem admissa inæquali institutione, sicuti fauetur iis qui reperiuntur instituti ex maiore portione quàm quæ ab intestato eos contingeret, ita è contrario cæteris qui minùs consequuntur, quàm ab intestato fuissent consecuturi, damnum irrogatur: nec potest vni faueri si tres pluresve sint liberi, quin cæteris omnibus noceatur, cùm ex omnium cæterorum portionibus delibari-

delibari necesse sit, quod in vnum supra contingentem ab intestato portionem conferatur: Nisi parens tanto magis aliquos ex liberis grauare voluerit vt pluribus faueret. Atqui iam probauimus in præcedentibus, constitutiones istas Imperatorum Constantini, Theodosij & Iustiniani ad eum casum coarctari non posse, quo liberi æqualiter fuerint heredes instituti. Nō igitur bona est illa ratio propter quam cogendi sint parentes, vt legitimam relinquant liberis titulo institutionis. Ne scilicet in odium liberorum retorqueatur, quod ipsorum fauore inductum fuit, quia non tantùm ad liberorum fauorem respexerunt Imperatores, verùm etiam ad coniunctum fauorem parentum, inter liberos testantium, & præterea ad fauorem vltimæ voluntatis, ita vt quo casu triplex iste fauor non concurrit, non possint locū habere supradictæ constitutiones: Casus verò ille alius non est, quàm si pater aliúsve parens quilibet habens liberos, non tantùm inter eos, sed etiam inter extraneos testari velit. Nam cùm parens inter solos liberos testatus est, quoquomodo de bonis suis disposuerit, dum ne liberos exheredauerit, vel minus legitima portione cuiquam ipsorum reliquerit, satis interuenisse creditur fauor liberorum quantum ad inducendam potestatem constitutionū, tametsi ex inæqualibus portionibus instituti sint. Nec aliud erit etiamsi personis liberorū extraneas miscuerit, cùm quod ad extraneas personas attinet si fuerint institutæ, habeatur institutio pro non scripta. Dico, *si fuerint institutæ*, quoniam si extranei non instituti sed legatarij vel fideicommissarij vel liberi scripti proponantur, valebunt vtiq; legata fideicommissa & libertates, dummodò probentur non solū per eam scripturā imperfectam, sed etiā per testes, & quidem non pauciores quàm quinq; Sic enim accipio quod scribit ***Iustin. in dict. Nouell. 107. ca. 1. dictáque à testatoribus coram testibus.*** neq; sententiam illorum probo qui in hac re duobus testibus cōtenti sunt. Etsi enim pluralis elocutio, quod illi obiiciunt, verificatur in duobus, id tamen tunc obtinet cùm alius numerus adiectus non est, vt ait ***l. vbi numerus. 12. D. de testib.*** Hîc verò numerus alius quàm binarius adiectus est, non quidē à Iustiniano in ***d. cap. 1.*** sed à Theodosio in ***l. vlt. in fin. C. de codicill.*** vbi constituit vt in omni vltima voluntate quinq; ad minus testes requirantur, quod & Iustinianus ipse confirmauit in ***l. vlt. C. de donat. caus. mort.*** etiam in rusticanorum testamentis quę tamen voluit libera esse ab omni legum obseruatione in ***l. vlt. C. de testam.*** Neq; mirum videri debet nihil à Iustiniano expressim constitutum fuisse de numero testium in ***dict. cap. 1.*** cùm de ea re tractaret quę prioribus legibus iam fuerat definita, ita vt existimauerit parum referre an ita scriberet, ***coram testibus***, simpliciter, an verò hoc etiam addito quod per iustam interpretationem omnino addendum est, ***in qualibet vltima voluntate requisitis.*** Alioqui debuisset Iustinianus de binario numero expressim cōstituere, fecisśetq; si casū hūc speciale à generalib. cōstitutionibus quę in qualibet vltima volūtate quinq; testes requirunt, excipere voluisset. Prętertim cū illud etiā noui inducat, vt in eiusmodi scriptura imperfecta possint extraneis quoq; personis relinqui legata, quę tamē certū est ratiōe iuris nō posse relinqui ab intestato. ***l. illud. 13. in fin. D. de iur. codicill.*** Nimirū quia respicit ad priores suas cōstitutiones, quibus iam fecerat, vt nulla prorsus inter legata & fideicōmissa diuersitas superesset ***l. 2. C. cōmun. de legat.*** Fideicōmissa enim ab intestato relinqui posse nemo ambigit, ***l. filius familias 18. D. ad leg. falcid. leg. & in epistola. 22. de fideic.*** Essent autem duo valde singularia ne

dicam absurda quæ Iustiniani constitutio induxisset, si fecisset vt in ea scriptura quæ non valeret nisi iure intestati legata non solùm relinqui possent extraneis, sed etiam ita relinqui vt duobus testibus contenta essent, quæ omni alio casu, si non septem, quinque saltem testes requirerent. Quòd si possem mihi persuadere cum interpretibus eam fuisse Iustiniani mentem vt huiusmodi testamenta imperfecta iure testamentorum defenderentur, de illo etiam non dubitarem quin eadem Iustiniani constitutio qua parte requirit testes ad validanda legata & fideicommissa in extraneas personas collata de septem testibus intelligi deberet. Ne alioqui in numero quoque testium videretur meliorem fecisse condicionem legatariorum extraneorum vbi testamentum imperfectum esset quàm si perfectum fuisset: Cùm tamen satis supérque iis esse debeat quod hactenus iis consultum voluerit Iustinianus vt legata ipsis data coram testibus quamuis in testamento imperfecto perinde valeant, acsi in testamento perfecto data fuissent. Nam vt sint fauorabiliora quantum ad numerum testium quàm si testamentum perfectum esset, nullo certè colore peti potest. At quia sic Iustinianum intelligo vt testamenta imperfecta non alio iure valere voluerit quàm successionis intestati, ex eo nimirum moueor vt siue de legatis siue de fideicommissis in exteros collatis agatur, non plures quàm quinque testes requiram, quia nec plures in qualibet vltima intestati voluntate requiruntur. Superest vt illud etiam moneamus, in iis rationibus quas suprà diximus, adferri ab interpretibus vt errorem istum, quem nos nunc conuellimus, tueantur, illud etiam falsum esse quod aiunt singulare ius esse liberorum vt expresim eos institui necesse sit, nec sufficiat tacitè fuisse institutos, quasi verò in extraneorum institutionibus aliud obtineat. Nam immo verò heredibus omnibus siue sui sint & necessarij, siue necessarij tantùm, siue extranei commune illud est vt expressè institui debeant, nec tacita institutio vllo vnquam casu sufficiat etiamsi non deficiat voluntas testatoris, *leg.1.l.quoties.9.in princip.* D. *de hered.instit.leg.iubemus.29.C.de testam.* Itaque in exemplo illo quod adferunt de testatore ita locuto, *Si is qui mihi ab intestato successurus est heres esse nolit, substituo Titium*, negandum est non solùm quod illi volunt legitimum heredem hoc ipso scriptum videri, sed consequenter illud quoque quod supponunt pro vero, valere hanc Titij substitutionem. Non enim fieri potest vt bene quis substituatur ei qui nullomodo institutus reperiatur, *l.ex facto.19. D. de hered.* cùm substitutio vulgaris nihil aliud sit quàm institutio secunda, vel quod idem est secundi heredis. Secundus autem heres non nisi ex primi comparatione dicatur. Illa sanè institutio valet, *si legitimus successor heres mihi esse nolet, Titius heres esto, l.si quis ita.82.eod.* at non quasi Titio vulgariter substituto, sed potiùs quasi instituto & sub qualibet alia condicione, cùm nihil obstet quominùs ex voluntate testatoris causa intestati præcedat causam testati in ordine succedendi, vt ad eum locum Baldus notat. Indéque potius apparet institutionem tacitam non magis in agnato proximo, qui si cum liberis conferatur, extraneus est, quàm in liberis ipsis sufficere. Alioquin esset in illa specie legitimus heres habendus pro tacitè instituto, & consequenter Titius pro substituto nec hereditas testamentaria post legitimam deferretur, quod tamen à Scæuolæ non minùs quàm à Baldi sensu abhorret.

ERROR QVARTVS.

De patre qui in testamento, vni ex liberis reliquit minus legitima.

DIVIDENDAE inter liberos hereditatis arbitrium parentibus liberum esse certum est, dummodo non minùs is qui pietatis sibi conscius est, id est, qui impium nihil admisit, partis quæ intestato defuncto potuit ad eum pertinere, legitimam portionem quæ olim quarta erat, hodie triens vel semis est, ex iudicio parentis obtineat. *l. parentibus.8. Cod. de inoff. test am. iunct. Auth. vnde etsi parens.* vbi Ias. *num. eod. l. quoties.* 10. *vbi gloss. & DD. famil. ercisc. l. hac edictali.6.§.1. C. de secund. nupt.* Quod si minùs legitima vni ex liberis parens reliquerit, habet filius querelam inofficiosi testamenti iure vetere inspecto: ex Iustiniani autem constitutionibus actionem ad supplementum *l. omnimodo.30. C. de inoff. testam. §. hac autem disposuimus. Nouell. 115. Vt cùm de appellat. cognosc.* Sed hoc ita si testamentum factum sit. Alioqui non est quod de legitima tractetur, quæ scilicet nihil aliud est quàm portio eius portionis quę ab intestato contingeret, *d. l. parentibus. & l. qua nuper. 31. eod. tit.* Nullo autem facto testamento ea ipsa portio singulis liberis debetur, quę singulos contingit ab intestato, non autem portio portionis: quoniam ab intestato lex æqualiter diuidit inter omnes liberos hereditatem. *l. inter filios. 11. C. famil. ercisc.* Vnde etiam est quod actio quæ datur ad supplementum dicitur actio ex testamento, quia licèt id quod iure supplementi petitur, non fuerit relictum in testamento, perinde tamen habetur ex testatoris voluntate acsi relictum esset. Non quasi de eo testator cogitauerit [idem enim est etiamsi disertè prohibuerit testator ne quid amplius petatur, cùm quicquid in fraudem legitimæ adscriptum est pro non scripto habeatur ex alia eiusdem Iustiniani constitutione in *l. quoniam in prioribus. 32. C. de inoff. testam.*] sed quia cùm alterutrum omnimodo euenire necesse sit, vt vel suppleatur filio legitima, vel testamentum per querelam inofficiosi rescindatur, siquidem filium in legitima damno affici non oportet, non est dubitandum, quin testator idémque parens, quantumuis malè fuerit erga filium affectus, electurus tamen esset si viueret, vt filius saluo testamento legitimam integram consequeretur, repugnantibus licèt iis verbis quæ aliquando in testamento addidisset, quàm vt testamentum euerteret, multóque ampliorem portionem ab intestato nancisceretur. Nam vt ab intestato succedat filius, nec tamen nisi in legitima portione succedat, fieri, vt iam dixi, nullomodò potest. Hinc verò perelegans dubitandi occasio nascitur circa testamenta de quibus nunc tractamus, siue imperfecta velis docere, siue iniusta propter defectum sollennitatum, & nullius momenti. Nascitur autem non apud interpretes qui nullam hac parte agnoscunt differentiam inter testamenta perfecta & imperfecta, cùm hæc perinde atque illa velint valere iure testamenti, sed apud nos qui non patimur defendi testamenta imperfecta ne quidem ex Imperatorum cõstitutionibus nisi iure voluntatis intestati. Quid enim si pater bona sua omnia inter liberos omnes in eiusmodi testamẽto imperfecto diuiserit, sed ita tamen vt vni ex ipsis minùs reliquerit, quàm necesse fuerit ad complendam legitimam portionem. An dicemus hunc qui legitimã nõ habeat integram, cogendũ stare iudicio defuncti, vt legitimæ supplementũ pe-

tere prohibeatur. Atqui nulla vnquam lex fuit, quæ parenti arbitrium dederit fraudandæ legitimæ liberorum, quippe quæ non tantùm ciuili, sed etiam naturali si non iure, saltem ratione debeatur, *vlt. D. de bon. damnat. l. nam etsi* 15. D. *de inoff. testam. l. scripto.* 7. §. *vlt. D. vnd. liber.* Rursum si verum est, vt est, quod diximus, nihil esse quod de legitima ab intestato tractari posit, illud etiam consequens fit vt neque de legitimæ supplemento disputari queat. Præsertim verò si illud etiam est, quod addidimus supplementũ legitimæ nõ nisi actione ex testamento peti posse. Quænam enim actio ex testamẽto cõpetere potest, vbi testamentum nullum factũ est, succeditúrq; ab intestato. Et prætereà cùm actio ad supplementũ cõparata sit & introducta per Iustinianum in vicẽ & locũ querelæ inofficiosi testamẽti vt humaniore remedio prospiceretur filio, ne qua ipsi fraus fieret in legitima, neq; tamen defuncti patrisfamilias iudicia tanquam dementis & insani rescinderentur. Omnino consentaneũ, est vt quo casu non potuisset ante Iustinianum locus esse querelæ inofficiosi testamenti, nec hodie locus fiat actioni ad supplementum. Porrò implicaret contradictionem, vt querela inofficiosi testamenti cõpeteret eo casu quo testamentum nullũ factũ esset, quod vel ipsum querelæ inofficiosi testamenti nomen demonstrat. Neq; igitur fieri potest vt actio ad supplementum vel necessaria vel vtilis esse posit diuisa per parẽtẽ inter liberos ab intestato quantumlibet inæqualiter hereditate. An ergo ita fiet vt plus iuris habeat pater, vel plus potestatis ad fraudandã legitimã liberorũ si inter eos bona diuidat ab intestato, quàm si facto testamẽto? Esset verò absurdius hoc & iniquius quàm vt ferri posit. Itaq; dicendũ est filio qui in legitima oneratus inuenitur, consulendũ quidẽ esse, sed aliter quàm per actionem ad supplementum. Erat autẽ olim expeditissima ratio per quã ei consuleretur siue Constantinianę siue Theodosianę legis tempora inspicimus. Etenim cùm ab intestato liberi omnes succedãt ex iis partibus quas lex cõstituit, hoc est ex ęqualibus, nõ poterat facere siue hereditatis siue bonorũ diuisio inęqualis à patre constituta, vt eo minorem legitimę successionis portionem consequeretur ille ex liberis, cui minùs pater reliquisset, siquidem priuatorem cautiones legum autoritate non censentur, vt Papinianus dicebat in *l. vlt. de suis & legit.* Sed tantùm vt ex portione illius quem pater minùs dilexerat, sumeretur quanto plus pater quàm lex in aliorum portionibus esse voluisset. Hoc vero fieri nõ poterat quin senatuscõsulti Pegasiani autoritas induceretur ad retinendã quartã portionẽ ex eo quod fratrem fratribus præstare necesse esset, tanquam ex fideicommisso, tametsi nullis fideicommissi verbis testator ad grauandũ filium vsus proponeretur: quãdo in fideicommissis non tã illud inspiciendũ est cum quo quis loquatur, quàm in quẽ voluntatis intentio dirigatur, *l. miles ad sororem,* 75. *in princ. l. cùm pater.* 77. §. *donationis. de legat.* 2. Idq; nimirum est quod ait lex Constantini, *iudicio familiæ erciscundæ, licèt ab intestato ad successionem liberi vocentur, seruato senatusconsulti auxilio defuncti dispositio custodiatur.* Iam enim eo tempore obtinuerat ex rescripto Diui Pij vt legis falcidiæ, itémque Senatusconsulti Pegasiani potestas inducta esset in intestatorum successionibus propter fideicõmissa, *d. l. filiusfamilias.* 18. D. *ad leg. falcid.* & propter donationes inter virũ & vxorem quæ fideicommissi partibus funguntur *l. in donationibus.* 12. *Cod. eod.* Ita fiebat vt filius quem pater in legitima quoque per inæqualem diuisionẽ lædere voluerat integram semper falcidiam retineret, & consequenter in-

ter integram legitimam, cùm ea quantitas, cuius retentio competebat siue ex legatis per legem falcidiam siue ex fideicommissis per senatusconsultum Pegasianum responderet quantitati legitimæ portionis. Vtraque enim erat quarta. Vnde & passim à prudentibus & à priorib. Imperatoribus legitima nō alio quàm falcidiæ nomine appellatur, vt alibi probauimus, cùm ex hoc etiam probauimus filiū heredē institutū eundémq; de hereditate per fideicommissū restituēda grauatū vnā duntaxat quartā ex ratione iuris deducere olim potuisse, *l. quamquam.* 10. *eod. l. iubemus.* 6. *C. ad SC. Trebell.* 1. *Papinianus.* 8. §. *quarta &* §. *vnde si quis.* D. *de inoff. testam.* Proinde fieri nullo modo poterat, vt per bonorum diuisionem quantumuis inæqualem à patre factam filius aliquod in legitima damnū pateretur. Sed hodie dubitationem illud facit, quod nō videtur ampliùs huic remedio locus esse, postquàm placuit Iustiniano vt legitima liberorū augeretur, & ex quadrante fieret triens vel semis, nō aucta tamē falcidia legatorū vel fideicommissorū. Tametsi enim filio cui pater minus relictū voluit, portionē quartā tribuas ex tota illa portione quæ ipsum contingit ab intestato, non tamē assequêris vt legitimā integram habeat quæ vel semis pro numero liberorū esse deberet. Nouo igitur aliquo remedio est opus, quod ipsum tamē nō aliūde quàm ex eiusdē Iustiniani cōstitutionibus video peti posse. An verò ex ea quę extat in *l. quoniā in priorib.* 34. *C. de inoff. testam.* vbi cōstituit ille, vt legitima portio nullū onus nullūq; grauamē recipere possit, & vt si quid cōtrà scriptū erit pro nō scripto habeatur: Nō puto: etsi ea lege passim abutūtur nostri vt probēt legitimā liberorū fideicōmisso grauari minimè posse. Iis.n. tēporibus quibus ea cōstitutio à Iustiniano lata est, nil necesse erat tale quid caueri ad impediēdū ne legitima fideicōmisso grauaretur, cùm iam satis prouisum esset senatusconsulto Pegasiano per retentionem quartæ siue ex testamento siue ab intestato fideicommissum datum proponeretur nec plus adhuc eo tempore in legitima portione quàm in falcidia esset. Nōdū enim auxerat Iustinianus legitimam, vt ex quadrāte faceret trientē vel semissem quod ab eo postea factū est in *Nouell.* 18. *de trient. & semiss. Vnde sumpta est Auth. nouissima C. de inoff. testam.* Vt taceā verba *d. l. quoniam*, apertè casum illū demōstrare quo actū sit testamētū, quia nec aliter tractādū esset de legitima portione, nō magis quàm de querela inofficiosi testamēti, vt supra diximus. Qui enim ab intestato succedit pro virili sua & hereditaria portione, vtiq; plus habet quàm legitimā, cùm habeat integrā hereditariā portionē, cuius nō nisi partem cōstituit tota illa portio quam nos legitimā appellamus: Adeò vt si vellet portionem hereditariā repudiare, vel vt meliùs loquar, omittere, ac sola portione legitima contētus esse audiri nō deberet vt bene nostri tractāt post Bart. ad *l. quia poterat.* 4. D. *ad SC. Trebell.* Qua.n. frōte deberi sibi legitimā posset is dicere cui parēs dedisset totā eam portionē quæ ab intestato ad eū fuerat peruētura, siue ex testamēto dedisset siue ab intestato? Petēdū itaq; remediū est ex Iustiniani *Nou.* 39. cui titulus est *de restit. & ea quæ parit xj. mens. in* §. quamobrē: vbi disertè cōstituit vt quisquis rerū suarum fideicōmissū facere vult, priùs & ante omnia teneatur seruare filio legitimā portionē, non quartam [hoc enim iam emendatum fuerat] sed tertiam modis omnibus aut saltem mediam, secundum numerū filiorū. Sicut enim sunt generalia huius cōstitutionis verba, ita & generaliter de fideicōmisso quolibet intelligēda, siue per testamentū sit e ab intestato relictū sit. Quid enim refert an hoc vel

illo modo relictum sit, cùm vtroque casu eiusdem sit iuris & potestatis? Fideicommissum ergo quod pater à filio reliquerit, quamuis relatum ad totam ipsius portionem nulla legitimæ facta detractione, habendum erit pro non scripto ad eam vsq; quantitatem quæ portioni legitimæ respondeat, id autem duntaxat in fideicommisso esse intelligetur, quod detracta legitima supererit. Et consequenter in proposita quæstione vtcunque parens inter liberos siue hereditatis suæ, siue bonorum diuisionẽ fecerit, officium tamẽ arbitri familiæ ercifcundæ tale esse debebit, vt ei quoq; cui minùs pater reliquit, nihilominùs legitimam integram adiudicet, facta ei potestate retinendæ ad eam vsq; quantitatẽ hereditariæ portionis, acsi legitimam ipsam pater ipse dedisset. Cùm tamen olim nõ aliud arbitri officium esset, quàm vt grauato filio si senatusconsulti auxiliũ implorare vellet, quartam ex fideicõmisso deducere concederetur, *d.l.vlt.C.famil.ercisc.* Ex quo enim quadrans ille legitimarius in trientem vel semissem commutatus est, cœpit mancum esse vetus auxilium senatusconsulti ad præstandum filio grauato plenam indemnitatem, fuitque imploranda potestas nouæ constitutionis: quæ non in eo tantùm differt à senatusconsulto quod loquitur illa de triente vel semisse, Senatusconsultum verò non nisi de quadrante. Sed in hoc etiam quod prohibet ne fideicommisso grauari filius hodie possit in legitima cùm olim è contrario senatusconsultum Pegasianũ nõ illud induxisset ne fideicommisso totius hereditatis grauari heres quilibet etiam filius posset [in quo differebat à lege falcidia quæ non dabat testatori liberam legãdi facultatem nisi de dodrante *l.1.D.ad leg.falcid.*] sed tantùm vt si de tota hereditate restituẽda rogatus esset, ius tamen habeat retinendæ ac deducẽdę ex fideicommisso quartæ, perinde atque ex legatis per legem falcidiam retinere concedebatur. *§.sed quia Instit. de fideic. hered.* Abutuntur tamen valde imprudenter hac Iustiniani constitutione illi, qui volunt per eam factum esse quod fatentur olim non fuisse, vt hodie filius fideicõmisso grauatus duplicem quartam detrahere possit, legitimam scilicet ex illa Iustiniani lege, Trebellianicam verò ex fideicommisso. Priùs enim probare deberent aut ex iuris ratione aut ex Iustiniani verbis. Ei qui tanquam filius iam habeat legitimam permitti Trebellianicę detractionem ex reliqua hereditate quæ sola sit in fideicommisso: quod tamen numquam probabunt, quia nec verum esse potest. Non enim cuilibet heredi grauato permissa est Trebellianicæ detractio, sed ei tantùm qui fuerit grauatus supra dodrantem: quod de illo dici nequit qui pro sua legitima non tantùm quadrantem habeat, sed etiam trientem vel semissem. Præsertim cùm in Trebellianicam imputanda sint omnia quæcunque grauatus heres habuerit quoquo titulo ex bonis eius qui fideicommissum iniunxit, *leg. in quartam.90. D.ad leg.falcid.* Quanto magis ergo legitima imputanda erit: quam etsi filius habere debet non tanquam heres sed tanquam filius cùm à patre institutus non est, habet tamen non solùm tanquam filius sed etiam quasi heres, quoties institutus reperitur. Alioqui consequens fieret, vt officio pietatis quod patrem obligat ad legitimam filio tanquam filio relinquendum nunquam satisfecisse pater videretur, nec si filium ex toto asse heredem scripsisset: quod tamen non nisi perabsurdè ac ridiculè dici potest. Quid enim amplius facere potuit pater qui filium heredem ex asse scripsit? Nisi fortè volumus ei imputare cur non decesserit intestatus vsq; ad legitimam filij hereditatem, ex reliquo

autem

autem patrimonio testatus: quod esset adhuc stultius. Nec enim potest quis decedere testatus pro parte siue hereditatis siue bonorum, siue temporis, & pro parte intestatus: nec rursum cuiquam imputari vnquam potest cur non decesserit intestatus, *leg. posthumus. 6. D. de inoff. testam.* Denique legitima portio non ea est quam pater filio relinquere præsertim iure institutionis non possit, sed è contrario quam ei omnimodo relinquere debeat vt securè testetur. Quidni ergo liceat ei sponte facere, quod etiamsi nollet inuitus tamen facere per leges compellatur? *arg. leg. quod autem. 6. §. apud Labeonem. D. quæ in fraud. credit.* Sed hoc obiter adiectum sit. Nos institutam disputationem persequamur.

ERROR QVINTVS.

De vnius ex liberis exheredatione facta in parentis testamento inter liberos imperfecto.

QVAESTIONEM hanc attigimus iam in præcedentibus cùm de legitima in testamento parentis inter liberos institutionis titulo relinquenda tractabamus: adeóque quid nobis de ea videatur insinuauimus. Nempe non esse permittendum patri inter liberos minùs sollenniter testanti, vt quemquam ex liberis suis exheredet, neque ad huiusmodi exheredationem confirmandam siue Constantini, siue Theodosij, siue Iustiniani legem pertinere. Ratio nostra illa est, quoniam vt sæpius à nobis dictum probatúmque fuit, imperfecta huiusmodi testamenta non conseruantur iure testamentorum sed tantùm iure voluntatis intestati, ab intestato autem fieri exheredatio numquā potest, quia implicat contradictionem vt exheredetur is, qui ab intestato succedit. Quid enim aliud est exheredari quàm summoueri ab hereditate? Quid verò aliud, ab intestato succedere, quàm admitti ad hereditatem? Neque possit quis sic ista conciliare vt per exheredationem summoueatur filius ab hereditate postquàm per successionem intestati ad eam fuerit admissus. Non enim esset hoc summoueri ab hereditate, sed hereditatem iam acquisitam amittere, quomodo amittit ille cui tanquam indigno auffertur. At exheredatio non aufert hereditatem acquisitam, sed summouendo personam impedit hereditatis acquisitionem. Sera namque esset potestas & vis exheredationis si in id tempus conferretur quo hereditas esset acquisita, quandoquidem is qui semel heres fuisset numquam posset desinere esse heres, *l. ei qui soluendo. 88. D. de hered. instit.* præsertim verò filius qui adeò suus & necessarius heres est, vt tum quoque cùm se abstinuit perinde tamen verum sit etiam post edictum prætoris non eo minùs heredem illum manere, *l. cum quis. 30. §. sed et si suus. D. de fideic. libert.* Quod etsi de alio etiam herede quolibet verè dicitur, siue testamentarius ille sit, siue legitimus, multo tamen certiùs de legitimo, quia in testamentario faciliùs contingere potest vt quamuis reuera heres fuerit, pro eo tamen habeatur, acsi numquam heres fuisset, putà si ruptum sit testamentum ex postfacto per querelam inofficiosi testamenti *l. circa. 24. D. de inoff. testam.* cùm ea querela non detur nisi in heredem & post aditā hereditatem, *l. Papinianus. 8. §. si condicioni eod. l. si quis*

filium.34. in fin. C. eod. qui casus in legitimo herede contingere non potest, quia nec ab intestato locus est querelæ inofficiosi testamenti, vt superiore capite disputauimus. Indéque etiam est quod exheredatio quantumuis ritè ac rectè iustéque facta non prius vim & effectum habere incipit quàm adita fuerit hereditas. Non solùm odio exheredationis, & ne alioqui testamentum quod herede scripto non adeunte destituitur, & per omnia fit irritum, ad solam exheredationis notam proficere videatur, vt ait Tryphoninus in *l. filium.20. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Sed etiam quia quandiu hereditas ex testamento adita non est, tandiu spes durat successionis ab intestato, siquidem aditio sola illa est quæ omnino confirmat testamentum, quod alioquin destitui & irritum fieri necesse est si hereditas ex testamento non adeatur: In eum autem casum quo ab intestato succedatur non est quærendum de exheredatione quæ nisi ex testamento valere non potest, & quæ non alium ob finem fit, quàm ne is qui exheredatus est succedere vnquam possit, neq; ex testamento neque ab intestato. Ex quo illud etiam consequitur quod proximè diximus, vt querela inofficiosi testamenti non competat nisi post aditam hereditatem, quia nec aliud competit, quàm vt deleat & perimat notam exheredationis, quæ porrò ante hereditatis aditionem nulla dum in effectu esse intelligitur. Sicut è contrario dicimus bonorum possessionem contra tabulas dari ante aditam hereditatem, ideóque contra lignum in *l. quod vulgo.19. D. de bonor. poss. contr. tabul.* quoniam liberis præteritis tantùm datur non etiam exheredatis *l. nō putauit.8. eod.* Verū igitur est, quod volumus exheredationē ab intestato neq; fieri neq; valere posse, ac proinde cōstitutiones Imperatorū Cōstātini, Theodosij & Iustiniani quæ parentū testamenta imperfecta, nulliúsq; alioquin momenti tuentur inter liberos, ad eum casū nō pertinere quo aliquis ex liberis fuerit exheredatus. Quod in Constātini quidē lege tam apertū est vt nihil dici possit apertius. Sic enim incipit. ***Inter omnes duntaxat heredes suos qui ex quolibet veniētes gradu pares tamē videntur esse***, id est, qui licèt in dispari gradu sint, tamē pariter vocātur ad successionem intestati, scilicet per ius repræsentationis, quod vtiq; ab intestato tātùm locū habet nō etiā ex testamēto. Sequitur verò, ***vel emācipatos quos prætor ad successionē vocat.*** Ergo nō exheredatos, quia nō putauit prætor exheredatiōe notatos ad bonorū possessionē, ne quidē cōtra tabulas admittēdos, sicut nec iure ciuili testamēta parētum turbāt, quominùs ea stare & cōsistere patiātur, *d. l. non putauit. in princ.* Quāto minùs igitur ad bonorū possessionē intestati? Planè, vt sequitur apud Vlpianū, si emācipati iidémq; exheredati liberi velint querelā inofficiosi proponere, est in ipsorū arbitrio, scilicet petita prius bonorū possessione, quæ ob eā causam litis ordinādæ gratia peti dicebatur, de qua in *l. posth.6. §. vlt. cum l. seq. & l. Papin.6. in princ. D. de inoff. testam.* Addit lex Constātini, ***licèt ab intestato ad successionē liberi vocentur.*** Quod vtiq; de liberis omnibus intelligendū est, nō ob id solùm, quòd vt est in vulgari nostrorū brocardico, indefinita æquipolleat vniuersali, *l. si plurib. 44. de legat.2. l. si plures.98. de legat.3.* sed etiā quia fieri nō posset vt ex liberis quidā ab intestato succederēt, alij verò per exheredationē à successione sūmouerentur, cùm vt diximus, exheredatio non posit fieri nisi in testamento, simul autem de testamento & de intestati successione tractari nequeat. Postremò illud in Constantini lege obseruandum est, quod non aliter vult seruari hanc minùs sollemnē parentis inter liberos voluntatē quàm officio & æquitate

æquitate arbitri familiæ erciscundæ. Sic enim habet, *iudicio familiæ erciscundæ defuncti dispositio custodiatur.* Atqui iudicium familiæ erciscundæ locum non habet nisi inter coheredes, *l.1. in fin. l. cù n putarem. 36. vers. sed tu videris & pass. D. eod.* adeò vt qui familiæ erciscundæ iudicio agit hoc ipso confiteatur aduersariũ sibi esse coheredẽ, quomodo detracta ex Basilicis negatione legendũ est in *l. qui familia. 37. eod.* licèt confessio illa si erronea sit retractari quandoq; possit, dum ne condẽnatio sit secuta, *d. l.* cùm putarem. Porrò non potest aut coheres esse aut pro coherede haberi is, qui fuit exheredatus. Cùm ergo minùs sollemnis voluntas parentis inter liberos non nisi familiæ erciscundæ iudicio custodiatur, planè consentaneum est vt de liberis exheredatis intelligi constitutio non possit. Inauditum enim est vt exheredatio vlla per arbitrum familiæ erciscundæ confirmetur, cùm officium arbitri sit hereditatem communem inter coheredes iuxta testatoris voluntatem diuidere, non etiam exheredationem à testatore factam vel improbare vel confirmare. In hanc verò eandem sententiam apertissima etiam est constitutio Iustiniani in *dict. Nouell. 107. de testam. imperf.* in illis verbis, *volumus si quis literas sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primùm quidem eius tempus subscriptione declaret : deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias in quibus scripsit eos heredes, &c.* Filios ergo omnes ex aliquibus vnciis scriptos fuisse ponit Iustinianus non aliquem ex ipsis exheredatum. Quamquam non ita hoc accipiendum est quasi velit Iustinianus non aliam parentis inter liberos minùs sollennem voluntatem tuendam esse quàm in qua liberorum omnium institutio contineatur. Quid enim si non tam hereditatis quàm bonorum suorum diuisionem facere parens voluerit ? Inter hæc namque multum interesse ostendimus in Errorem Decadis superioris. Quid si non de faciendo testamento, sed de epistola vel de codicillis conscribendis cogitauerit ? Facilè prætermiserit hereditariam institutionem, quæ nec per epistolam nec per codicillos fieri potest, *leg. illud. 13. §. 1. D. de iur. codicill.* nec eo minùs tamen conseruanda erit ipsius voluntas saltem ex Constantiniana lege, quæ perinde loquitur de epistola & de codicillis atque de testamento imperfecto, *dict. leg. vltim. Cod. famil. erciscun.* Cur ergo requirit Iustinianus vt liberi inter quos parens minùs sollenniter disponere voluit, ex aliquibus vnciis heredes fuerint instituti ? Nimirum quia non de qualibet parentis inter liberos dispositione tractat eo loco, sed tantùm vt ipsa Nouellæ inscriptio demonstrat, *De testamentis imperfectis*, testamentum autem sine institutione heredis nullum est, quæ sit caput, fundamentum & principium testamenti. Eo præsertim iure quod Constantini & Theodosij temporibus obtinebat, vt inutile esset testamentum quod non inciperet ab institutione. *§. ante heredis Institut. de legat.* vbi Iustin. à se primùm hoc emendatum fuisse gloriatur. Ad alias verò parentum dispositiones per quas bonorum suorum inter liberos fecerint diuisionem citra vllam institutionem, alia Nouellæ pars pertinet, quæ est in *cap. 3 §.* quia verò nouimus. Cæterùm ex hoc etiã apparet, quàm verum sit, quod nos volumus ipsa etiam testamenta parentum imperfecta, non defendi ex constitutionibus nisi iure voluntatis intestati. Nam si defenderentur iure testamentorum, quid obstaret quominùs valerent, etiam vno ex liberis per parentem exheredato ? An non exheredatio æque ac institutio fieri in testamento potest ? Aut quomodo posset voluntas parentis inter liberos.

institutos defendi, iure testamenti, quin ipsa etiam exheredatio defenderetur? Alioqui exheredatum necesse esset succedere ab intestato, fratres verò institutis succedere ex testamento: quod absurdissimum immo impossibile esset. Rursùm, cur è contrario faceret vnius ex liberis exheredatio, vt cæterorum qui instituti essent ius læderetur? Maximè verò si proponas rectè iusteque factam exheredationem. Quis enim filij iustè exheredati fauor, quodnam priuilegium esse debeat, siue contra fratres institutos, siue contra patrem? At audio interpretes illud ipsum rursus obiicientes, quod iam toties refutauimus, eas Imperatorum constitutiones respicere ad fauorem liberorum, qui potiùs offenderetur si exheredationi faueremus. Ego verò hoc primùm nego quod illi pro vero supponunt, respexisse Imperatores ad fauorem liberorum potiùs quàm patris. Nec sanè aliud propositum Imperatoribus fuit, quàm vt fauerent vltimæ voluntati prudentis patris inter liberos suos, piè iustéque magis quàm ritè disponentis. Deinde vt maximè verum esset, nihil aliud egisse Imperatores nisi vt liberis fauerent, id tamen ita esset accipiendum, vt iis fauere voluissent quos fauore dignos putassent. Institutis igitur, non etiam exheredatis: præsertim verò, si, quod euenit plerunque plures instituti reperirentur, vnus verò aut alter tantùm exheredatus. Quidni enim & fauor & numerus institutorum vinceret fauorem si quis esset, ac numerum exheredatorum? aut cur impiorum liberorum quos pater iustè exheredasset, improbus fauor noceret institutis, quos pater piè iustéq; heredes instituisset? Atqui noceret, si faceret vt eo minùs testamentum parentis imperfectum iure testamenti sustineretur. Non solùm quia illis quoque liberis ipsis qui sunt instituti, commodius & honorificentius est succedere ex testamento quàm ab intestato, etiamsi non plus ex testamēto, quàm ab intestato consequerentur. Verùm etiam quia non subsistente exheredatione, quam pater in testamento imperfecto scripsisset, necesse esset euenire, vt quemadmodum exheredatus succederet ab intestato, ita & similiter ab intestato succederent illi etiam liberi qui fuissent instituti, ne alioqui videretur pater pro parte liberorum decessisse testator, & pro parte intestatus. Ab intestato autem minus consequerentur instituti liberi, quàm ex testamento consecuturi fuerant, nimirum faciente iis partem exheredato, qui ex testamento nullam fecisset. Neque est, quod quis replicet, imputandum esse patri, qui aliquem ex liberis suis exheredare voluit, cur non sollenniter fuerit testatus. Si enim ratio hæc bona esset, æquè probaret, nec institutionem inæqualem liberorum defendendam esse, cùm perinde dici posset imputandū esse patri cur non ritè testatus esset, si nolebat æqualiter heredes esse liberos quos lex ab intestato ex æquis partibus erat vocatura. Ac multo magis dicendum esset non valituram parentis dispositionem imperfectam, per quam vni ex liberis, aut solam legitimam, aut minùs legitima, aut etiam nihil reliquisset, cùm his omnibus casibus proculdubio damnum sentiat filius, cui minùs datur quàm habiturus fuisset ab intestato. Parúmque distat hic ab exheredato, si nihil prorsus ei relictum proponatur, nisi quod inuito quoq; patre legitimam perinde habere debet ex Iustiniani constitutione, acsi relicta ei fuisset, vt superiore capite dicebamus. Atqui valent huiusmodi omnes parentum inter liberos dispositiones, quemadmodum probauimus in præcedentibus. Cùm ergo quæritur, an parentis voluntas minùs sollennis seruanda sit inter liberos, non illud inspiciendum est, an possit imputari ei cur non sol-

non sollenniter fuerit testatus, ne tùm quidem, cùm eius voluntas seruari nō potest nisi iure intestati: Multo igitur minùs imputari posset ei, qui in tali testamento vnum ex filiis suis exheredasset, cur testamentum non perfecisset, meliúsque testatus non fuisset, si huiusmodi testamenta defenderentur ex constitutionibus iure testamentorum. Nec enim posset ei obiici exheredationem non potuisse fieri nisi in sollenni testamento, cùm testamentum hoc etiam minùs sollenne, satis tamen pro sollenni haberetur eo ipso, quod nihilominùs testamenti iure sustineretur. Ad quid enim comparatæ sunt iure tot sollennitates testamentorum, aut quem effectum habere illud potest quòd adhibitę fuerint, nisi quòd alioqui ex testamento succedi non posset? Quicquid ergo in testamento sollenni fieri posset, idipsum omne faciendum est fieri posse in testamento quantumlibet imperfecto minúsque sollenni, si modo tale sit quod perinde sustineatur iure testamenti acsi sollenne esset; ac proinde exheredationem quoque: Nec enim tam facile est illud admittere, vt exheredatio fiat ab intestato, quàm vt fiat in testamento imperfecto minúsve sollenni, siquidem tale testamentum imperfectum minúsve sollenne non eo minùs testamenti ius & nomen retinet, statim atque supponis perinde illud testamenti iure sustineri, acsi nihil ei ex sollennibus deesset. Atqui probauimus, non de eo cogitasse Imperatores, vt in huiusmodi testamentis exheredationem fieri paterentur, sed de illo tantùm vt parentis voluntatem conseruarent inter liberos omnes simul succedentes, in quo numero exheredati non continentur. Consequens igitur est, neque de eo ipsos cogitasse, vt testamenta ista iure testamentorum defenderentur, sed ab intestato tantùm. Vna est lex Theodosij quæ dubitationem hîc aliquam facere videatur in *d. l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. Cod. de testam.* vbi expressè constitutum est & indistinctè, ex imperfecto quoque testamento defuncti voluntatem inter liberos tenere. Qua verborum generalitate ea quoque voluntas contineri videtur per quam vnus ex liberis fuerit exheredatus. Sed non ita est, quia vt in præcedente Decade sæpius inculcauimus, non id agit Theodosius eo loco, vt nouum aliquod ius hac in re constituat, sed tantùm vt à suæ constitutionis potestate ius illud excipiat quod lex Constantini iam induxerat. Nisi quòd additum voluit vt lex Constantini quæ de patribus duntaxat locuta fuerat, ad vtriusque sexus parentes protraheretur. Itaque extra eam adiectionem, Theodosij constitutio interpretanda est ex lege Constantini, quam nos iam ostendimus sic omnino accipi oportere, vt neque casum illum possit comprehendere, quo vnus ex liberis fuerit exheredatus, neque interpretationem istam admittere, vt testamentum imperfectum sustineatur iure testamenti, nec ob hoc ipsum quod inter liberos succedentes admitti ius repræsentationis, vt suprà attigimus, cui tamen numquam locus esse potest nisi ab intestato, vt alibi disseremus.

ERROR SEXTVS.

De testamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus testibus.

NON quidem conuenit inter omnes iuris nostri interpretes, an parentum testamenta omnia imperfecta de quibus agimus defendantur inter liberos iure testamentorum. Quamquam enim receptior illa opinio est, quę vult defendi, non desunt tamen qui nobiscum in contrarium sentiant, non tam testamenta ipsa ex principalibus Constitutionibus defendi, quàm voluntatem in ipsis declaratam, & iure intestati. Sed quantum ad ea testamenta pertinet quæ coram duobus testibus condita reperiantur, vix quisquam est ex interpretibus qui non modò fateatur, verùm etiam mordicus defendat, valere illa iure testamenti. Sic enim Accurs. ad *l. filij in verb. ab intestato. C. famil. ercisc. vbi etiam Bald. Salicet. & Fulgos. Imol. in l. si filius qui in potestate. D. de liber. & posthum.* & post eos Ias. ad *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. num. 14. C. de testam.* vbi ex hoc infert ille ad statuta quæ sunt tam multa in Italia fœminas ab intestato excludentia. Nimirum non esse iis locum, si parens inter liberos coram duobus testibus testamentum fecisse proponatur, quòd non possit videri ab intestato decessisse is, qui in ea decessit voluntate quæ testamenti iure defendi queat. Cuius tamen sententiæ quam ego mirabilem esse semper duxi, non aliam rationem adferri video, quàm quæ à nobis in pręcedentibus, iam non modò relata, sed etiam confutata est, quòd in testamentis parentum inter liberos eæ sollennitates sufficiant quæ sunt ex iure gentium, nec maiores illæ requirantur quæ sunt ex iure ciuili, & quæ in aliis aliorum testamentis requirerentur. Inter eas autem quæ ex mero iure gentium esse existimantur, vna illa est vt adsint duo testes qui supremam defuncti voluntatem ab ipso audiuerint. Nam vt septem testes interuenire debeant inuentum procul dubio & commentum est iuris ciuilis. *§. 1. Inst. de testam. ordin.* At ego commentum istud & somnium interpretum nostrorum esse dico, quod illi volunt aliquas esse testamentorum sollennitates ex iure gentium. Et inter cæteras hanc potissimùm de duobus testibus adhibendis. De quo quia iam satis copiosè & ex proposito scripsi in Errorem huius Decadis secundum, nihil nunc erit repetendum. Hoc tantùm addendum, Nulla constitutione aut ratione probari posse, quod aiunt, Testamenti iure defendendum esse testamentum quod coram duobus testibus conditum reperiatur, siue per scripturam, siue per nuncupationem. Omnes enim Imperatorum constitutiones quæ parentibus inter liberos testantibus fauere voluerunt, sicuti de adhibenda testium sollennitate non loquuntur, ita neque de istiusmodi testamentis imperfectis iure testamentorum defendendis. Sed tantùm de conseruanda parentis inter liberos voluntate ab intestato dummodò per scripturam de illa constare possit siue nulli prorsus testes, siue pauciores quàm septem, qui sollennis numerus est adhibiti reperiantur. Quinimò etiamsi septem testes adhibiti fuerint, quorum tamen signa & subscriptiones desint. Propriè namque imperfectum testamentum illud est, quod finem non habet: finis autem testamenti in scriptis de quo solo Imperatores senserunt, subscriptiones sunt, & signacula testiũ, quomodo ratiocinatur Theodosius

dosius in *d. l. hac consultissima*. Itaq; sicuti plus æquo iniuriosi sunt liberis, minúsque rigidi interpretes illi, qui nõ aliter conseruãdã putant patris inter liberos volũtatẽ, ne quidem iure intestati q̃ si habeat testes, vt disputauimus in Error. 2. Decadis præcedẽtis. Ita nimis faciles & indulgentes illi, qui duobus testibus cõtenti sunt, vt eã parẽtis inter liberos voluntatẽ tueantur etiam iure testamẽti, quæ nec si septẽ testes adfuissent, defendi tamẽ posset iure testamẽti, si quid vel minimũ ex subscriptionibus & signaculis testium deesset. Quam in rem præter illa quæ disputauimus in præcedentibus, aperta etiam sunt verba Diocletiani & Maximiani in *d. l. filij. 16. C. famil. ercisc.* vbi scriptũ est si tã circa testamentũ quàm circa codicillos iudiciũ parentis deficiat, id est, vt iam alio loco interpretati sumus, si patris scriptura quæ profertur, talis sit, vt neq; testamẽti neq; codicillorũ iure defendi possit, verũ tamen quibuscunq; verbis volũtas eius declarata fuerit, succedi quidẽ patri ab intestato, sed tamẽ aditũ iudicẽ familiæ erciscũdæ iudicio sequi debere voluntatẽ patris, seruato retẽtionis modo ex senatuscõsulto, id est permissa ex Pegasiano quartę retentione ei, qui in minori quàm hereditaria portione institutus reperitur. Idq; iuris autoritate significari. Ex quo intelligimus non esse noua omnia neq; à iuris ratione aliena, quę Cõstãtinus postea cõstituit in *d. l. vlt.* sed in eo tãtùm quod addit, *vel quibuscunq; indicijs*, cùm priores Imperatores dixissẽt tantùm, *quibuscunq; verbis*. Erãt. n. necessaria olim verba nec sufficiebãt indicia, quæ sufficere voluit Cõstãtinus, cuius lex in cæteris cõcepta est iisdẽ ferè verbis quib. vsi sunt Diocletianus & Maximianus in *d. l. filij*. Quod ne quis fortè miretur, obseruãdũ est quod eadẽ lex ait volũtatẽ istã parẽtis quibuscũq; verbis declaratã nõ seruari iure actionis, quasi valida sint etiã inter liberos quę in eiusmodi siue testamẽtis siue codicillis imperfectis cõtinẽtur, sed officio arbitri familiæ erciscũdæ, id est æquitate solius iudicij, cuius ea natura & cõdicio est vt arbiter in omnibus & per omnia sequi debeat defũcti volũtatẽ, nec minùs cùm ab intestato succeditur, quàm cùm ex testamẽto. Quæ res facit, vt ius liberorũ nõ tã pẽdeat ex scriptura patris, quã ex potestate adiudicationis, quæ fit per arbitrũ in iudicio familiæ erciscũdæ, ita vt ante illã adiudicationẽ nullũ prorsus sit ius liberorũ. Quomodo euenit cùm donatio inter viuos à patre in filiũfamilias collata eiusdẽ patris morte cõfirmata est. *l. familiæ cuius. 18. eod.* Cui cõsequẽs est, vt si pater vni ex liberis suis aliquid prælegauerit, isq; omissa hereditaria portione ne fortè onerib. hereditariis pro ea parte teneatur, prælegato cõtẽtus esse malit, non sit admittẽdus ad prelegati siue petitionẽ siue retẽtionẽ: quia verũ est etiã inter liberos non valere huiusmodi prælegatũ, neq; posse cõfirmari per arbitrum familiæ erciscũdæ, qui scilicet nullus esse potest quãtũ ad eum qui nõ vult esse coheres, quia nec inter alios accipi tale iudiciũ potest quàm inter coheredes, *l. cùm putarẽ. 56. & seq. D. eod.* Cùm tamẽ si prelegatũ valeret, siue liberorũ, siue vltimæ volũtatis fauore, posset vtiq; vel peti vel retineri saltẽ pro ea parte quæ à coherede acciperetur. *l. miles ad sororẽ. 75. §. 1. De legat. 2.* adeóq; totũ si nõ prelegatũ, sed simpliciter legatũ proponeretur. *l. qui filiab. 17. §. vlt. cũ l. seq. de legat. 1.* Hæc. n. vt alibi monuimus, differẽtia est inter legatũ & prælegatũ quod legari ẽt extraneo põt, prelegari verò nõ nisi vni ex heredibus, quod & prelegati nomẽ ipsũ demõstrat, itẽq; preceptionis. [Sũt enim ista synonima, nisi quod verba legati per pceptionẽ ad personã legatarij dirigũtur] Quomodo náq; posset quis dici præcipere hoc est ãtè capere

ERROR SEXTVS.

De testamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus testibus.

NON quidem conuenit inter omnes iuris nostri interpretes, an parentum testamenta omnia imperfecta de quibus agimus defendantur inter liberos iure testamentorum. Quamquam enim receptior illa opinio est, quę vult defendi, non desunt tamen qui nobiscum in contrarium sentiant, non tam testamenta ipsa ex principalibus Constitutionibus defendi, quàm voluntatem in ipsis declaratam, & iure intestati. Sed quantum ad ea testamenta pertinet quæ coram duobus testibus condita reperiantur, vix quisquam est ex interpretibus qui non modò fateatur, verùm etiam mordicus defendat, valere illa iure testamenti. Sic enim Accurs. ad *l. filij in verb. ab intestato. C. famil. ercisc. vbi etiam Bald. Salicet. & Fulgos. Imol. in l. si filius qui in potestate. D. de liber. & posthum.* & post eos Ias. ad *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. num. 14. C. de testam.* vbi ex hoc infert ille ad statuta quæ sunt tam multa in Italia fœminas ab intestato excludentia. Nimirum non esse iis locum, si parens inter liberos coram duobus testibus testamentum fecisse proponatur, quòd non posit videri ab intestato decessisse is, qui in ea decessit voluntate quæ testamenti iure defendi queat. Cuius tamen sententiæ quam ego mirabilem esse semper duxi, non aliam rationem adferri video, quàm quæ à nobis in præcedentibus, iam non modò relata, sed etiam confutata est, quòd in testamentis parentum inter liberos eæ sollennitates sufficiant quæ sunt ex iure gentium, nec maiores illæ requirantur quæ sunt ex iure ciuili, & quæ in aliis aliorum testamentis requirerentur. Inter eas autem quæ ex mero iure gentium esse existimantur, vna illa est vt adsint duo testes qui supremam defuncti voluntatem ab ipso audiuerint. Nam vt septem testes interuenire debeant inuentum proculdubio & commentum est iuris ciuilis. *§. 1. Inst. de testam. ordin.* At ego commentum istud & somnium interpretum nostrorum esse dico, quod illi volunt aliquas esse testamentorum sollennitates ex iure gentium. Et inter cæteras hanc potissimùm de duobus testibus adhibendis. De quo quia iam satis copiosè & ex proposito scripsi in Errorem huius Decadis secundum, nihil nunc erit repetendum. Hoc tantùm addendum, Nulla constitutione aut ratione probari posse, quod aiunt, Testamenti iure defendendum esse testamentum quod coram duobus testibus conditum reperiatur, siue per scripturam, siue per nuncupationem. Omnes enim Imperatorum constitutiones quæ parentibus inter liberos testantibus fauere voluerunt, sicuti de adhibenda testium sollennitate non loquuntur, ita neque de istiusmodi testamentis imperfectis iure testamentorum defendendis. Sed tantùm de conseruanda parentis inter liberos voluntate ab intestato dummodò per scripturam de illa constare possit siue nulli prorsus testes, siue pauciores quàm septem, qui sollennis numerus est adhibiti reperiantur. Quinimò etiamsi septem testes adhibiti fuerint, quorum tamen signa & subscriptiones desint. Propriè namque imperfectum testamentum illud est, quod finem non habet: finis autem testamenti in scriptis de quo solo Imperatores senserunt, subscriptiones sunt, & signacula testiũ, quomodo ratiocinatur Theodosius

dosius in *d. l. hac consultissima.* Itaq; sicuti plus æquo iniuriosi sunt liberis, minúsque rigidi interpretes illi, qui nõ aliter conseruãdã putant patris inter liberos volũtatẽ, ne quidem iure intestati q̃ si habeat testes, vt disputauimus in Error. 2. Decadis præcedẽtis. Ita nimis faciles & indulgentes illi, qui duobus testibus cõtenti sunt, vt eã parẽtis inter liberos voluntatẽ tueantur etiam iure testamẽti, quæ nec si septẽ testes adfuissent, defendi tamẽ posset iure testamẽti, si quid vel minimũ ex subscriptionibus & signaculis testium deesset. Quam in rem præter illa quæ disputauimus in præcedentibus, aperta etiam sunt verba Diocletiani & Maximiani in *d. l. filij. 16. C. famil. ercisc.* vbi scriptũ est si tã circa testamentũ quàm circa codicillos iudiciũ parentis deficiat, id est, vt iam alio loco interpretati sumus, si patris scriptura quæ profertur, talis sit, vt neq; testamẽti neq; codicillorũ iure defendi possit, verũ tamen quibuscunq; verbis volũtas eius declarata fuerit, succedi quidẽ patri ab intestato, sed tamẽ aditũ iudicẽ familiæ erciscũdæ iudicio sequi debere voluntatẽ patris, seruato retẽtionis modo ex senatuscõsulto, id est permissa ex Pegasiano quartę retentione ei, qui in minori quàm hereditaria portione institutus reperitur. Idq; iuris autoritate significari. Ex quo intelligimus non esse noua omnia neq; à iuris ratione aliena, quę Cõstãtinus postea cõstituit in *d. l. vlt.* sed in eo tãtùm quod addit, *vel quibuscunq; indiciis*, cùm priores Imperatores dixissẽt tantùm, *quibuscunq; verbis.* Erãt. n. necessaria olim verba nec sufficiebãt indicia, quæ sufficere voluit Cõstãtinus, cuius lex in cæteris cõcepta est iisdẽ ferè verbis quib. vsi sunt Diocletianus & Maximianus in *d. l. filij.* Quod ne quis fortè miretur, obseruãdũ est quod eadẽ lex ait volũtatẽ istã parẽtis quibuscũq; verbis declaratã nõ seruari iure actionis, quasi valida sint etiã inter liberos quę in eiusmodi siue testamẽtis siue codicillis imperfectis cõtinẽtur, sed officio arbitri familiæ erciscũdæ, id est æquitate solius iudicij, cuius ea natura & cõditio est vt arbiter in omnibus & per omnia sequi debeat defũcti volũtatẽ, nec minùs cùm ab intestato succeditur, quàm cùm ex testamẽto. Quæ res facit, vt ius liberorũ nõ tã pẽdeat ex scriptura patris, quã ex potestate adiudicationis, quæ fit per arbitrũ in iudicio familiæ erciscũdæ, ita vt ante illã adiudicationẽ nullũ prorsus sit ius liberorũ. Quomodo euenit cùm donatio inter viuos à patre in filiũfamilias collata eiusdẽ patris morte cõfirmata est. *l. familiæ cuius. 18. eod.* Cui cõsequẽs est, vt si pater vni ex liberis suis aliquid prælegauerit, isq; omissa hereditaria portione ne fortè onerib. hereditariis pro ea parte teneatur, prælegato cõtẽtus esse malit, non sit admittẽdus ad prẽlegati siue petitionẽ siue retẽtionẽ: quia verũ est etiã inter liberos non valere huiusmodi prælegatũ, neq; posse cõfirmari per arbitrum familiæ erciscũdæ, qui scilicet nullus esse potest quãtũ ad eum qui nõ vult esse coheres, quia nec inter alios accipi tale iudiciũ potest quàm inter coheredes, *l. cùm putarẽ. 56. & seq. D. eod.* Cùm tamẽ si prẽlegatũ valeret, siue liberorũ, siue vltimæ volũtatis fauore, posset vtiq; vel peti vel retineri saltẽ pro ea parte quæ à coherede acciperetur. *l. miles ad sororẽ. 75. §. 1. De legat. 2.* adeóq; totũ si nõ prẽlegatũ, sed simpliciter legatũ proponeretur. *l. qui filiab. 17. §. vlt. cũ l. seq. de legat. 1.* Hæc. n. vt alibi monuimus, differẽtia est inter legatũ & prælegatũ quod legari ẽt extraneo põt, prẽlegari verò nõ nisi vni ex heredibus, quod & prẽlegati nomẽ ipsũ demõstrat, itẽq; prẽceptionis. [Sũt enim ista synonima, nisi quod verba legati per pceptionẽ ad personã legatarij dirigũtur] Quomodo náq; posset quis dici præcipere hoc est ãtè capere

qui eo accepto aliud præterea caperet nihili? Errāt igitur euidēter nostri, qui notāt ad *d. l. filiy.* seruādā esse quālibet parētis inter liberos volūtatē, quāuis minùs sollennē. Debuerūt enim dicere seruandā esse illā demum quæ officio arbitri familiæ erciscundæ confirmari possit, aliam verò præterea nullam, non solùm si ius vetus inspicias, sed etiam si nouas posteriorum Imperatorum constitutiones. Idque non modò si nulli testes adfuerint, sed etiamsi duo pluresve, dum ne septem, aut etiamsi septem, dum ne subscriptiones aut signacula testium omnium, aliæve sollennitates interuenerint. In summa, est quidem seruanda parentis voluntas inter liberos, at non tam ab ipsis liberis, quàm ab arbitro, qui si qua de causa nullus inter liberos acceptus sit, nullam ipsi habere inuicem possunt actionem, vt ea quæ parens disposuerit impleantur.

ERROR SEPTIMVS.

De clausula derogatoria in testamento inter liberos subintelligenda.

SATIS non fuit interpretibus nostris tam multa comminisci absurda circa parentum testamenta imperfecta inter liberos, nisi etiam illud addidissent quod nunc refutandum suscipimus. De clausula derogatoria in huiusmodi testamentis subintelligenda. Sic enim existimant testamentum à patre conditum inter liberos cum sollennitate, *Auth. quod sine. C. de testam.* non solum non tolli ipso iure, at neque ope exceptionis, ne quidem per incisionem seu inductionem & litturam testamenti, sed requiri expressam reuocationem, nec rursus eam sufficere nisi etiam illud concurrat, vt factum sit aliud testamentum perfectum & sollenne, in quo præterea contineatur clausula derogatoria quæ talis testamenti mentionem facit specialem. *Per text. in Auth. hoc inter liberos eod. tit. qua sumpta est ex cap. 2. Nouell.* 107. *de testam. imperfect.* Ita Ias. ad *d. Auth. hoc inter num.* 1. *Angel. & Alex. in l. nostram. pen. eod. tit. quos refert & sequitur And. Gayll. lib. 2. obser. pract. cap.* 112. *num.* 13. *ad fin.* Quę traditio non pluribus abundat verbis, quàm erroribus. Illud enim primum falsum est quod volunt imperfecta huiusmodi testamenta parentum inter liberos, esse verè ac propriè testamenta. Quamuis enim sic appellentur tota *dict. Nouell.* 107. *de testam. imperf.* non magis tamen verè & simpliciter testamenta dici possunt, quàm vt homo simpliciter dicatur is, qui vel iam mortuus, vel non nisi pictus sit. Testamenta quidem dicuntur quoniam fiunt à parentibus sub eo nomine testamenti, sed cum hac adiectione, *imperfecta*, & secundum quid. Solent autem Logici dicere ab eo quod est vel dicitur secundum quid, non posse inferri ab eo quod sit vel dicatur simpliciter: in quo tamen video non solum pragmaticos nostros omnium pessimos logicos passim decipi, sed etiam interpretes pragmaticis nostris non multo meliores. Deinde quod aiunt non tolli hæc testamenta ipso iure per contrariam voluntatem etsi non falsò, tamen ridiculè dicitur. Ea namque demum ipso iure tolli possunt quæ ipsa etiam iure subsistunt. Vnde est quod habet iuris

regula

regula nihil tam naturale esse quàm vnumquodq; dissolui eo iure quo colligatum est, *l. nihil tà naturale.35.de regul.iur.* Atqui testamenta hæc, vt diximus, ipso iure nõ subsistũt, id est, iure ciuili [quod iis verbis, *ipso iure* significatur,] non solùm si iuris cõmunis rationẽ inspicias, sed etiam si Imperatorũ constitutiones, quę, vt à nobis probatum est in pręcedentibus, nihil aliud induxerunt nisi vt voluntas in huiusmodi testamentis imperfectis declarata quibuscunq; non modò verbis, verum etiam indiciis, iure intestati defendatur sola potestate iudicij familiæ ercíscundę, ac per officium arbitri. Nõ igitur potest fieri vt ipso iure tollantur, nec si aliud testamentum quantumuis perfectum postea siue in scriptis siue per nuncupationem conditum proponatur: quo tamen casu non est ex interpretibus qui nõ dicat testamentum imperfectum tolli ipso iure. Tertium absurdum est, quòd volunt huiusmodi testamenta ne quidem per exceptionem tolli, tametsi incisum fuerit vel inductum à parente ipso testamentum. Certi namq; iuris est, doli exceptionem ei nocere qui aliquid petat ex eo testamento, quod à testatore ipso incisum inductúmve reperiatur, tanquam qui veniat contra voluntatem, etiã si testamentum tanquam legitimo modo conditum septémq; testium signa habens valuerit aliquando *d.l.nostrã.versic.sancientes.* Sicut & ille qui duobus factis testamentis posteriores tabulas incidit vt priores supremas relinqueret, cum priore testamento decessisse intelligitur, *l. qui ex liberis. 11.§. testamento vers. non secus. D. de bonor. poss. secund. tabul.* Quod enim potest maius indicium esse mutatæ voluntatis quàm si testamentum vel incidatur, vel inducatur? Ideóq; nimirum is cuius nomen in testamento voluntate testatoris perductũ est, sicut ad adeundã hereditatẽ iure ciuili, ita & ad petendam iure prætorio bonorum possessionẽ scriptus non intelligitur, quamuis nomen eius legatur, inquit Iulianus in *l. si ita scriptũ.8.is autem eod.tit.* Quid ergo necesse est aliud fieri testamentum ad auferendã ei hereditatem vel bonorum possessionem, quam ex eo ipso in quo scriptus est, consequi nunquã possit? Tunc enim solet posterius testamentũ esse necessarium ad prius reuocandum, cùm prius tale est ex quo vel adiri posset hereditas vel bonorum possessio peti, si aliud testamentum posterius nullum esset, priúsq; omnino est vt testamentũ primum aliquod esse oporteat, quàm vt de secundo tractetur. Adeò vt neque vlla probatio à legitimis heredibus exigenda sit, quòd supremas tabulas quas solas habebat testator inciderit vel induxerit, vt intestatus moreretur. Qua enim alia mente posset videri id fecisse, cùm id fecerit per quod tabulę quę in id vsque tempus valuerant, desierint valere? Nec est contrarium quod hanc voluntatis probationem exigere videtur Paulus ad Papinianum in *l.vlt. D.de his quæ in testam. delent.* vbi scribit in hæc verba, *sed si vt intestatus moreretur incidit tabulas, & hoc adprobauerint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis auocabitur hereditas.* Obseruandum namq; est, tractari eo loco de testatore qui pluribus tabulis eodem exemplo scriptis vnas ex iis in publico depositas abstulerat & deleuerat, alias verò intactas reliquerat ex quibus tamen perinde atq; ex ablatis deletísque res gesta declarabatur. Proinde non poterat ex vnarum incisione vel inductione concludi, at neq; coniici, quòd intestatus decedere voluisset, cùm aliàs extare sufficeret, vt testatum eum decedere voluisse ac decessisse appareret. Siquidem nemo dixerit necessaria esse duo exempla testamenti vt quis testatus decessisse intelligatur. Probationem igitur voluntatis defuncti bene

Paulus exigebat vt scriptis heredibus hereditas auocaretur, nimirū tāquam indignis *l. cum tabulis* 16. §. *vlt*. D. *de his quæ vt indign.* in eóq; cum Papiniano conueniebat, vt explicauimus, *libr*. 18. *Coniect. cap*. 16. Minus verò obstat [quanquam hoc vnum interpretes omnes fefellit] quod Nouella Iustiniani constitutio. 107. *De testam. imperf. cap*. 2. quamuis loquatur de testamento rumpendo, requirit tamen aliud factum esse testamentum idque perfectum. Nec enim Iustinianus eum casum tractat quo vtrumque concurrat vt testator & scripturam testamenti ruperit, & aliud prætereà testamentum fecerit, quasi vtrumq; concurrere sit necesse, aut saltem posterius testamentum interuenire ad scripturam priorem infirmandam: quomodo interpretes arbitrantur: sed duos casus distinguit, quorum alter est. Si ea scriptura quam parens inter liberos testamentum esse primùm voluerat postmodum ab eo rupta sit vel quod idem est siue incisa siue inducta, & cancellata: Alter verò, si aliud testamentum pater fecerit sollenniter ac iure perfecerit, vtroque autem casu etiamsi horum alterutrum duntaxat interuenerit, vult Iustinianus, quod nolle non potuit, vt prior illa scriptura quæ alioquin valitura fuerat officio arbitri familiæ erciscundæ fiat prorsus inanis, inutilis, nulliúsque momenti. Nec magis requirit, tanquam quid necessarium, vt factum sit secundum testamentum eo casu quo scripturam pater ipse ruperit, quàm vt scriptura rupta sit eo casu quo pater aliud fecerit testamentum: qui tamen casus nullam apud nostros interpretes recipit dubitationē. Non enim quēadmodum exigunt vt ad inductionem & cancellationem prioris testamenti accedat autoritas posterioris perfecti, & sollenniter completi. Ita è contrario audent exigere vt ad posterioris testamenti potestatem accedat incisio & cancellatio prioris. Cur enim aut quonam colore requirerent rumpi scripturam & chartam prioris testamenti imperfecti facto alio posteriore eoq; perfecto, cùm per posterius testamentum, si modò iure perfectum sit, rumpatur prius ipso iure etiam quod ipso iure valuit, tametsi chartam scripturá nq; prioris testamenti intactam illibatá nq; testator reliquerit. § *posteriore. Institu. quib. mod. testam. infirm. l*. 1. & 2. D. *de iniust. rupt. l. si quis priore*. 29. *D. ad SC. Trebell*. Et hanc Iustiniani sententiam fuisse fatebitur sanè quisquis verba constitutionis legere ac ponderare volet. Sed in hoc quoq; & quarto loco interpretes nostri errant, quòd posterius testamentum quantumuis septem testium signis, cæterisq; sollennibus omnibus munitum non aliter habent pro satis perfecto validóq; ad prius, quamquam prorsus inualidum reuocandum, nec si, quod magis est, prioris testamenti scriptura chartáq; rupta sit, quàm si habeat clausulam derogatoriam, per quam priori testamento expressim derogatum reperiatur. Quid enim commune habet cum posterioris testamenti perfectione quòd clausulam derogatoriam vel aliquam habeat vel nullam? Aut quis credat magis esse necessariam clausulam derogatoriam ad reuocandum testamentum, quod tale sit támq; infirmum vt iure testamenti valere numquā possit, quàm ad reuocandum illud quod iure perfectum fuerit, & ex quo tam adiri hereditas quàm bonorum possessio peti potuisset? Quo plus enim virium quid habet siue testamentum illud sit, siue quid aliud, tanto difficilius est, vt infirmari rumpíque possit. Sed & si quis casus est in quo prius testamentum non aliter tollatur per posterius, quàm si prioris mentio specialis facta sit, qualem casum apud interpretes facilius est, quàm apud prudentes inuenire, vt in sequentibus dicemus, non

ideo

ideo tamen minùs perfectum videri testamentum potest quòd non derogauerit priori si nihil nisi formam testamenti extrinsecam, & sollennitatem spectemus: sed ob eam duntaxat causam nullius momenti est si interpretibus credimus quòd testatoris sui voluntatem non habere intelligatur, ex qua tamen pendet ac æstimanda est præcipua vis testamenti: defectúsque ille est voluntatis non sollennitatis, defectus inquam voluntatis non ex parte sed in totum, vt proinde tametsi de testamento ratione voluntatis imperfecto sentire quis velit, hoc tamen casu non tam imperfectum testamentum, quàm nec cœptum dici debere videatur. Errandi tamen occasionem interpretibus præbuerunt verba constitutionis, quæ sic concepta sunt, quasi velit Iustinianus expressam fieri prioris voluntatis mentionem, tùm quoque cùm sollenniter factum est posterius testamentum. Sic enim constitutio habet. *Hoc enim concedimus eum agere hoc ipsum expreßim significantem sub præsentia testium septem, quia etsi fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere vlteriùs vult, sed rursum vult aliam facere & hanc aut in testamento perfecto faciat omnia testamentorum habente signa, aut in non scripta perfecta voluntate, videri eum defunctum esse prioribus infirmis factis ex secunda eius secundùm imperfectum testamentum aut voluntatem, dispositione.* Sed obseruare debuerunt, quod non obseruarunt, verba constitutionis ad eum casum pertinere, quo testator inceperit à prioris voluntatis reuocatione: quod cùm sit fateor non sufficere illam reuocationem nisi aliud etiam testamentum fiat, quod sit perfectum. At si testator incipiat à secundo testamento perfecto vt reuocet prius quod erat imperfectum, dico nullam esse necessariam specialem reuocationem prioris voluntatis. Et ratio est quia intestatus decedere non potest qui decedit cum testamento perfecto. Voluntas autem illa quæ testamento priore imperfecto continebatur numquam in eo fuit vt potuerit valere alio iure, quàm voluntatis intestati. Hoc ipso igitur quod secundum testamentum fit & perficitur sollenniter, priorem illam voluntatem satis superque reuocatam intelligi necesse est, ne alioqui eueniat vt idem pater testatus simul & intestatus decessisse videatur, quod tamen non magis parenti inter liberos testanti permissum est quàm cæteris paganis, si non aliqua noua & hactenus inaudita constitutio in eam rem proferatur. Neque enim verendum est ne euadat in codicillos testamentarios, quomodo eueniret factis ante testamentum codicillis, & eo tempore quo paterfamilias nondum de testamento faciendo cogitabat, secutóque postea testamento. Quo casu codicilli vtique per subsequens testamentum confirmati viderentur, factique testamentarij qui antè facti fuerant tanquam ab intestato potiùs valituri, licèt testamento specialiter confirmati non essent, vt à Seuero & Antonino contra Papiniani sententiam rescriptum fuisse refert Iustinianus in *§. tantùm. Institut. de codicill. iunct. l. ante tabulas. 5. D. de iur. codicill.* Nam diuersitatis ratio euidens illa est, quòd multo facilius sit vt codicilli tanquam ab intestato facti euadant in codicillos testamentarios propter factum postea testamentum, quàm vt testamentum imperfectum euadat in codicillos. Codicilli enim ab initio facti vt valerent tanquam codicilli semper tales remanent, & quod nouam illam qualitatem induunt, vt fiant testamentarij, fit ex necessitate

propter factum quandocunque postea testamentum, quod non magis patitur, vt ij anteriores codicilli valeant ab intestato quàm vt intestatus decesserit is qui testamentum sollenne faciendo voluit decedere testatus. At imperfectū testamentum à patre factum inter liberos, nec valuit, nec potuit valere vnquam iure codicillorum, ne quidem quasi ab intestato factorū etiāsi ponas quinq; testes adfuisse, multo minùs si nō tot interuenerint, sed tātùm iure cuiuslibet vltimæ voluntatis intestati, quoniā pater qui testari voluit eāq; suā voluntatem testamentū appellauit, nihil minus egit, quàm vt faceret codicillos siue ex testamento siue ab intestato, si nō expressim adiecerit clausulā codicillarem, quā non adiectā subintelligi numquā debere probauimus in primum huius Decadis Errorem. Quā enim voluntatem ab intestato decedendi habere potuit is qui testamentum se facere putauit nec nisi de testamento faciendo cogitauit? Mirum ergo non est huiusmodi testamentū imperfectum non cadere in codicillos testamentarios ob id solùm quod postea factum sit aliud perfectumq; testamentum. Priùs nāq; faciendum esset, vt ex testamento fierent codicilli & quidem tanquā ab intestato facti, quàm vt assumeret naturā & qualitatem illā testamentariorum: cùm prius sit esse, & esse quid, quàm esse quale. Porrò si testamentū illud imperfectum facto alio posteriore, perfectoq; testamento valere nō potest, neq; tanquā testamentum, quia est imperfectum, neq; iure codicillorum siue ex testamento siue ab intestato factorū, quia id testator non voluit, neq; iure vltimæ voluntatis intestati, quia testamentum sollenne adest, quamuis nulla in posteriore testamento facta sit mentio prioris. Quæro cur non reuocatum dici debeat prius testamentū imperfectum etiāsi per posterius nō fuerit ei expressè derogatum? Aut ad quid prodesse potest dicere nō esse reuocatum, si nihilominùs effectum nullum habere potest? Dices fortasse, Immo debere suum sortiri effectum quasi posteriore testamento inutili existente propter vim & potestatem tacitæ illius clausulæ derogatoriæ, quā Doctores nostri in testamento illo priore quātumlibet imperfecto subintelligi volūt. Hoc enim est quod aiunt. Posterius testamentū licet omnes habeat sollennitates, ideo tamen non valere saltem quātum ad hunc effectum, vt reuocet prius, quòd ei pater derogasse videatur cùm priùs inter liberos testatus fuit, nisi eum prioris illius voluntatis expressim pœniteret. Sed respondeo nō nisi absurdè hoc dici posse. Primùm quia quod interpretibus placet de clausula derogatoria vt posterioris testamenti vim & validitatem impedire possit, merum somnium est, vt in sequentibus dicemus. Deinde quia vt maximè id verum esset, eo tamen duntaxat casu locum habere posset quo prius testamentum esset factum in quo clausula derogatoria vel contineretur, vel subintelligeretur. Nā vt per eā scripturā nō nisi iure intestati valere possit permittatur patri aut alij cuilibet legem sibi dicere ne postea testari vtiliter possit, si nō expressim deroget priori voluntati ab intestato factæ, prorsus nouū est & ante hanc diem, inauditum. Potestas namq; clausulæ derogatoriæ si qua est tota vim sumit ex viribus testamenti in quo vel expresse vel tacitè continetur. Adeò vt si tale testamentum non valeat, neq; valere possit clausula derogatoria in eo adscripta. Ne alioqui eueniat vt testamentum in reliquis omnibus nullum ad hoc solum proficiat vt testari quodammodo interdicatur libera testāmenti factione, hactenus saltem ne tam facilè, aliud testamentum facere possit, quod tamen tanto minùs impediri oporteret, quanto magis esset

esset necesse vt fieret, priore non subsistente. Denique absurdum est vt per voluntatem intestati præcedentem impediatur validitas postea facti testamenti, quod suas omnes habeat sollennitates. Atqui certum est huiusmodi testamenta parentum imperfecta inter liberos non solùm non valere nisi iure vltimæ voluntatis intestati, sed neque eo iure valere posse nisi confirmentur & adiuuentur per officium arbitri familiæ ercifcundæ, vt supra probauimus ex *l. filij. 16. & l. vlt. C. famil. ercisc.* Quomodo igitur impedire possunt ne valeat postea factum testamentum per quod non fuerit tali voluntati expresim derogatum? Si enim familiæ ercifcundæ iudicem & arbitrum sumi necesse est, ad talem intestati voluntatem confirmandam, nec maior potest esse ius clausulæ derogatoriæ quæ secundum interpretes tacitè subintelligitur in huiusmodi voluntate quàm si expressa esset, nec rursus maior esse vis clausulæ expressæ, quàm principalis ipsius voluntatis, cuius retinendæ gratia clausulam istam derogatoriam adiici oportuerit. Omnino consequens est vt nullum effectum habere debeat ea clausula derogatoria priùs quàm acceptum sit iudicium familiæ ercifcundæ. Quo admisso illud etiam fit vt non possit impedire ne inter fratres sumendus sit arbiter familiæ ercifcundæ, qui hereditatem inter eos diuidat ex testamẽto, quod nos ponimus, & postea & sollenniter factum esse. Tunc enim sumitur arbiter familiæ ab intestato ercifcundæ, cùm ex testamento diuidi hereditas non potest. Præpostertum igitur est vt arbitri familiæ ercifcundæ officium quod voluntatem illam intestati tueri posset si ab intestato diuidenda esset hereditas, impediat ne sumi possit arbiter ad diuidendam ex posteriore testamento eóq; perfecto hereditatem. Vt verò arbiter sumptus ad diuidendam ex testamento hereditatem tueatur priorem voluntatem iure intestati, manifestam sanè implicat contradictionem: Sed illud magis vt tueri debeat clausulam derogatoriam, etiam quę expresa fuerit in priore illa voluntate: si per eam clausulam futurum est vt testamentum numquam valuisse intelligatur, quod tamen iam fuerit confirmatum non modò per legem ex instanti mortis testatoris, sed etiam per aditionem, adeóq; per iudicem ipsum & arbitrum familię ercifcundę ad diuisionem ex testamento faciendam datum: Siquidem apertissimum est neque ex testamento hereditatem diuidi posse neq; arbitrũ in eam rem dari quin testamentum fuerit confirmatum. Postquam verò semel confirmatum fuit, qua tandem arte vel subtilitate assequi poterunt interpretes vt alius arbiter dandus sit ad diuidendam ab intestato hereditatem, qui clausulam derogatoriam in testamento imperfecto adiectam tueri debeat cum reliqua omni voluntate iure voluntatis intestati ad extinguendam vim posterioris testamenti, quod iam effectum suum plenissimum habuerit? Et sanè si verum esset, quod volunt interpretes clausulam derogatoriam quam in testamento parentis inter liberos subintelligi aiunt, eam vim habere, vt posterius testamentum quantumuis perfectum & sollenne impediat ne valere possit nisi prior voluntas expresim reuocata sit, sequeretur si quid in eo testamento posteriore legatum vel fideicommissi titulo relictum esset extraneis personis, ne quidem id valiturum. Quoties enim testamentum ipsum non valet, pręsertim verò defectu voluntatis, & ea de causa quod is qui testatus dicitur nullomodo testari voluerit, quis dicat valere posse legata vel fideicommissa in eo testamento contenta? Nam etsi testamentum ab initio valuisset, si tamen postea destitueretur non adita ex eo,

hereditate, legata quoque & fideicommissa intercidere necesse esset quæ tamen aliquando valuissent. *l. si nemo. 9. D. de testam. tutel. l. ea quam. 14. C. de fideic.* Atqui ne ipsi quidem interpretes audent hoc dicere. Istam enim clausulam derogatoriam ideo tantùm comminiscuntur, & subintelligi volunt in huiusmodi testamentis imperfectis, vt conseruent priorem patris inter liberos voluntatem, non etiam vt quantum ad extraneas personas destruant posteriorem. Cur enim, aut quomodo destruerent, cùm si quid in priore illo testamento imperfecto clausulam derogatoriam habēte extraneis relictum esset, coram testibus saltem quinque: multò magis si septem adfuissent totum id valere Iustinianus voluerit *dict. Nouell. 107. cap. 1. de testam. imperf.* vnde sumpta est *dict. Auth. quod sine. C. de testam.* Quidni ergo multo magis valebunt ea quæ relicta sint in testamento iure ac sollenniter perfecto? Cum igitur ea quæ in posteriore testamento perfecto relicta sunt extraneis omnimodo valeant, fatendum est in necessarium antecedens ipsum quoque testamentum valere, neque posse vires eius impediri ex sola potestate clausulæ derogatoriæ in priore testamento imperfecto propter solos liberos subintellectæ. Itaque fiet vt posterius testamentum sollenne partim valeat, scilicet quantum ad extraneos, partim non valeat, scilicet quantum ad liberos: quod tamen fuerit perabsurdum. Quamuis enim de testamento imperfecto verè dicatur voluntatem in eo declaratam defendi quantum ad liberos, non autem quantum ad extraneos. *dict. l. vlt. C. famil. ercisc.* ne tamen id absurdum videri debeat, facit quod etiam quantum ad liberos defenditur iure intestati non ex testamento, vt proinde non eueniat hoc casu quod in superiore eueniret, vt pater pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse videatur. Nam & quatenus defenditur iure intestati, non tamen sola voluntatis potestate defenditur, sed officio arbitri familiæ erciscundæ, cuius est in adiudicationibus faciendis sequi voluntatem testatoris, cúmque iudicium familiæ erciscundæ non habeat locum nisi inter coheredes, ab intestato autem extraneus nemo heres esse possit, quia hereditas non nisi testamento extraneis datur. *l. hereditas. 5. C. de pact. conuent.* apparet non tam ex aliqua vel æquitate, vel Imperatoris voluntate, quàm ex mera necessitate fieri, vt voluntas testamento imperfecto declarata quantum ad extraneos defendi nullomodo possit. At si quis è contrario dicere similiter vellet, ex perfecto testamento quod pater post imperfectum fecisset, tuendam esse voluntatem quantum ad extraneos, non etiam quantùm ad liberos, propter clausulam derogatoriam, quæ quantum ad liberos non quantum ad extraneos subintelligeretur: faceret ille patrem pro parte testatum, pro parte intestatum: quod iuris ratio non permittit. Et consequenter dicendum est clausulam derogatoriam, quæ non potest subintelligi ad impediendam vim posterioris testamenti perfecti, si quid fortè in eo relictum sit extraneis, neque liberorum fauore subintelligi debere, vt quantùm ad eos pertinet maior prioris, quàm posterioris voluntatis ratio habeatur. Addamus, si clausula ista derogatoria in parentis testamento inter liberos imperfecto subintelligenda esset, futurum vt ad validandum posterius testamentum non sufficeret factam esse in eo specialem & expressam prioris mentionem, nisi etiam ipsius clausulæ derogatoriæ mentio & derogatio expressa facta proponeretur. Sic enim vt plurimùm concipi solet clausula derogatoria. Ne aliter posterius testamentū valere possit, quàm si ita factum sit, vt ipsorū verborū quibus concepta

cepta clausula est expressā contineat designationē & relationem. Quomodo autem designari posset clausula, quę tantùm subintellecta esset, nec vsquam expressa fuisset? Sed & cùm aliter atq; aliter concipi soleat, quoties exprimitur, quęnā obsecro pōt esse formula huiusmodi clausulę subintellectæ? Quicquid enim subintelligitur, solet ex eo æstimari quod expressum esse côuenirer: ideóq; si nec per diuinationem côiicere quis possit, quid exprimi potuerit precisè, i. quid omnino expressurus fuerit testator, si nihil subintelligi voluisset, planè nō video quid subintelligere possimus. Subintelligimus casum substitutionis vulgaris in pupillari expressa, & contrà, casum pupillaris substitutionis in vulgari expressi post Diui Marci & Veri constitutiōnē, de qua in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pup. subst. l. quamuis. 4. C. de impub.* quia vtriusque substitutionis formula certáque est semperque eadem, saltem quantum ad vim & potestatem, quoties exprimitur. At clausulæ derogatorię nulla est certa formula, nunquam igitur subintelligenda: maxime in testamento imperfecto, cum neque in eo quod perfectum esset, subintelligeretur. Nam in testamentis perfectis nihil innouatum est ne quidem inter liberos, quia nec fuit necesse, sufficiente liberis iure communi.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & ratione Auth. hoc inter liberos. C. de testam.

VNVM illud mirum est, necdum à nobis in proxima disputatione explicatum, quod supra relatis verbis *Nouell. 107. de testam. imperf. cap. 1.* vnde sumpta est *Auth. hoc inter. C. de testam.* Iustinianus constituit. Ad reuocandum testamentum imperfectum à parente inter liberos conditum non sufficere, vt parens ipse dixerit nolle se eam scripturam vlteriùs valere, sed hòc præterea exigi, vt aliud faciat ídque perfectum testamentum, siue in scriptis, siue per nuncupationem. Hoc enim est quod interpretes nostros maximè præcipites egit in hunc errorem, vt credant in testamento parentis imperfecto inter liberos clausulam derogatoriam subintelligendam esse. Sic namque ratiocinantur, si clausula derogatoria in eiusmodi testamento nōn subintelligeretur, fore vt sufficeret priorem voluntatem quæ imperfecta fuisset tolli per contrariam voluntatem, quamuis similiter imperfectā, sicut & perfectum testamentum prius per posterius æquè tolleretur, vt eadem seruetur proportio testamenti imperfecti ad imperfectum, quæ perfecti ad perfectum seruaretur. Clausula enim derogatoria hoc facere videtur, vt sit necessariū posterius testamentum perfectū, quādoquidem nec testamento perfecto contenta illa est, sed exigit etiā, vt testamentū illud posterius & perfectum speciale contineat derogatorię clausulæ mentionē & reuocationē. Verùm id tùm rectè dicitur cùm precedit testamētum aliquod sollenne perfectúmq; quod etiamsi nullā haberet clausulā derogatoriā, per aliud tamen posterius nisi quod æquè sollenne perfectúmque esset, rūpi non posset, *l. 2. D. de iniust. rupt. §. posteriore. Inst. quib. mod. testam. infirm.* Itaque presupponit hęc interpretum ratiocinatio aliū illum perpetuū errorem quē nos iam toties confutauimus. Testamenta parentū imperfecta inter liberos defendi iure testamentorum. Vt enim clausula derogatoria et-

fectum aliquem iuris à iure habeat, eam necesse est scriptam esse, aut saltem si cum interpretibus hac parte sentire quis velit, subintelligi in ea voluntate quæ iuris vinculum habeat, quęque ob eã causam iusta dici possit. Quomodo enim clausulæ derogatorię vim aliquam dare ius posset ad confirmãdam eam voluntatem, quæ ipsa nullo iuris vinculo cõtineretur? Atquin soli testamento cõuenit illa diffinitio: vt sit iusta voluntatis nostræ sententia, nec cuilibet testamento, sed ei tantùm quod à pagano factum proponatur. Nam in testamentis quidem militaribus non tam iusta, quàm nuda testantis voluntas inspicitur, codicillos verò, epistolas, & alias si quę sunt species vltimę voluntatis, certum est nullo iuris vinculo contineri, pręterquàm si pendeant ex testamento, siue antè, siue pòst facto, cuius pars quædam dici possint, vt de codicillis testamentariis scriptum est in *l.2.§.codicillorum.l.ab intestato.16.in fi.& pass.D.de iur.codic.l.pen.D.test.quemadm.aper.* Solum igitur testamẽtum illud est, quod clausulã derogatoriam cõtinere potest. Proinde si verum est, vt est, quod volumus, imperfectum parentis inter liberos testamentum iure testamenti valere nunquã posse, consequens fit, vt in tali testamento clausula derogatoria, neq; exprimi, neque subintelligi vllomodo possit. Nam nec ex ipsis Imper. constit. factum est, vt iuris autoritatem aliquam habeant hęc testamenta, ne quidem ab intestato, quod facere vtique potuissent, si voluissent Imperatores, tanquam qui sint supra leges, sed tantùm illud ipsum cõstituerunt, quod iam erat in iure vetere, vt officio arbitri familię ercifcundę ea voluntas ab intestato defendi posset per adiudicationem: nisi quod addidit Cõstãtinus, vt in eam rem possent sufficere indicia quęlibet voluntatis, cùm antea verba perspicua licèt non sollennia requirerentur. Quod ipsum Iustinianus postea non modò non ampliauit, sed etiam restrinxit cum lege Constãtini pleriq; iam passim abuterentur, parentúmq; voluntates non tam defenderent quàm diuinarẽt ac ferè pro arbitrio comminiscerentur, vt Iustin. ipse ait. Et hęc ratio addi cõmodè põt ad eas quas superiore capite attulimus, vt probaremus falsum esse quod interpretes voluit & iactitãt De clausula derogatoria in huiusmodi testamentis subintelligẽda. Sed tamen hoc ipsum est quod magis me torquet, meámq; dubitationẽ auget. Cur ergo ad hæc testamenta imperfecta omnino euertenda, vt ne quidem iure voluntatis intestati defendantur, non sufficiat quod expressa voluntatis declaratione reuocentur, nisi etiam illud accedat, vt posterius aliud sit perfectúmque testamentum. Nam si non solùm clausulam derogatoriam nullam habere intelliguntur, quia nec possunt, nec nisi iure voluntatis intestati adeóque officio arbitri familiæ ercifcundæ potius quàm iure defenduntur, quid est quod habere possint tam firmum, támque efficax vt ad ea reuocanda non sufficiat contraria quęlibet volũtas? Aut quodnam erit priuilegium perfecti testamẽti, vt tolli nequeat per aliud posterius nisi quod sit etiã iure perfectum, si in testamento imperfecto idẽ iuris est? Deniq; quid facilius quàm vt voluntas quęlibet intestati nullo iure suffulta per contrariã voluntatem perimatur, etiamsi posterior illa voluntas in testamento perfecto non fuerit declarata? Et cùm ei quoq; qui in testamẽto sollenni scriptus fuit, nihil id prosit, siue ad adeundam hereditatem, siue ad petendã bonorum possessionem saltẽ cum effectu, vt defuncti bona retinere possit, si nõ retinuerit defuncti voluntatem, vt superiore capite dicebamus ex *l si ita scriptum.8. §.is antẽ.& l.qui ex liberis.11. §.testamento.D.de bonor.poss.secund.tabul. l.vlt.in fi.D.de his quæ in test.delent.*

cur li-

cur liberis proderit voluntas intestati parentis quæ non durauerit? Aut qua fronte potest quisque ex iis petere ab arbitro familiæ erciscundæ, vt ex officio suo voluntatem defuncti tueatur cōtra voluntatem? An non ad officium arbitri pertinet, vt eam voluntatem defendat quæ suprema reperiatur, non eam quæ fuerit quidem aliquando, sed in qua tamen ad extremum vsque vitæ spiritum pater minimè perseuerauerit? Nam etsi pater in filiumfamilias donationem aliquam inter viuos cōtulerit, quam iure ciuili non valere certum est propter vinculum patriæ potestatis. *l. siue emancipatis.* 17. *C. de donat.* ad officium quidem arbitri familiæ erciscundæ pertinet vt eam tueatur, donatásque res filio donatario præcipuas adiudicet. *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* sed sub ea tamen exceptione, *si non postea contrarium patris iudicium probetur*, vt scriptum est in *l. filia cuius.* 18. *C. famil. ercisc.* Cur ergo plus iuris habebit patris voluntas in testamento imperfecto declarata, vt ab arbitro familiæ erciscundæ tuenda sit etiamsi pater in contraria decesserit voluntate? An fortè minus ambulatoria est patris voluntas ad extremum vsque vitæ exitum, si in testamento imperfecto declarata sit, quàm si in eo quod fuerit perfectum fuísque numeris omnibus absolutum? aut quàm si in perfecta quidem, sed inutili & improbata donatione? Quam ergo rationem habere Iustiniani cōstitutio potest? Non equidem soleo valde laborare in rationibus inuestigādis, quoties aliquam Iustiniani constitutionem tracto, præsertim verò in qua faciat ille ius nouum quod nunquam potest non esse à iuris ratione alienum: sed tamen vt in proposito casu laborare debeam, illud facit ac propemodum me cogit, quod vix aliter fieri posse video, vt hic interpretum nostrorum error profligetur circa clausulam istam derogatoriam in parentis testamento inter liberos subintelligendam, nisi ratio intelligatur qua moueri non modò potuerit, sed etiam debuerit Iustinianus, vt testamentum parentis imperfectum non aliter contraria voluntate destrui pateretur, quàm si posterior illa & contraria voluntas in testamentum perfectum collata esset. Ratio autem illa occurrit, quæ adferri meo iudicio non malè possit, & quam à nemine tactam inuenio, quòd non de alia patris voluntate tuenda loquitur Iustinianus, quàm quæ à patre ipso scripta sit manu propria, vt habent verba constitutionis: ac proinde cuius chartam possit pater rumpere statim, atque vult eam non valere. Ex eo namque fit vt quamuis voluntatem suam coram testibus etiam si voles septem declarauerit quod eam scripturam vlteriùs valere nolit, facilè tamen credi possit ad priorem illam voluntatem rediisse in eáq; decedere voluisse, si quandiu vixit integrā eam retinuerit quam vtique rumpere si voluisset potuisset? Quid enim prohibebat quominùs rumperet, si nunquam in posterum valere illam aut conualescere vellet? Nam & simili propemodum ratione fit, vt quamuis sufficiat cancellatum esse testamētum, ad hoc vt qui testatus fuerat probetur voluisse decedere intestatus, si tamen pluribus exemplis idem testamentum scriptum sit, quorum alterum testator cancellauerit, alterum retinuerit, non idcirco dici possit intestatus nisi heredes legitimi probent ea mente factam cancellationem, vt is intestatus moreretur: quæ sententia & ratio est *d. l. vlt. D. de his quæ in testam. delent.* quia voluntas decedendi cum testamento durare videatur quandiu exemplum vel vnicum testamenti retinetur. Neque verò nouum est vt voluntas quæ defecerat iudicio recenti rediisse intelligatur, quemadmodum eleganter ait Papinianus in *d. l. qui ex liberis. §. testamento.* cuius recentis iudicij non leue

indicium illud est, si pater moribus eam scripturã integram & incorruptam habuerit, quam viuus rumpere poterat si voluisset. Adeò vt ob hanc causam nolit Iustinianus contrariam istam patris voluntatem probari per testes, quanticunque sint qui dicant patrem voluisse recedere aut recessisse à priore. Non quasi sit hic casus ex eorum numero in quibus probatio per scripturam vel omnino necessaria sit, vel maioris autoritatis quàm quæ fiat per testes [si enim factum esset aliquod testamẽtum dummodo perfectum, quamuis per nuncupationem tantùm sine dubio prius imperfectum, licèt scriptũ tolleretur, vt sequitur apud Iustinianum] sed quia quandiu prius illud testamentum imperfectum ruptum non est, neque per incisionem, neque per posterius testamentum perfectum, tandiu probabiliter credi potest, patrẽ mutata rursus ea posteriore voluntate, quam præsentibus testibus declarauerat, ad priorem quæ tum defecerat, rediisse. Quod apertissimè Iustinianus exprimit iis verbis, *Et si quidem vsque ad mortem maneat hoc schema, nullus postea deducet testes, quia voluit fortè talem voluntatem commutare, aut conuertere, aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere quod factum est, & aliam facere voluntatem, declarantem perfectam eius sententiam, quam competit valere?* Ex quo mihi videor inferre posse, non solum quod in præced. Dec. disputaui constitutionem istam ad testamenta nuncupatiua imperfecta non pertinere, quæ scilicet nullomodo rumpi possunt nisi posteriore alio perfectóque testamento, nec si fuerint scripta: cùm non idcirco ex scriptura æstimentur, sed ex eo quod nuncupatum fuit & ex fide testium. Verùm etiam si scriptura testamenti imperfecti inter liberos conditi non sit in potestate patris eo tempore & loco in quo dicit nolle se priorem voluntatem valere, ita vt rumpere illam non possit etiamsi maximè velit, posse solam ipsius declarationem sufficere ad prius testamentum quod imperfectum fuit euertẽdum, nec requiri vt præterea faciat aliud perfectúmque testamentum, si modo decedat in eadem posteriore voluntate priùs quàm eius scripturæ chartæque rumpendæ potestatem nanciscatur. Quoniam hoc casu cessat ratio qua mouetur Iustinianus, ne velit solam eiusmodi declarationem sufficere, nec si per mille testes probetur. Illa nimirum, quam exprimunt verba ista, *cui licuit rumpere quod factum est.* Præsertim si addas declarationem contrariæ voluntatis factam fuisse eo loco & tempore in quo non licuerit patri facere aliud testamentum perfectum fortassis propter deficientem testium numerum, qui necessarius fuisset *l. conficiuntur. 8. §. codicillis. D. de iur. codicill. l. vlt. C. de testam.* Quamquam videtur Iustinianus distinguere casum illum, quo pater voluntatem mutauerit ab eo casu quo voluerit tantùm mutare. Nam licèt ad voluntatem & scripturam imperfectam destruendam sufficere videretur solum propositum mutandæ voluntatis, quæ ipsa similiter voluntas imperfecta dici posset, tamen non vult Iustinianus eam facti quæstionem relinqui, & ex testium fide pendêre, at neque sufficere propositum illud mutandę voluntatis etiamsi probetur, quandiu scripturam penes se integram retinuit pater qui voluntatẽ dicitur mutare voluisse: quia fortius est indicium retentę prioris voluntatis, etiam post propositũ eius mutationẽ, quod ex chartę retentione colligitur. Quid ergo si pater non solùm dixisse probetur per testes, quòd vellet mutare volũtatem, sed etiam expressim mutauerit, eáq; mutatio per sufficientem testium numerum cõprobetur? Distinguendũ rursus est cum Iustiniano, an posterior volũtas perfecta sit, necne, vt si perfe-

si perfecta sit siue scripta siue non scripta, nulla prioris scripturæ ratio habeatur, si imperfecta sit, nulla posterioris. Perfectam autem non scriptam voluntatem accipere debemus, quomodo interpretes, pro perfecto testamento nuncupatiuo. Nam aliæ species vltimæ voluntatis cuiusmodi sunt, epistola, codicilli, & si quid aliud est simile, non nisi per scripturam fieri possunt, quod & nomina ipsa epistolæ & codicillorum demonstrant. *l. litera.17.l.vlt.* D. *de iur.codicill.* dixitque Iustinianus perfectam voluntatem nō scriptam ad differentiam testamenti in scriptis, de quo in illis verbis, *& hanc aut in testamento perfecto faciat omnia testamentorum habente signa.* Nec enim testamentum nuncupatiuum habet vlla testamenti signa, licèt suas etiam habeat sollennitates, sed eas testibus potiùs quàm oculis fidelibus subiectas *l. in testamentis.26 C. de testam.* Proinde non satis est Iustiniano si pater mutata voluntate quam expresserat in testamento imperfecto inter liberos cōdito, conscribat codicillos quibus voluntatem suam contrariam declaret: sed opus est testamento eoq; perfecto. Nēpe, vt suprà explicauimus, si priorem scripturam integram retineat, cuius, si vellet, rumpendæ liberam haberet facultatem. Ea namq; rupta nihil amplius quærendum esset, neq; de illo laborandū an testan ētum aliquod secutum fuisset néne, & an perfectū, an imperfectū. Hoc verò est quod magis mirū videatur, scripturā testamēti imperfecti non posse tolli per contrariā scripturam codicillorum etiā perfectorum. Nam vt nō tollatur per expresā quoq; mutationē volūtatis, quæ tamē non probetur nisi per testes, ratio in prōptu illa esse videtur, quòd naturale sit vnumquodque dissolui, eo modo quo colligatum est, oportere, & consequenter per scripturā quod per scripturam contractū fuit. *l. prout.* 80. *D. de solut. l. nihil tā naturale.* 35. *de regul. iur.* Etsi non vsq; adeò perpetua est ea regula vt testamētū sollenne in scriptis conditū non possit rūpi per testamētū nūcupatiuū. Sufficit enim posterius quoquomodo valere vt prius quoquomodo factū rūpatur *l. sancimus.27. C. de testā.* Sed hęc ipsa ratio tāto magis suadet, vt testamētū imperfectū per scripturā cōditū reuocari possit per cōtrariā scripturā etiā quæ nō valeat nisi iure codicillorū, cùm hoc casu eiusdē naturæ & potestatis sit vtraq; volūtas intestati. Quinimò in scriptura codicillorū hoc plus est, quòd ea in suo genere est perfecta, potéstq; actionē producere, aut saltē extraordinariā persecutionē fideicōmissorū in codicillis relict rū: cùm tamē scriptura testamēti imperfecti etiā inter liberos conditi nihil aliud facere possit, ne quidē post tot Imperatorū cōstitutiōes nisi quod inducit officiū arbitri familiæ ercīscundę in adiudicationibus faciēdis. Quid ergo est quod impedire posit ne testamentū imperfectum tollatur per codicillos perfectos? An eo ratio quā attulimus in pręcedentibus quòd videatur pater ad priorē voluntatē rediisse, si eius volūtatis scripturā penes se mortis tēpore habuisse cōperiatur? Minimè. Tūc.n. dūtaxat huic rationi locus esse potest, cùm à priore volūtate hactenus tātū recessit pater quod dixit nolle se illā valere: non etiā cū volūtatē cōtrariā expressit perfectéq; cōpleuit, siue per epistolam siue per codicillos. Alioqui dicendum esset nec vllam posterioris testamenti ritè perfecti rationem habendam fore si pater imperfecti testamenti scripturam penes se integram retinuisset: quod tamen non solùm à ratione, sed etiā à Iustiniani mēte verbisq; omnino abhorret. Illa igitur ratio potiùs afferenda est, quòd cùm testamenta isthęc imperfectā non,

valeant, nisi sunt intestati, non possunt videri sublata per codicillos quantumlibet perfectos postea factos, per quos scilicet non fit vt eo minùs decesserit pater intestatus. Vt neque alia vlla ratione intestati successio impediri potest quàm per testamentum, nec si testator voluerit testari, quemadmodum è contrariò qui testatus fuit non ex eo solo intestatus fieri potest quod dicat nolle se testamentum valere, malléque mori intestatum. *§. ex eo autem. Instit. quib. mod. testam. infirm.* Si non præterea incidat tabulas, vel cancellet. *l. 5. penult. D. si tabul. test. null. extab. vnd. liber.* Testamento itaque opus est ne pater hic decedat intestatus, & consequenter vt ea voluntas reuocata intelligatur quæ ab intestato valere posit, dices, verum quidem esse voluntatem quæ non nisi ab intestato valere potuit reuocatam intelligi per factum postea testamentum, sed non esse bonam consecutionem si quis ex eo inferat, Non igitur posse reuocari voluntatem intestati nisi per testamentũ: Vt ex eo constat, quod si quis ab intestato factis codicillis fideicommissa reliquerit, eadem haud dubiè per contrarios codicillos reuocare potest, nec ob eam rem loquitur facere testamentum. *l. cùm proponatis. 3. C. de codicill. l. clari. 19. C. de fideic.* At respondeo voluntatẽ hanc à patre inter liberos in testamento imperfecto declaratã, licèt nõ defendatur nisi iure intestati, adeóq; officio arbitri familiæ erciscundæ, vt diximus, in hoc tamen differre à qualibet alia vltima intestati voluntate, quod non nisi per testamentum reuocari potest, siue quia accedente auxilio & adminiculo arbitri familiæ erciscundę tantum esset habitura iurium in effectu ad diuidendã inter liberos ab intestato hereditatem, quantum haberet testamentum iure perfectum ad faciendam eiusdem hereditatis ex testamento diuisionem: siue quòd cùm à patre talis scriptura fiat ea mente vt valeat iure testamenti, quamuis neque formã iurisdictionis mutare neque iuri publico derogare sit ei permissum vt ait *l. testandi. 13. C. de testam.* non videatur de priore illa voluntate seriò mutanda cogitare, nisi faciat illud ipsum quod esset ei faciendum si vellet recedere ab ea voluntate quam in testamento ritè perfecto declarasset. Atqui non posset perfectum testamentum per codicillos: Ergo nec ei permittendum est vt per codicillos euertat testamentum imperfectum: Quando nec per codicillos adimi potest hereditas quæ tamẽ per imperfectum testamentũ, etsi nec ritè nec solenniter, rectè nihilominus data intelligitur, cùm eam voluntatem arbiter familiæ erciscundæ sequi perinde cogatur acsi testamentum valeret. Cur enim melioris conditionis sit pater qui testamentũ condidit, imperfectum quidem, sed tamen tale quod voluerit valere iure testamenti, quodque effectum suum plenissimum licet ab intestato esset habiturum, si non reuocaretur, quàm si testamentum sollenne condidisset? In eóque obseruandum est constitutionem Iustiniani quæ de testamentis imperfectis loquitur ad ea restringendã esse, non ad cæteras quaslibet parentũ inter liberos voluntates extendendã, si enim pater de bonis suis per codicillos suos perfectos siue imperfectos dispofuisse proponeretur, nulla ratio est cur non licere illi deberet ab ea voluntate recedere nullo etiam in contrariũ facto testamento, si modò id fecisset per quod voluntas in prioribus codicillis declarata tolli potest & solet. Quamuis non minùs verum sit seruandam omnimodo patris inter liberos voluntatem quæ in codillis declarata fuerit etiam imperfectis, quàm eam quæ declarata sit in testamento imperfecto: Nempe quia cùm loquimur de codicillis paternis imperfectis inter liberos defenden-

defendendis ex Constantiniana constitutione in *l.vlt.C.famil.ercisc.* de illis intelligimus in quibus id scriptum est, quod iure communi valiturum esset si codicilli perfecti fuissent, ne alioqui plus iuris & potestatis habeant imperfecti codicilli, quàm perfecti. In codicillis autem etiamsi essent perfecti, non posset pater hereditatem suam ne liberis quidem directo dare, sed tantùm per fideicommissum. Ergo eos demum codicillos imperfectos patris inter liberos tueri debemus, in quibus hereditas directò data non sit: nec proinde mirum est ad eos reuocandos non esse necessarium testamentum, cuius tunc necessarius est vsus cùm hereditas, vel danda est directò, vel adimenda, quorum neutrum per codicillos quãtumlibet perfectos fieri potest. *§.codicillis.Instit.de codicil.l.quidam.27.§.1.D.de cond.instit.* E contrario igitur necessarium est testamẽtum ad reuocandam eam patris voluntatem quæ fuerit in testamento imperfecto declarata, cùm eo casu tractãdum sit de adimenda directò hereditate, quæ per testamentum imperfectum fuerat directò, nec inutiliter, quamquam neque sollenniter, data. Testamentum enim nullum esse potest, ne quidem imperfectum sine aliqua heredis institutione, quę si nulla esset, non tam imperfectum quàm nec cœptum dici deberet, cùm si iuris rationem inspicias, eius præsertim quod Constantini temporibus adhuc obtinebat, incipere testamentum debeat ab institutione. *§.ante heredis. Instit. de legat.l.2.§.priùs autem.de vulg.& pupill.substit.* At lex Constantini disertè loquitur de testamento cœpto nec completo. Ergo de testamento, imperfecto quidem, sed in quo liberi, adeóque omnes, vt suo loco probauimus, instituti reperiantur. Nec minùs constitutio Iustiniani, quæ à lege Constantini in eo tantùm dissimilis est, quod Constantinus de qualibet patris voluntate imperfecta locutus fuerat, Iustinianus verò de testamentis duntaxat imperfectis tractat, maiorémque in iis sicut condendis ita & euertendis obseruationem requirit, quàm Constantinus requirendam putasset. In summa testamentum imperfectum licèt ipso iure nullum sit *d.§.ex eo autem.in fin.Inst.quib. mod. testam. infirm.* cum tamen inter liberos defendatur iure intestati accedente auxilio arbitri familiæ ercisc undæ, non est inutile, quandoquidem facit vt in effectu tantundem consequantur liberi quantum si testamentum valeret, quamuis alio iure. Nihil igitur absurdi est hereditatem, quæ in eo data non inutiliter fuerit, adimi non posse per codicillos, non magis quàm si sollenniter data fuisset. Quid enim referre hac parte potest, an sollenniter data sit, necne, si modò data sit vtiliter? Et quemadmodum codicilli à patre conditi inter liberos, siue perfecti, siue imperfecti nullum priuilegium habere debent quantum ad hereditatem in iis directò datam, vt suprà diximus, ita neque illi per quos hereditas liberis in testamento, siue perfecto, siue imperfecto iam data, iisdem adimatur. Haberent autem si facere possent, vt testamentum imperfectum per eiusmodi codicillos, siue perfectos, siue imperfectos reuocatum intelligeretur: inducerent enim ademptionem hereditatis hoc ipso quod facerent ne arbiter familiæ erciscundæ in diuidenda hereditate posset sequi eam voluntatem quam pater instituens filios heredes in testamento imperfecto declarasset: cùm solo illo arbitri officio & auxilio fiat, vt hereditas à patre liberis in eiusmodi testamento non inutiliter data esse videatur. Ex quibus apparet eam sollennitatem, quam Iustinianus exigit ad euertendam priorem imperfectam patris inter liberos voluntatem, non esse necessariam, si prior illa voluntas

propter factum quandocunque postea testamentum, quod non magis patitur, vt ij anteriores codicilli valeant ab intestato quàm vt intestatus decesserit is qui testamentum sollenne faciendo voluit decedere testatus. At imperfectũ testamentum à patre factum inter liberos, nec valuit, nec potuit valere vnquam iure codicillorum, ne quidem quasi ab intestato factorũ etiãsi ponas quinq; testes adfuisse, multo minùs si nõ tot interuenerint, sed tãtùm iure cuiuslibet vltimæ voluntatis intestati, quoniã pater qui testari voluit eãq; suã voluntatem testamentũ appellauit, nihil minus egit, quàm vt faceret codicillos siue ex testamento siue ab intestato, si nõ expressim adiecerit clausulã codicillarem, quã non adiectã subintelligi numquã debere probauimus in primum huius Decadis Errorem. Quã enim voluntatem ab intestato decedendi habere potuit is qui testamentum se facere putauit nec nisi de testamento faciendo cogitauit? Mirum ergo non est huiusmodi testamentũ imperfectum non cadere in codicillos testamentarios ob id solùm quod postea factum sit aliud perfectumq; testamentum. Prius nãq; faciendum esset, vt ex testamento fierent codicilli & quidem tanquã ab intestato facti, quàm vt assumeret na urã & qualitatem illã testamentariorum: cùm prius sit esse, & esse quid, quàm esse quale. Porrò si testamentũ illud imperfectum facto alio posteriore, perfectóq; testamento valere nõ potest, neq; tanquã testamentum, quia est imperfectum, neq; iure codicillorum siue ex testamento siue ab intestato factorũ, quia id testator non voluit, neq; iure vltimæ voluntatis intestati, quia testamentum sollenne adest, quamuis nulla in posteriore testamento facta sit mentio prioris. Quæro cur non reuocatum dici debeat prius testamentũ imperfectum etiãsi per posterius nõ fuerit ei expresè derogatum? Aut ad quid prodesse potest dicere nõ esse reuocatum, si nihilominùs effectum nullum habere potest? Dices fortasse, Immo debere suum sortiri effectum quasi posteriore testamento inutili existente propter vim & potestatem tacitæ illius clausulæ derogatoriæ, quã Doctores nostri in testamento illo priore quãtumlibet imperfecto subintelligi volũt. Hoc enim est quod aiunt. Posterius testamentũ licèt omnes habeat sollennitates, ideo tamen non valere saltem quãtum ad hunc effectum, vt reuocet prius, quòd ei pater derogasse videatur cum prius inter liberos testatus fuit, nisi cum prioris illius voluntatis expressim pœniteret. Sed respondeo nõ nisi absurdè hoc dici posse. Primùm quia quod interpretibus placet de clausula derogatoria vt posterioris testamenti vim & validitatem impedire posit, merum somnium est, vt in sequentibus dicemus. Deinde quia vt maximè id verum esset, eo tamen duntaxat casu locum habere posset quo prius testamentum esset factum in quo clausula derogatoria vel contineretur, vel subintelligeretur. Nã vt per eã scripturã nõ nisi iure intestati valere posit permittatur patri aut alij cuilibet legem sibi dicere ne postea testari vtiliter posit, si nõ expresim deroget priori voluntati ab intestato factæ, prorsus nouũ est & ante hanc diem, inauditum. Potestas namq; clausulæ derogatoriæ si qua est tota vim sumit ex viribus testamenti in quo vel expresè vel tacitè continetur. Adeò vt si tale testamentum non valeat, neq; valere posit clausula derogatoria in eo adscripta. Ne alioqui eueniat vt testamentum in reliquis omnibus nullum ad hoc solum proficiat vt testari quodammodo interdicatur libera testamenti factione, hactenus saltem ne tam facilè, aliud testamentum facere posit, quod tamen tanto minùs impediri oporteret, quanto magis

esset

esset necesse vt fieret, priore non subsistente. Denique absurdum est vt per voluntatem intestati præcedentem impediatur validitas postea facti testamenti, quod suas omnes habeat sollennitates. Atqui certum est huiusmodi testamenta parentum imperfecta inter liberos non solùm non valere nisi iure vltimæ voluntatis intestati, sed neque eo iure valere posse nisi confirmentur & adiuuentur per officium arbitri familiæ ercifcundæ, vt supra probauimus ex *l.filij.16.& l.vlt.C.famil.ercisc.* Quomodo igitur impedire possunt ne valeat postea factum testamentum per quod non fuerit tali voluntati expresim derogatum? Si enim familiæ ercifcundæ iudicem & arbitrum sumi necesse est, ad talem intestati voluntatem confirmandam, nec maior potest esse ius clausulæ derogatoriæ quæ secundum interpretes tacitè subintelligitur in huiusmodi voluntate quàm si expressa esset, nec rursus maior esse vis clausulæ expressæ, quàm principalis ipsius voluntatis, cuius retinendæ gratia clausulam istam derogatoriam adiici oportuerit. Omnino consequens est vt nullum effectum habere debeat ea clausula derogatoria priùs quàm acceptum sit iudicium familiæ ercifcundæ. Quo admisso illud etiam fit vt non possit impedire ne inter fratres sumendus sit arbiter familiæ ercifcundæ, qui hereditatem inter eos diuidat ex testamēto, quod nos ponimus, & postea & sollenniter factum esse. Tunc enim sumitur arbiter familiæ ab intestato ercifcundæ, cùm ex testamento diuidi hereditas non potest. Præpoſterum igitur est vt arbitri familiæ ercifcundæ officium quod voluntatem illam intestati tueri posset si ab intestato diuidenda esset hereditas, impediat ne sumi possit arbiter ad diuidendam ex posteriore testamento eóq; perfecto hereditatem. Vt verò arbiter sumptus ad diuidendam ex testamento hereditatem tueatur priorem voluntatem iure intestati, manifestam sanè implicat contradictionem: Sed illud magis vt tueri debeat clausulam derogatoriam, etiam quę expressa fuerit in priore illa voluntate: si per eam clausulam futurum est vt testamentum numquam valuisse intelligatur, quod tamen iam fuerit confirmatum non modò per legem ex instanti mortis testatoris, sed etiam per aditionem, adeóq; per iudicem ipsum & arbitrum familię ercifcundę ad diuisionem ex testamento faciendam datum: Siquidem apertissimum est neque ex testamento hereditatem diuidi posse neq; arbitrū in eam rem dari quin testamentum fuerit confirmatum. Postquam verò semel confirmatum fuit, qua tandem arte vel subtilitate assequi poterunt interpretes vt alius arbiter dandus sit ad diuidendam ab intestato hereditatem, qui clausulam derogatoriam in testamento imperfecto adiectam tueri debeat cum reliqua omni voluntate iure voluntatis intestati ad extinguendam vim posterioris testamenti, quod iam effectum suum plenissimum habuerit? Et sanè si verum esset, quod volunt interpretes clausulam derogatoriam quam in testamento parentis inter liberos subintelligi aiunt, eam vim habere, vt posterius testamentum quantumuis perfectum & sollenne impediat ne valere possit nisi prior voluntas expresim reuocata sit, sequeretur si quid in eo testamento posteriore legatum vel fideicommissi titulo relictum esset extraneis personis, ne quidem id valiturum. Quoties enim testamentum ipsum non valet, pręsertim verò defectu voluntatis, & ea de causa quod is qui testatus dicitur nullomodo testari voluerit, quis dicat valere posse legata vel fideicommissa in eo testamento contenta? Nam etsi testamentum ab initio valuisset, si tamen postea destitueretur non adita ex eo,

hereditate, legata quoque & fideicommissa intercidere necesse esset quæ tamen aliquando valuissent. *l. si nemo. 9. D. de testam. tutel. l. ea quam. 14. C. de fideic.* Atqui ne ipsi quidem interpretes audent hoc dicere. Istam enim clausulam derogatoriam ideo tantùm comminiscuntur, & subintelligi volunt in huiusmodi testamentis imperfectis, vt conseruent priorem patris inter liberos voluntatem, non etiam vt quantum ad extraneas personas destruant posteriorem. Cur enim, aut quomodo destruerent, cùm si quid in priore illo testamento imperfecto clausulam derogatoriam habēte extraneis relictum esset, coram testibus saltem quinque: multò magis si septem adfuissent totum id valere Iustinianus voluerit *dict. Nouell. 107. cap. 1. de testam. imperf.* vnde sumpta est *dict. Auth. quod sine. C. de testam.* Quidni ergo multo magis valebunt ea quæ relicta sint in testamento iure ac sollenniter perfecto? Cum igitur ea quæ in posteriore testamento perfecto relicta sunt extraneis omnimodo valeant, fatendum est in necessarium antecedens ipsum quoque testamentum valere, neque posse vires eius impediri ex sola potestate clausulæ derogatoriæ in priore testamento imperfecto propter solos liberos subintellectæ. Itaque fiet vt posterius testamentum sollenne partim valeat, scilicet quantum ad extraneos, partim non va'eat, scilicet quantum ad liberos: quod tamen fuerit perabsurdum. Quamuis enim de testamento imperfecto verè dicatur voluntatem in eo declaratam defendi quantum ad liberos, non autem quantum ad extraneos. *dict. l. vlt. C. famil. ercisc.* ne tamen id absurdum videri debeat, facit quod etiam quantum ad liberos defenditur iure intestati non ex testamento, vt proinde non eueniat hoc casu quod in superiore eueniret, vt pater pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse videatur. Nam & quatenus defenditur iure intestati, non tamen sola voluntatis potestate defenditur, sed officio arbitri familiæ erciscundæ, cuius est in adiudicationibus faciendis sequi voluntatem testatoris, cúmque iudicium familiæ erciscundæ non habeat locum nisi inter coheredes, ab intestato autem extraneus nemo heres esse possit, quia hereditas non nisi testamento extraneis datur. *l. hereditas. 5. C. de pact. conuent.* apparet non tam ex aliqua vel æquitate, vel Imperatoris voluntate, quàm ex mera necessitate fieri, vt voluntas testamento imperfecto declarata quantum ad extraneos defendi nullomodo posit. At si quis è contrario dicere similiter vellet, ex perfecto testamento quod pater post imperfectum fecisset, tuendam esse voluntatem quantum ad extraneos, non etiam quantùm ad liberos, propter clausulam derogatoriam, quæ quantum ad liberos non quantum ad extraneos subintelligeretur: faceret ille patrem pro parte testatum, pro parte intestatum: quod iuris ratio non permittit. Et consequenter dicendum est clausulam derogatoriam, quæ non potest subintelligi ad impediendam vim posterioris testamenti perfecti, si quid fortè in eo relictum sit extraneis, neque liberorum fauore subintelligi debere, vt quantùm ad eos pertinet maior prioris, quàm posterioris voluntatis ratio habeatur. Addamus, si clausula ista derogatoria in parentis testamento inter liberos imperfecto subintelligenda esset, futurum vt ad validandum posterius testamentum non sufficeret factam esse in eo specialem & expressam prioris mentionem, nisi etiam ipsius clausulæ derogatoriæ mentio & derogatio expressa facta proponeretur. Sic enim vt plurimùm concipi solet clausula derogatoria. Ne aliter posterius testamentū valere posit, quàm si ita factum sit, vt ipsorū verborū quibus concepta

cepta clausula est expressá contineat designationé & relationem. Quomodo autem designari posset clausula, quę tantùm subintellecta esset, nec vsquam expressa fuisset? Sed & cùm aliter atq; aliter concipi soleat, quoties exprimitur, quęnã obsecro pôt esse formula huiusmodi clausulę subintellectæ? Quicquid enim subintelligitur, solet ex eo æstimari quod expressum esse côueniret: ideóq; si nec per diuinationem côiicere quis possit, quid exprimi potuerit precisè, i. quid omnino expressurus fuerit testator, si nihil subintelligi voluisset, planè nô video quid subintelligere possimus. Subintelligimus casum substitutionis vulgaris in pupillari expressa, & contrà, casum pupillaris substitutionis in vulgari expressa post Diui Marci & Veri constitutionē, de qua in *l. iam hoc iure.* 4. D. *de vulg. & pup. subst. l. quamuis.* 4. *C. de impub.* quia vtriusque substitutionis formula certáque est semperque eadem, saltem quantum ad vim & potestatem, quoties exprimitur. At clausulæ derogatorię nulla est certa formula, nunquam igitur subintelligenda: maxime in testamento imperfecto, cum neque in eo quod perfectum esset, subintelligeretur. Nam in testamentis perfectis nihil innouatum est ne quidem inter liberos, quia nec fuit necesse, sufficiente liberis iure communi.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & ratione Auth. hoc inter liberos. C. de testam.

VNVM illud mirum est, necdum à nobis in proxima disputatione explicatum, quod supra relatis verbis *Nouell.* 107. *de testam. imperf. cap.* 1. vnde sumpta est *Auth. hoc inter. C. de testam.* Iustinianus constituit. Ad reuocandum testamentum imperfectum à parente inter liberos conditum non sufficere, vt parens ipse dixerit nolle se eam scripturam vlteriùs valere, sed hoc præterea exigi, vt aliud faciat idque perfectum testamentum, siue in scriptis, siue per nuncupationem. Hoc enim est quod interpretes nostros maximè præcipites egit in hunc errorem, vt credant in testamento parentis imperfecto inter liberos clausulam derogatoriam subintelligendam esse. Sic namque ratiocinantur, si clausula derogatoria in eiusmodi testamento nôn subintelligeretur, fore vt sufficeret priorem voluntatem quæ imperfecta fuisset tolli per contrariam voluntatem, quamuis similiter imperfectã, sicut & perfectum testamentum prius per posterius æquè tolleretur, vt eadem seruetur proportio testamenti imperfecti ad imperfectum, quæ perfecti ad perfectum seruaretur. Clausula enim derogatoria hoc facere videtur, vt sit necessariũ posterius testamentum perfectũ, quãdoquidem nec testamento perfecto contenta illa est, sed exigit etiã, vt testamentũ illud posterius & perfectum specialẽ contineat derogatorię clausulæ mentionẽ & reuocationẽ. Verùm id tùm rectè dicitur cùm pręcedit testamẽtum aliquod sollenne perfectúmq; quod etiamsi nullã haberet clausulã derogatoriã, per aliud tamen posterius nisi quod æquè sollenne perfectúmque esset, rũpi non posset, *l. 2. D. de iniust. rupt. §. posteriore. Inst. quib. mod. test am. infirm.* Itaque pręsupponit hęc interpretum ratiocinatio aliũ illum perpetuũ errorem quẽ nos iam toties confutauimus. Testamenta parentũ imperfecta inter liberos defendi iure testamentorum. Vt enim clausula derogatoria et-

fectum aliquem iuris à iure habeat, eam necesse est scriptam esse, aut saltem si cum interpretibus hac parte sentire quis velit, subintelligi in ea voluntate quæ iuris vinculum habeat, quęque ob eá causam iusta dici possit. Quomodo enim clausulæ derogatorię vim aliquam dare ius posset ad cõfirmãdam eam voluntatem, quæ ipsa nullo iuris vinculo cõtineretur? Atquin soli testamento cõuenit illa diffinitio: vt sit iusta voluntatis nostræ sententia, nec cuilibet testamento, sed ei tantùm quod à pagano factum proponatur. Nam in testamentis quidem militaribus non tam iusta, quàm nuda testantis voluntas inspicitur, codicillos verò, epistolas, & alias si quę sunt species vltimę voluntatis, certum est nullo iuris vinculo contineri, pręterquàm si pendeant ex testamento, siue antè, siue pòst facto, cuius pars quædam dici possint, vt de codicillis testamentariis scriptum est in *l. 2. §. codicillorum. l. ab intestato. 16. in fi. & pass. D. de iur. codic. l. pen. D. test. quemadm. aper.* Solùm igitur testamẽtum illud est, quod clausulã derogatoriam cõtinere potest. Proinde si verum est, vt est, quod volumus, imperfectum parentis inter liberos testamentum iure testamenti valere nunquã posse, consequens fit, vt in tali testamento clausula derogatoria, neq; exprimi, neque subintelligi vllomodo possit. Nam nec ex ipsis Imper. constit. factum est, vt iuris autoritatem aliquam habeant hęc testamenta, ne quidem ab intestato, quod facere vtique potuissent, si voluissent Imperatores, tanquam qui sint supra leges, sed tantùm illud ipsum cõstituerunt, quod iam erat in iure vetere, vt officio arbitri familię ercifcundę ea voluntas ab intestato defendi posset per adiudicationem: nisi quod addidit Cõstãtinus, vt in eam rem possent sufficere indicia quęlibet voluntatis, cùm antea verba perspicua licèt non sollennia requirerentur. Quod ipsum Iustinianus postea non modò non ampliauit, sed etiam restrinxit cum lege Constãtini pleriq; iam passim abuterentur, parentúmq; voluntates non tam defenderent quàm diuinarẽt ac ferè pro arbitrio comminiscerentur, vt Iustin. ipse ait. Et hęc ratio addi cõmodè põt ad eas quas superiore capite attulimus, vt probaremus falsum esse quod interpretes volũt & iactitãt De clausula derogatoria in huiusmodi testamentis subintelligẽda. Sed tamen hoc ipsum est quod magis me torquet, meámq; dubitationẽ auget. Cur ergo ad hæc testamenta imperfecta omnino euertenda, vt ne quidem iure voluntatis intestati defendantur, non sufficiat quod expressa voluntatis declaratione reuocentur, nisi etiam illud accedat, vt posterius aliud sit perfectúmque testamentum. Nam si non solùm clausulam derogatoriam nullam habere intelliguntur, quia nec possunt, nec nisi iure voluntatis intestati adeóque officio arbitri familiæ ercifcundæ potiùs quàm iure defenduntur, quid est quod habere possint tam firmum, támque efficax vt ad ea reuocanda non sufficiat contraria quęlibet volũtas? Aut quodnam erit priuilegium perfecti testamẽti, vt tolli nequeat per aliud posterius nisi quod sit etiã iure perfectum, si in testamento imperfecto idẽ iuris est? Deniq; quid facilius quàm vt voluntas quęlibet intestati nullo iure suffulta per contrariã voluntatem perimatur, etiamsi posterior illa voluntas in testamento perfecto non fuerit declarata? Et cùm ei quoq; qui in testamẽto sollenni scriptus fuit, nihil id prosit, siue ad adeundam hereditatem, siue ad petendã bonorum possessionem saltẽ cum effectu, vt defuncti bona retinere possit, si nõ retinuerit defuncti voluntatem, vt superiore capite dicebamus ex *l. si ita scriptum. 8. §. is antẽ. & l. qui ex liberis. 11. §. testamento. D. de bonor. poss. secund. tabul. l. vlt. in fi. D. de his quæ in test. delent.*

cur li-

cur liberis proderit voluntas intestati parentis quæ non durauerit? Aut qua fronte potest quisque ex iis petere ab arbitro familiæ erciscundæ, vt ex officio suo voluntatem defuncti tueatur cōtra voluntatem? An non ad officium arbitri pertinet, vt eam voluntatem defendat quæ suprema reperiatur, non eam quæ fuerit quidem aliquando, sed in qua tamen ad extremum vsque vitæ spiritum pater minimè perseuerauerit? Nam etsi pater in filiumfamilias donationem aliquam inter viuos cōtulerit, quam iure ciuili non valere certum est propter vinculum patriæ potestatis. *l. siue emancipatis.* 17. *C. de donat.* ad officium quidem arbitri familiæ erciscundæ pertinet vt eam tueatur, donatásque res filio donatario præcipuas adiudicet. *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* sed sub ea tamen exceptione, *si non postea contrarium patris iudicium probetur*, vt scriptum est in *l. filia cuius.* 18. *C. famil. ercisc.* Cur ergo plus iuris habebit patris voluntas in testamento imperfecto declarata, vt ab arbitro familiæ erciscundæ tuenda sit etiamsi pater in contraria decesserit voluntate? An fortè minus ambulatoria est patris voluntas ad extremum vsque vitæ exitum, si in testamento imperfecto declarata sit, quàm si in eo quod fuerit perfectum suísque numeris omnibus absolutum? aut quàm si in perfecta quidem, sed inutili & improbata donatione? Quam ergo rationem habere Iustiniani cōstitutio potest? Non equidem soleo valde laborare in rationibus inuestigādis, quoties aliquam Iustiniani constitutionem tracto, pręsertim verò in qua faciat ille ius nouum quod nunquam potest non esse à iuris ratione alienum: sed tamen vt in proposito casu laborare debeam, illud facit ac propemodum me cogit, quod vix aliter fieri posse video, vt hic interpretum nostrorum error profligetur circa clausulam istam derogatoriam in parentis testamento inter liberos subintelligendam, nisi ratio intelligatur qua moueri non modò potuerit, sed etiam debuerit Iustinianus, vt testamentum parentis imperfectum non aliter contraria voluntate destrui pateretur, quàm si posterior illa & contraria voluntas in testamentum perfectum collata esset. Ratio autem illa occurrit, quæ adferri meo iudicio non malè possit, & quam à nemine tactam inuenio, quòd non de alia patris voluntate tuenda loquitur Iustinianus, quàm quæ à patre ipso scripta sit manu propria, vt habent verba constitutionis: ac proinde cuius chartam possit pater rumpere statim, atque vult eam non valere. Ex eo namque fit vt quamuis voluntatem suam coram testibus etiam si voles septem declarauerit quod eam scripturam vlteriùs valere nolit, facilè tamen credi possit ad priorem illam voluntatem rediisse in eáq; decedere voluisse, si quandiu vixit integrā eam retinuerit quam vtique rumpere si voluisset potuisset? Quid enim prohibebat quominùs rumperet, si nunquam in posterum valere illam aut conualescere vellet? Nam & simili propemodum ratione fit, vt quamuis sufficiat cancellatum esse testamētum, ad hoc vt qui testatus fuerat probetur voluisse decedere intestatus, si tamen pluribus exemplis idem testamentum scriptum sit, quorum alterum testator cancellauerit, alterum retinuerit, non idcirco dici possit intestatus nisi heredes legitimi probent ea mente factam cancellationem, vt is intestatus moreretur: quæ sententia & ratio est *d. l. vlt. D. de his quæ in testam. delent.* quia voluntas decedendi cum testamento durare videatur quandiu exemplum vel vnicum testamenti retinetur. Neque verò nouum est vt voluntas quæ defecerat iudicio recenti rediisse intelligatur, quemadmodum eleganter ait Papinianus in *d. l. qui ex liberis.* §. *testamento.* cuius recentis iudicij non leue

indicium illud est, si pater moribus eam scripturã integram & incorruptam habuerit, quam viuus rumpere poterat si voluisset. Adeò vt ob hanc causam nolit Iustinianus contrariam istam patris voluntatem probari per testes, quanticunque sint qui dicant patrem voluisse recedere aut recessisse à priore. Non quasi sit hic casus ex eorum numero in quibus probatio per scripturam vel omnino necessaria sit, vel maioris autoritatis quàm quæ fiat per testes[si enim factum esset aliquod testamẽtum dummodo perfectum, quamuis per nuncupationem tantùm sine dubio prius imperfectum, licèt scriptũ tolleretur, vt sequitur apud Iustinianum] sed quia quandiu prius illud testamentum imperfectum ruptum non est, neque per incisionem, neque per posterius testamentum perfectum, tandiu probabiliter credi potest, patrẽ mutata rursus ea posteriore voluntate, quam præsentibus testibus declarauerat, ad priorem quæ tum defecerat, rediisse. Quod apertissimè Iustinianus exprimit iis verbis, *Et si quidem vsque ad mortem maneat hoc schema, nullus postea deducet testes, quia voluit fortè talem voluntatem commutare, aut conuertere, aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere quod factum est, & aliam facere voluntatem, declarantem perfectam eius sententiam, quam competit valere?* Ex quo mihi videor inferre posse, non solum quod in præced. Dec. disputaui constitutionem istam ad testamenta nuncupatiua imperfecta non pertinere, quæ scilicet nullomodo rumpi possunt nisi posteriore alio perfectóque testamento, nec si fuerint scripta: cùm non idcirco ex scriptura æstimentur, sed ex eo quod nuncupatum fuit & ex fide testium. Verùm etiam si scriptura testamenti imperfecti inter liberos conditi non sit in potestate patris eo tempore & loco in quo dicit nolle se priorem voluntatem valere, ita vt rumpere illam non possit etiamsi maximè velit, posse solam ipsius declarationem sufficere ad prius testamentum quod imperfectum fuit euertẽdum, nec requiri vt præterea faciat aliud perfectúmque testamentum, si modo decedat in eadem posteriore voluntate priùs quàm eius scripturæ chartæque rumpendæ potestatem nanciscatur. Quoniam hoc casu cessat ratio qua mouetur Iustinianus, ne velit solam eiusmodi declarationem sufficere, nec si per mille testes probetur. Illa nimirum, quam exprimunt verba ista, *cui licuit rumpere quod factum est.* Præsertim si addas declarationem contrariæ voluntatis factam fuisse eo loco & tempore in quo non licuerit patri facere aliud testamentum perfectum fortassis propter deficientem testium numerum, qui necessarius fuisset *l. conficiuntur. 8. §. codicilli. D. de iur. codicill. l. vlt. C. de testam.* Quamquam videtur Iustinianus distinguere casum illum, quo pater voluntatem mutauerit ab eo casu quo voluerit tantùm mutare. Nam licèt ad voluntatem & scripturam imperfectam destruendam sufficere videretur solum propositum mutandæ voluntatis, quæ ipsa similiter voluntas imperfecta dici posset, tamen non vult Iustinianus eam facti quęstionem relinqui, & ex testium fide pendêre, at neque sufficere propositum illud mutandę voluntatis etiamsi probetur, quandiu scripturam penes se integram retinuit pater qui voluntatẽ dicitur mutare voluisse: quia fortius est indicium retentę prioris voluntatis, etiam post propositã eius mutationẽ, quod ex chartę retentione colligitur. Quid ergo si pater non solùm dixisse probetur per testes, quòd vellet mutare volũtatem, sed etiam expressim mutauerit, eáq; mutatio per sufficientem testium numerum cõprobetur? Distinguendũ rursus est cum Iustiniano, an posterior volũtas perfecta sit, necne, vt si perfe-

si perfecta sit siue scripta siue non scripta, nulla prioris scripturæ ratio habeatur, si imperfecta sit, nulla posterioris. Perfectam autem non scriptam voluntatem accipere debemus, quomodo interpretes, pro perfecto testamento nuncupatiuo. Nam aliæ species vltimæ voluntatis cuiusmodi sunt, epistola, codicilli, & si quid aliud est simile, non nisi per scripturam fieri possunt, quod & nomina ipsa epistolæ & codicillorum demonstrant. *l. litera.17.l.vlt.D.de iur.codicill.* dixitque Iustinianus perfectam voluntatem nō scriptam ad differentiam testamenti in scriptis, de quo in illis verbis, *& hanc aut in testamento perfecto faciat omnia testamentorum habente signa.* Nec enim testamentum nuncupatiuum habet vlla testamenti signa, licèt suas etiam habeat sollennitates, sed eas testibus potiùs quàm oculis fidelibus subiectas *l.in testamentis.26 C.de testam.* Proinde non satis est Iustiniano si pater mutata voluntate quam expresserat in testamento imperfecto inter liberos cōdito, conscribat codicillos quibus voluntatem suam contrariam declaret: sed opus est testamento eoq; perfecto. Nēpe, vt suprà explicauimus, si priorem scripturam integram retineat, cuius, si vellet, rumpendæ liberam haberet facultatem. Ea namq; rupta nihil amplius quærendum esset, neq; de illo laborandū an testamentum aliquod secutum fuisset nécne, & an perfectū, an imperfectū. Hoc verò est quod magis mirū videatur, scripturā testamēti imperfecti non posse tolli per contrariā scripturam codicillorum etiā perfectorum. Nam vt nō tollatur per expressā quoq; mutationē volūtatis, quæ tamē non probetur nisi per testes, ratio in prōptu illa esse videtur, quòd naturale sit vnumquodque dissolui, eo modo quo colligatum est, oportere, & consequenter per scripturā quod per scripturam contractū fuit. *l. prout. 80. D.de solut.l.nihil tā naturale.35. de regul.iur.* Etsi non vsq; adeò perpetua est ea regula vt testamētū sollenne in scriptis conditū non possit rūpi per testamētū nūcupatiuū. Sufficit enim posterius quoquomodo valere vt prius quo quomodo factū rūpatur *l.sancimus.27.C.de testā.* Sed hęc ipsa ratio tāto magis suadet, vt testamētū imperfectū per scripturā cōditū reuocari possit per cōtrariā scripturā etiā quæ nō valeat nisi iure codicillorū, cùm hoc casu eiusdē naturæ & potestatis sit vtraq; volūtas intestati. Quinimò in scriptura codicillorū hoc plus est, quòd ea in suo genere est perfecta, potéstq; actionē producere, aut saltē extraordinariā persecutionē fideicōmissorū in codicillis relict rū: cùm tamē scriptura testamēti imperfecti etiā inter liberos conditi nihil aliud facere possit, ne quidē post tot Imperatorū cōstitutiōes nisi quod inducit officiū arbitri familiæ erciscundę in adiudicationibus faciēdis. Quid ergo est quod impedire possit ne testamentū imperfectum tollatur per codicillos perfectos? An eo ratio quā attulimus in pręcedentibus quòd videatur pater ad priorē voluntatē rediisse, si eius volūtatis scripturā penes se mortis tēpore habuisse cōperiatur? Minimè. Tūc.n. dūtaxat huic rationi locus esse potest, cùm à priore volūtate hactenus tātū recessit pater quod dixit nolle se illā valere: non etiā cū volūtatē cōtrariā expressit perfectéq; cōpleuit, siue per epistolam siue per codicillos. Alioqui dicendum esset nec vllam posterioris testamenti ritè perfecti rationem habendam fore si pater imperfecti testamenti scripturam penes se integram retinuisset: quod tamen non solùm à ratione, sed etiā à Iustiniani mēte verbisq; omnino abhorret. Illa igitur ratio potiùs afferenda est, quòd cùm testamenta isthęc imperfecta non

defendendis ex Constantiniana constitutione in *l.vlt.C.famil.ercisc.* de illis intelligimus in quibus id scriptum est, quod iure communi valiturum esset si codicilli perfecti fuissent, ne alioqui plus iuris & potestatis habeant imperfecti codicilli, quàm perfecti. In codicillis autem etiamsi essent perfecti, non posset pater hereditatem suam ne liberis quidem directo dare, sed tantùm per fideicommissum. Ergo eos demum codicillos imperfectos patris inter liberos tueri debemus, in quibus hereditas directò data non sit: nec proinde mirum est ad eos reuocandos non esse necessarium testamentum, cuius tunc necessarius est vsus cùm hereditas, vel danda est directò, vel adimenda, quorum neutrum per codicillos quãtumlibet perfectos fieri potest. *§.codicillis.Instit.de codicill.l.quidam.27.§.1.D.de cond.instit.* E contrario igitur necessarium est testamẽtum ad reuocandam eam patris voluntatem quæ fuerit in testamento imperfecto declarata, cùm eo casu tractãdum sit de adimenda directò hereditate, quæ per testamentum imperfectum fuerat directò, nec inutiliter, quamquam neque sollenniter, data. Testamentum enim nullum esse potest, ne quidem imperfectum sine aliqua heredis institutione, quę si nulla esset, non tam imperfectum quàm nec cœptum dici deberet, cùm si iuris rationem inspicias, eius præsertim quod Constantini temporibus adhuc obtinebat, incipere testamentum debeat ab institutione. *§.ante heredis. Instit. de legat.l.2.§.priùs autem.de vulg.& pupill.substit.* At lex Constantini disertè loquitur de testamento cœpto nec completo. Ergo de testamento, imperfecto quidem, sed in quo liberi, adeóque omnes, vt suo loco probauimus, instituti reperiantur. Nec minùs constitutio Iustiniani, quæ à lege Constantini in eo tantùm dissimilis est, quod Constantinus de qualibet patris voluntate imperfecta locutus fuerat, Iustinianus verò de testamentis duntaxat imperfectis tractat, maiorémque in iis sicut condendis ita & euertendis obseruationem requirit, quàm Constantinus requirendam putasset. In summa testamentum imperfectum licèt ipso iure nullum sit *d.§.ex eo autem.in fin.Inst.quib. mod. testam. infirm.* cum tamen inter liberos defendatur iure intestati accedente auxilio arbitri familiæ erciscundæ, non est inutile, quandoquidem facit vt in effectu tantundem consequantur liberi quantum si testamentum valeret, quamuis alio iure. Nihil igitur absurdi est hereditatem, quæ in eo data non inutiliter fuerit, adimi non posse per codicillos, non magis quàm si sollenniter data fuisset. Quid enim referre hac parte potest, an sollenniter data sit, necne, si modò data sit vtiliter? Et quemadmodum codicilli à patre conditi inter liberos, siue perfecti, siue imperfecti nullum priuilegium habere debent quantum ad hereditatem in ijs directò datam, vt suprà diximus, ita neque illi per quos hereditas liberis in testamento, siue perfecto, siue imperfecto iam data, iisdem adimatur. Haberent autem si facere possent, vt testamentum imperfectum per eiusmodi codicillos, siue perfectos, siue imperfectos reuocatum intelligeretur: inducerent enim ademptionem hereditatis hoc ipso quod facerent ne arbiter familiæ erciscundæ in diuidenda hereditate posset sequi eam voluntatem quam pater instituens filios heredes in testamento imperfecto declarasset: cùm solo illo arbitri officio & auxilio fiat, vt hereditas à patre liberis in eiusmodi testamento non inutiliter data esse videatur. Ex quibus apparet eam sollennitatem, quam Iustinianus exigit ad euertendam priorem imperfectam patris inter liberos voluntatem, non esse necessariam, si prior illa voluntas

in codicillis tantùm, siue perfectis, siue imperfectis fuerit declarata, aut in qua alia specie vltimæ voluntatis extra causam testamenti, sed tunc tantùm cùm agitur de imperfecto testamento euertendo: quasi nomen ipsum testamenti etiam quod nullo iuris vinculo nitatur hanc requirit sollennitatem, quoties testamentum tale est, ex quo si non reuocaretur, effectum plenissimum saltem ab intestato habere patris voluntas posset. Cæterùm facto posteriore testamento perfecto, siue in scriptis, siue per nuncupationem, dubitandum non est quin prius quod imperfectum fuerat, hoc ipso euertatur, etiamsi nulla eius mentio facta sit in posteriore, quia & perfectum testamentum per posterius æquè perfectum euerteretur, quod tamen imperfecto potentius, aut certè non infirmius esse deberet. Et quod Iustiniani constitutio vtrumque exigere videtur, vt & dicat pater nolle se priorem voluntatem valere, & aliud testamentum faciat, tunc locum habere potest cùm pater incipit à nuda reuocatione, vt ita dicam, verbali, non etiam cùm à facto ipso quod interuenit quando fit secundum testamentum. Cùm incipit à nuda verbalíque reuocatione, id est cùm hoc tantùm dicit nolle se priorem voluntatem valere, nihil agit, nisi aliud etiam faciat testamentum, quia nec quicquam ageret etiamsi à volũtate illa recederet per codicillos perfectos, quorum vtique maior deberet esse potestas quàm nudæ istius voluntatis, quæ nihil aliud est quàm nuda pœnitentia. Hereditas namque testamento non inutili quamuis iniusto data, non magis per solam pœnitentiam quàm per absolutos codicillos adimi potest. At cùm pater incipit ab ipso facto, id est à confectione & perfectione posterioris testamenti, nil necesse est vt prætereà declaret expressim pœnitere se prioris voluntatis. Quippe qui sciat aut scire debeat, siue prior illa voluntas defendenda sit iure testamenti, quomodo interpretibus placet, non posse quem in paganis decedere cum duobus testamentis, siue iure intestati, quod nos volumus, nec illud fieri posse, vt voluntatem vllam ab intestato relinquat is qui testatus decedit. Proinde si è contrario ponas nullum posterius testamentum subsecutum esse, sed tantùm codicillos, siue perfectos, siue imperfectos etiam per quos pater expressim recesserit à priore voluntate [alioqui nihil prohiberet priorem voluntatem seruari saluis nihilominùs codicillis, quibus nihil contrarium contineretur] non ideo tamen prior voluntas reuocata intelligetur, non propter subintellectam vllam clausulam derogatoriam, vt interpretes nostri somniant, sed ex ratione iuris communis, quæ non patitur vt hereditas in testamento etiam iniusto minúsque sollenni non inutiliter data, per codicillos adimatur. At cur non sufficeret ademptam esse saltem per aliud testamentum posterius etiam imperfectum, vt prius quod imperfectum etiam fuisse ponimus, tolleretur eo ipso modo quo factum fuisset? Nimirum, inquam, quia non maior vis esse potest imperfecti testamenti, quàm codicillorum ad hereditatẽ adimendam, quæ priore testamento quamuis imperfecto non inutiliter fuerat data, si solam merámque inspicias iuris rationem. Si verò æquitatem, nõ tantus vtique debet esse fauor testamenti imperfecti ad euertendam vltimã parentis inter liberos voluntatem, quæ alioqui effectum suum habitura fuit, quantus ad inducendũ officium arbitri familię erciscundę, cuius adminiculo sustineatur ea voluntas quam alioqui mera iuris ratio valere non pateretur. Semper enim fauorabilior est datio quàm ademptio hereditatis. *l. cùm quidam. 19. D. de lib. & posth.* Adeóq; regula iuris est hereditatem semel datam

adimi

adimi non posse. *l. si ita scriptum.* 13. §. *regula. eod.* saltē facilè, vt loquitur Vlp. in *l.* 1. §. *pen. D. de his quæ in testam. delent.* i. non nisi per institutionem eámq; validam, non etiam per solam exheredationem, quomodo Caius explicat in *l. si certarum.* 17. §. *si eodem. D. de testam. milit.* Nam cùm heredi instituto non possit à seipso adimi hereditas, vt neq; libertas aut aliud quicquā. *l. sed si conditioni.* 6. §. *vlt. D. de hered. instit.* à quo fieri posset vt adimeretur liberis, nisi à liberis ipsis, quos solos ponimus priore testamētò imperfecto fuisse institutos? Ponendum siquidem est eosdem liberos in posteriore quoque testamēto similiter imperfecto scriptos fuisse, sed ex aliis partibus, quàm in priore, extraneum verò neminem, cùm etiamsi extraneus aliquis adiectus reperiretur eius personam pro non adiecta haberi oporteret. Quare nec aliud probandum puto, etiamsi posterius testamentum imperfectum propria patris manu totum scriptum esse proponatur, si non illud etiam concurrat, vt prioris testamenti scripturam idem pater ruperit, siue ante, siue post secundū testamentum, quia quandiu integram penes se retinet priorem quamuis imperfectam, potest videri ad eam voluntatem rediisse, in eáque decedere voluisse, cùm posteriorem per quā à priore recessisse videbatur non perfecerit, nisi ponas morte præuentum illū, aut qua alia ratione impeditum non perfecisse, cùm perficere cogitaret. Hoc enim probato, maiorem vtique haberem posterioris voluntatis rationē quā prioris, si modò haberet posterior omnes illas sollennitates, quas prior, & quas Iustiniani cōstitutio requirit. Sed extra hunc casum tantū abest, vt prius testamentū imperfectum debeat videri euersum per posterius ęque imperfectū, vt potiùs ex eo quod aliud testamentū facere pater cœperit ad euertendum prius, tanto magis possit coniici voluisse illum, vt prius valeret si per posterius non euerteretur. Cur enim alioqui de posteriore testamento faciēdo cogitasset? Sicut & ex eo quod posterius nō perfecit cùm posset, priorē verò scripturā integram penes se retinuit in diem vsque mortis, nō obscurè coniici potest, quòd prius testamentū per posterius euerti voluerit. Alias rationes si quis quærat pro tuenda Iustiniani constitutione, meliores, vt puto, non inueniet: nos sanè his contenti sumus.

ERROR NONVS.

De imperfecto patris testamento alterius quàm patris manu scripto, sed ex ipsius patris mandato.

PARENTIBVS inter liberos suos testaturis accidit sæpenumero, vt siue literas sciat is qui testari vult, siue nesciat, non ipse, sed ex ipsius mandato, aut notarius, aut alius testamentum scribat, designétque nomina etiam liberorum, tempus testamenti, & modum vnciarum. Quod cum factum est, quæri solet an valeat testamentum, quod alioqui sit imperfectum, nec suas omnes habeat sollennitates. Etsi enim aperta in hanc rem videtur constitutio Iustiniani *Nouell.* 107. quæ disertè vult vt si quis literas sciens voluerit inter filios suos facere dispositionem primùm eius tempus subscriptione declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu ad hoc vncias, in quibus scripsit eos heredes. Non desunt tamen qui putent, Iustiniani men-

tem non illam esse, vt patris testamentum inter liberos non aliter valeat quàm si sua manu quisque literis parens scripserit omnia supradicta, sed hanc potiùs, Vt siue parens siue alius pro eo testamentum scribat, illud planis plenísque literis præscribendum sit non notis. Alij verò contrà putant, non quidem valere posse hoc testamentum tanquā testamentum in scriptis, sed valere tamen tanquam testamentum nuncupatiuum ex *l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. C. de testam.* Quam esse communem nostrorum opinionem cōstat ex iis quæ nostri scribunt ad *d. §. ex imperfecto Ias. ad Auth. quod sine nu. 1. in fin. Andr. Gayll. lib. 2. pract. obser. ca. 112. nu. 15.* Ego vtramq; sententiam improbabilem esse puto. Priorem quidē quoniā Iustinianus non ita loquitur quasi ad paterni testamenti validitatem nihil aliud exigat nisi vt scriptum sit plenis literis non notis, sed ita vt velit propria manu testatoris scripta esse omnia illa quæ isti ab alio quolibet scribi posse volunt, & consequenter vt alioqui nullius momēti sit ea patris scriptura, quæ hanc formā & sollennitatē nō habeat. Nā & imperfecta parentū testamēta hodie post eam constitutionem habent suas sollennitates sicut & perfecta suas habent à iure communi. Idq; ita constitui tanto æquius fuit quanto durius & periculosius est vt imperfectū testamentum sustineatur, quāuis nō nisi iure voluntatis intestati. Posteriorē verò sententiā ne probare possim illud facit, Primùm, quod video neque Theodosij neque Iustiniani leges ad testamenta nuncupatiua pertinere, sed ad ea tantùm quæ per scripturam fiunt, vt à nobis probatum est Decade superiore. Deinde quod etiamsi ad testamenta nuncupatiua pertinerent, non ideo tamen posset hoc testamentum defendi iure testamenti nuncupatiui, quia nec testamentum à patre inter liberos conditum in scriptis etiamsi omnes habeat sollennitates, quas Iustiniani constitutio præscripsit, iure tamen testamenti defenderetur, sed iure voluntatis intestati, vt iam toties inculcauimus. Postremo quia fieri nunquam potest, vt testamentum quod quis fecerit tanquam valiturum iure testamenti in scriptis, euadat in nuncupatiuum. Nisi fortè poneres ab eodem testatore heredis nomen & scriptum esse, & proprio ipsius ore palam nuncupatum. Æstimatur enim testamētum nuncupatiuum ex ea heredis nuncupatione ac nominatione quæ palam fit, indéque nomen etiam traxit. *l. heredes palam. 21. D. qui testam. fac. poss.* Grauísque error interpretum nostrorum ille est, quod de testamento nuncupatiuo sic loquuntur, quasi ad illud constituendum sufficiat non posse testamentum valere iure testamenti in scriptis: nec fieri possit, fiátque sæpenumero vt nullo iure valeat testamentum, id est, neque tanquam in scriptis, neque tanquam nuncupatiuum. Quantumcunque enim fauor sit paterni testamenti, quomodo fieri potest, vt valeret iure testamenti nuncupatiui, si pater id animo agitauit vt per scripturam testaretur, nec liberorum etiam quos heredes habere voluit, nomina tamen vnquam nuncupauit? Quare & illud æquè stultum est quod iisdem interpretibus nostris placet, si testator cœperit facere testamentum in scriptis, & non adhibuerit omnes sollennitates requisitas, putà quod non omnes testes subscripserint aut signauerint, nihilominùs valere huiusmodi testamentum tanquam nuncupatiuum. Quod expressim tradit Andr. Gayll. supradicto loco post Cinum Alber. Fulgos. & Iason. in *d. l. hac consultissima. §. per nuncupationem. Bald. in leg. fina. Cod. de iur. codicill. Imol. in leg. 1. §. fin autem. D. de hered. instit.* Quid enim est in hac specie quod facere possit, quominùs dici potiùs

debeat

debeat tale testamentum nullomodo valere, neque tanquam in scriptis, quia imperfectum est, suisque necessariis sollennibus destitutum, neque tãquam nuncupatiuum, quia heres non fuerit nuncupatus. Illa verò stultior ratio est, quam iidem adferunt ex *l.3. D. de testam. milit.* quasi legis illius sententia simile aliquid habeat cum hac specie vel commune: quod certè non ita est. Ibi enim Vlp. ex Pomponio tractat de milite qui cùm destinasset iure communi facere testamentum, defecerat antè quàm testaretur. Et ait non esse cur quisquam dubitet quin testamentum valeat iure militari: neque enim, inquit, qui voluit iure communi testari statim beneficio militari renunciauit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda iudicia sua: quemadmodum plerique pagani solent, cùm testamenta faciunt per scripturam adiicere, velle se hoc etiam vice codicillorum valere, quo casu nemo dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse. Itaque his casibus testamentum quod quis destinauerat facere iure communi, si eo iure perfectum non sit, tamen defenditur, aut iure militari si à milite factũ sit, aut iure codicillorum si adiecta fuerit clausula codicillaris: Nẽpe quia licèt deficiant ex sollennitates quę essent necessarię ad testamentũ in scriptis perficiendũ, adsunt tamen ea omnia quę requirũtur, vt testamentum valeat iure militari, vel vice codicillorum: nec quicquã erat quod obstare videretur, nisi quod voluntatem testator habuerat testandi iure cõmuni. Sed non potest ea voluntas facere, vt eo minùs videatur testator voluisse suã voluntatẽ alio iure valere, si iure communi valere non posset. At nos de illo tractamus qui destinans testari in scriptis, eo tamen modo sit testatus, vt non omnia fecerit quæ necessaria erant ad hoc, vt testamentũ valeret, aut iure testamenti in scriptis, aut tanquam nuncupatiuum. Nam vt testaretur in scriptis, curare debuerat ne quid ex subscriptionibus, aut signis testium deesset. Vt verò per nuncupationem, nuncupandus erat heres, quod nos ex facto proponimus factum non fuisse. Neque fieri potuit vt animum habuerit testandi in scriptis simul & per nuncupationem, cùm aliud planè sit scribere, aliud nuncupare, aliud tacere, aliud loqui. Et quemadmodum ea scriptura quam testator voluit valere iure testamenti, licèt habeat ea omnia quæ necessaria sunt in codicillis, non idcirco defenditur iure codicillorum, nisi cùm expressè id dictum est, vt omnium apertissimè probat supradictus Vlpiani locus. Nẽpe quia quisquis testari velle se dicit, hoc ipso profitetur non habere se animum conscribendorum codicillorum, cùm tota specie differant codicilli: presertim qui ab intestato fiunt, à testamento, non minùs quàm successio intestati à successione testati: ita & admittendũ necessariò est eã scripturã, quã quis voluerit valere iure testamenti in scriptis, multo minùs valere vnquã posse iure testamenti nũcupatiui, nõ illa solùm ratione q̃ nõ videatur is animus fuisse testatis qui in scriptis testari voluit, vt per nuncupationẽ testaretur, sicuti diximus de codicillis: sed etiã quia in testamento nuncupatiuo hoc plus est quã in codicillis, quod ea quę sunt necessaria ad cõstituendum testamẽtum nuncupatiuũ, fieri nunquã põt vt insint testamento in scriptis. Nõ magis quã vt eodẽ testamento, heres aliquis sit & nũcupatus, & nõ nuncupatus, quæ sunt merè contradictoria, nã si heres nuncupatus sit, nullomodo põt dici testamentũ in scriptis. E contrario si nuncupatus nõ sit, nullomodo nuncupatiuũ: nec si paterfamilias in scriptis testatus, alteri scribendũ, vt plerũq; fit, testamentum dictauerit, vt in *l. quoties. 9. §. 1. D. de hered. inst.* Etsi enim, qui dictat nomẽ he-

redis hoc ipso heredē nuncupet, nuncupat tamen scriptori tātùm qui excipit dictata, nō aūt palam & corā testibus testamentariis, quod omnino necessariū est, vt testamentū per nuncupationē factū videatur. *d. l. heredes palā. 21. in princ. D. qui test. fac. poss.* Alioqui nunquā fieri posset vt in scriptis testaretur qui voluntatē suā non ipse scriberet, sed alij dictaret. Tribonianus noster cui nihil fuit dulcius quàm vt autoritate Iustinianei nominis ea constitueret quę à iuris ratione quàm maximè abhorrerēt, in ea primus fuit opinione, vt putaret posse ista simul stare, quod testamentum in scriptis factū esset, & nihilominùs heres palam nuncupatus in *l. iubemus. 29. C. de test. vers. Oportet enim omnimodo, vel ex literis testatoris, vel ex voce quidē testatoris, literis autē testiū qui ad elogiū conficiendū fuerint conuocati, nomina manifestari heredū. Quemadmodū enim,* inquit, *in elogio quod sine scriptura conficitur, necesse est testatorē voce exprimere nomen vel nomina heredū: ita & in testamentis per scripturam conficiendis, cùm ipse testator manu sua scribere heredes vel noluerit, vel non potuerit, voce tamē eius eos manifestari oportet.* Nam ante hanc constitutionē ita ius erat, vt in testamento in scriptis nomen heredis, siue à testatore ipso, siue ab vno ex testibus, siue ab alio quolibet scribi satis esset, nec nūcupari oporteret, dūmodo testatoris subscriptio adesset, vt diximus in *Error. I. Decad. praeced.* ex eodē Iustin. in *tit. de testam. ordin.* Cùm enim heres palam nūcupatus est, & quidē coram septem testibus, quæ sollennitas numeri huius testiū cōmunis est vtriq; generi testamentorū, siue per scripturā fiant, siue per nūcupationē, quid obsecro impedire pōt, ne omnimodo factū videri debeat testamentum nuncupatiuū, etiamsi adsint subscriptiones & signacula, tā testiū, quàm testatoris? Has siquidem sollennitates omnes licet ad testamēta, in scriptis non ad nuncupatiua pertineant, nihil tamē vetat in testamentis quoque nuncupatiuis adhiberi, eo prorsus modo quo etiā fieri passim videmus, vt testamenta nuncupatiua scribantur, ad æternā scilicet rei memoriā, vt loquitur Iustin. in *d. l. iubemus.* i. non tam ad substantiā & sollennitatē actus quàm ad probationē interpositæ sollennitatis, quæ potissima ratio est adhibendarum etiam in contractibus scripturarum. *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. instrum.* Nec enim solent ea quæ abundāt viciare, nec superuacua cautio nocere. *l. non solent. 94. de regul. iur.* & cùm dicimus non esse istas sollennitates nuncupatiuorū testamentorū, non hoc significamus, quòd in testamentis nūcupatiuis salua actus substantia adhiberi nō possint, sed hoc tantùm quod adhiberi eas non sit necesse. Cæterùm si adhibeantur, non eo minùs valebit testamentū iure nuncupatiui, nec eo magis iure testamenti in scriptis, quoties testator propria lingua nomen heredis nūcupauit, licèt idem nomen, siue à testatore ipso, siue ab alio scriptū reperiatur. Quare nec Iustinianus in ea cōstitutione conquieuit: sed cùm videret pleraq; testamenta tanquā in scriptis facta subuerti ea ratione quod sollennitas ista non interuenisset nuncupationis heredis, coactus fuit ius vetus quod abrogauerat, in vsum reuocare, i. constituere vt quāuis nomen heredis propria testatoris manu scriptū non esset, nō ideo tamen ab ipso testatore nuncupari heredē necesse esset. *§. quia vero. Nou. 119. vt sponsal. largit.* vnde sumpta est *Auth. & non obseruato. C. de testam.* Quid. n. erat absurdius, quàm fecisse vt heredis nuncupatio ex qua sola semper æstimata est vis & substātia testamenti nuncupatiui, fieret sollēnitas testamenti in scriptis? Illud verò dignū est obseruatione, nostrámq; sententiam mirificè confirmat, quod Iustin. scribit in *d. §. quia verò,* testamenta plurima per eam

Codicis

Codicis constitutionem subuertendá fuisse, quod pleriq; testatorum nollent cognitum esse testibus nomen heredis, quę proculdubio mens est omnium qui in scriptis testari volunt, quippe quibus alioquin esset longè cōmodius testari per nuncupationē, testandíq; genus illud eligere, quod multo pauciores habeat sollennitates. *l.in testamentis.26.C.eo.tit.de testam.* Nā si quo casu fieri vnquam posset, vt testamētum quod quis in scriptis facere voluisset, defenderetur iure testamenti nuncupatiui, is maximè casus esset in quo testator heredem propria lingua nuncupasset, neque tamen ipsius nomen ab aliquo ex testibus scribi curasset. Vt enim nomen heredis quod testator propria manu scribere vel noluit, vel non potuit, scribendum sit ab aliquo ex testibus, noua sollennitas est quam Iustin. induxit in *d.l.iubemus.* quantum ad testamenta quæ fiunt in scriptis, non quantum ad nuncupatiua. Atqui post eā constitutionem quę extat in *d.l.iubemus.* inualida erant testamēta in scriptis quæ sic facta essent, vt nomen heredis ab vno ex testibus scriptum non fuisset, tametsi testator nomen illud palam nuncupasset: sicuti neque quicquam profuisset scriptū esse ab vno ex testibus nomē heredis, si testator illud ipsum nomen propria lingua coram septem testibus minimè nuncupasset. Vtramq; enim sollennitatem iungit constitutio Codicis. Nō ergo defendebantur testamenta tanquam nuncupatiua, licèt nihil deesset ex sollennibus testamenti nuncupatiui, quoties dixerat testator velle se in scriptis testari. Adeò implicat contradictionem, vt velit quis idē testamētum valere & tanquā in scriptis, & tanquam nūcupatiuum, si non hoc ipsum testator expresim dispofuerit sub disiunctione, in hunc modum, Vt, *si testamentum non valebit iure testamenti in scriptis, valeat iure nuncupatiui.* Quomodo euenit, vt ea voluntas defendi posit iure codicillorum, quā tamen testator fecerat eo animo vt valeret iure testamenti, scilicet cùm adiecta est clausula codicillaris, quæ semper habet disiunctionē, & conditionē, *d.l.3. D.de test.milit.l.1.D.de iur.codic.* Mea igitur in proposita quęstione sententia est, Testamentū patris imperfectū quod nō habeat sollennitates à Iustiniano præscriptas, quia non ipsius parētis, sed vel notarij, vel alterius manu scriptū proponatur, nullomodo valere posse, nec tanquā in scriptis, quod omnes fatentur, cùm scriptura careat suis sollennibus, neq; tanquā nuncupatiuū, quando patris volūtas ea præcisè, aut disiūctiuè nō fuit, vt per nuncupationē testaretur: nec deniq; iure volūtatis intestati, cùm eo demū casu voluerit Iustin. seruari ab intestato huiusmodi patris voluntatē, quo nihil ex iis sollēnibus deesset, quę nouella cōstitutio pręscripsit ad viā fraudibus pręcludendā. De quo nullus dubitādi locus relinquetur, si ea legantur, quę scripsimus in *Errorem* 4. *Decadis superioris*, cùm disputauimus, an *Imper. constit. de imperfectis parentum testamentis*, ad testamenta nuncupatiua pertineant. Quicquid enim testium fidei committitur, multo magis periculo falsitatis subiicitur, quàm quod per scripturam ipsius patris probatur, quæ licet ipsa quoque probanda sit per testes, probatur tamen certiùs, non ob id solùm quòd per plures testes probari posit, verùm etiam quia non tam citò falsarius quispiam de scriptura mentiturus sit, cuius veritatem sciat per alios tam multos probari posse. Nec sanè video cur defendi potiùs debeat illa patris voluntas quam patre dictante mandantéque alius scripserit, quàm illa quæ declarata sit coram minore testium numero à patre volente testari per nuncupationem. Vtroque enim casu volūtatis probatio pēdet à fide testiū, & rursum vtroq; casu deficit autoritas cōstitutionis

Iustinianeæ deficientibus sollennitatibus quas constitutio introduxit. Quare non est quod quis dicat nihil interesse an parens ipse scripserit nomina liberorum, tempus testamenti, & modum vnciarum, an verò alij omnia ista scribenda mandauerit, dummodò constet de mandato. Nam immo verò multum interest, cùm ea sollennitas præscripta est, vt propriam testatoris manum adhibitam fuisse oporteat, præsertim ob eam causam ne qua falsi comminiscendi ratio supersit. Quidni enim sollennitates præscriptæ imperfectis testamentis perinde seruandæ sunt vt defendantur voluntates tanquam in testamentis imperfectis declaratæ, atque seruandæ sunt eæ quæ perfectis præscribuntur, vt valeant iure testamentorum perfectorum? An non maius falsitatis periculum est, in testamento imperfecto, quàm in eo quod sit perfectum? Neque dura vel iniqua videri potest constitutio quæ huiusmodi voluntates in testamentis imperfectis declaratas non nisi certis modis & casibus valere patitur, quas alioqui mera iuris ratio nullo casu, nullóque modo valere pateretur: Estque omnino quod parenti qui testari voluit, imputetur, quare nec perfectorum nec imperfectorum testamentorum sollennitates adhibuerit, si cum testamento aliquo siue perfecto siue imperfecto decedere cogitauit. Et verò non aliam ob causam Iustinianus huiusmodi sollennitates introduxit, quas neque Constantini, neque Theodosij leges requirebant, nisi vt intelligeret quisquis etiam inter liberos testari vellet, vel eo prorsus & precisè modo testandum sibi esse si imperfectè testari vellet, vel omnes omnino adhibendas sollennitates quas ius vetus exigebat in condendis testamentis siue per scripturam, siue per nuncupationem. In quo tamen non tam iuri veteri quàm Constantini & Theodosij legibus quantum ad propositam quæstionem, derogauit. Nam & iam olim ita ius erat, vt non aliam parentis inter liberos voluntatem ab intestato tueri arbiter deberet iudicio familiæ erciscundæ, quàm quæ per ipsius parentis scripturam declarata esset, non etiam quæ per testes: Atque ita debet accipi quod scriptum est in *l. filij. 16. C. fam. ercisc. verùm quibuscunque verbis voluntas eius declarata sit*, de verbis nimirum scriptis, non de nuncupatis, vt ex eo constat quod lex loquitur promiscuè de testamento & de codicillis qui non possunt esse non scripti. Item ex eo quòd alioquin fatendum esset Constantinum in *d. l. vlt. eod. tit.* restrinxisse ius vetus, quod tamen nemo non videt è contrario fuisse ab illo ampliatum. Cùm enim requirerentur olim verba, voluit Constantinus posse notas quaslibet ac indicia quæcunque sufficere, quod ipsum Iustinianus postea immutauit. Sed ita tamen vt contentus nō fuerit ius antiquum repetere, quod ante Constantinum obtinebat, verùm in eo præterea voluerit iuri veteri derogare, vt cogeretur parens & nomina liberorum, & tempus testamenti & vnciarum modum propria manu scribere, quorum omnium nihil olim requirebatur, si testatoris subscriptio adesset, quæ faceret ne dubitari posset, quia patris testamentum esset aliáve scriptura. Hoc enim vnum erat necessarium, vt scripturam quæ proferebatur parentis fuisse appareret, quod non minùs ex sola subscriptione quàm ex totius voluntatis scriptura colligebatur. At hodie non solùm non sufficit subscriptio si non contineat omnia supradicta, sed nec è contrario sufficit parentem propria manu scripsisse & nomina liberorum & tempus testamenti & vnciarum modum nisi etiam subscripserit. Cùm Iustinianus apertissimè subscriptionem exigat in illis verbis, *Volumus, si quis literas sciens inter filios suos vo-*

suos voluerit facere dispositionem, primùm quidem eius subscriptione tempus declaret, deinde quoque filiorum nomina, &c. In quo; miror deceptum fuisse Irnerium, in *Auth. quod sine. C. de testam.* vbi sic ille accipit Iustiniani constitutionem, quasi cæteræ sollennitates sine subscriptione sufficiant, & vicissim sola subscriptio sine cæteris sollennitatibus [saltem si testator in subscriptione mentionem faciat testamentū esse cui subscripserit, vt loquitur Iul. Clar. in §. *testamentum quæst.* 24.] neq; subscriptio necessaria sit nisi cùm sollennitates aliæ deficiunt. Cùm tamen Iustinianus omnes istas sollennitates coniunctim exigat, quarum vnam vel minimam sufficere voluerat Constantinus, solis quoq; indiciis contētus, siue ipsius parentis subscriptio aliqua sine nulla interuenisset. Nec est contrarium quod idē Iustinianus in *cap. 3. dict. Nou. de testam. imperf.* vult sufficere subscriptionem liberorum. Id enim ad eū casum pertinet, quo pater non tam testamentum imperfectum inter liberos suos facere voluerit, quàm bonorum suorum diuisionem, secundum ea quæ scripsimus in *Error.* 1. Decadis præcedentis ad interpretationē *Auth. si modo. C. famil. ercisc.* quā ex *dict. c.* 3. idem Irnerius desumpsit. Notandúmq; est quod in *d. c.* 3. Iustinianus inscribit; *si autem & in diuisione ipse subscripserit, & clara omnia per subscriptionē suā fecerit, sit & hoc ratum, quoniā & hoc legislatione nostra continetur.* Quid enim apertius scribi potuit, vt intelligeremus priorē eius constitutionis partē ita intelligendam esse, vt necessaria sit subscriptio testatoris, nimirū quoties id agit pater vt non solùm bona sua diuidat, sed etiā hereditatē: nec ideo tamē quælibet subscriptio sufficiat eo casu, sed illa demum quæ omnia faciat clara, id est, quę & tēpus testamēti, & filiorū nomina & modū vnciarū expressim declaret: Nō quòd necesse sit omnia ista in subscriptione cōtineri, si ponas scripturā ipsā testamenti quæ omnia eadem illa cōtineat, manu testatoris exaratam esse: Sed quia facilè possit accidere, & verò plerunq; accidat, vt parēti moribūdo, cui tantū non sit virium quātùm necesse esset ad testamentū perficiendum, nec etiam liceat per morbi tēporísve angustias testamenti scripturā propria manu cōficere, sitq; illi multo cōmodius, & expeditius subscriptione sua facere clara omnia quæ ad testamēti substantiā magis pertinere existimātur. Hāc verò nostrā ad Iustinianū interpretationē illud etiā valde cōfirmat, ni fallimur, quod idem Iustinianus cōstituit, *Nou.* 119. *vt sponsalit. largit. §. quia verò*, vt nō valētibus testatoribus aut nolētibus eā custodire subtilitatē quā induxerat *d. l.* iubemus scribēdi nomē heredis propria manu testatoris vel vnius ex testibus, sed secundū priscā consuetudinē testari malētibus, siue per se aliquis siue per alterius personā nomen heredis inscripserit, ratum quidem sit testamentum, sed ita demum si omnino reliquam legitimam obseruationem in testamēto testator obseruauerit. Etsi enim eo loco Iustinianus de testamentis parentum imperfectis nominatim non loquitur, tamen cùm constitutio generalis sit ad omnia testamenta pertinens, latáq; post eam constitutionē de testamentis imperfectis, vt ordo ipse Nouellarum demonstrat, non video cur excipi debeant parentum testamenta imperfecta. Præsertim cùm illa ipsa constitutio, quę iis amplius fauet, hoc ipsum nominatim exigat vt liberorum nomina cum tempore testamenti & modo vnciarum scripta sint propria parentis manu, non quidem in charta ipsa quæ testamenti scripturā continet, sed saltem in subscriptione per testatorem ipsum facienda, vt iam ostēdimus. Nisi fortè respondeas posteriorem Iustiniani legem loqui de iis testamentis quæ

possint & debeant valere iure testamentorum, non de aliis quæ non defendantur nisi iure voluntatis intestati, Cuiusmodi esse diximus imperfecta parentum inter liberos testamenta. Sed præter id quod hanc responsionem nunquam laudabunt interpretes qui magis probant vt huiusmodi testamenta quamuis imperfecta, iure testamentorum defendantur. Non est dubitandum quin Iustinianus, cùm ea testamenta infirmat quæ non habeant omnino reliqua legitimam obseruationem, non minùs de voluntate ipsa infirmanda senserit, quàm de testamento, vt neq; testati neq; intestati iure testamentum sustineatur, quod sollennitatibus suis destitutum est. Concludamus igitur testamentum parentis imperfectum inter liberos, in quo nō sint scripta ipsius testatoris manu ea omnia quæ Nouella Iustiniani constitutio præscribit nullomodo valere, neq; perfecti testamenti iure, id est neq; tanquam testamentum siue in scriptis, siue nuncupatiuum, neq; tanquā voluntatem intestati, etiamsi cōstet parente ipso dictāte exceptum id fuisse à notario, vel ab alio exscriptore. Nec pro interpretibus facit cōstitutio Theodosij qua vna mouentur in *d. §. ex imperfecto:* Siue quòd nihil ea noui inducat, nisi quod ad vtrunq; parentē extēdit Constātini legem de solis patribus locutā, quæ tamē parētis scripturā omnimodo requirebat, siue quòd vtraq; illa lex & Constātiniana & Theodosiana, quæ imperfectis parentum inter liberos testamentis plus æquo fauere videbātur, haud dubiè correcta sit & emēdata per Iustinianum hactenus, vt nō alia eiusmodi testamenta hodie valeant ne quidē iure voluntatis intestati, quàm quæ omnes illas habeant quæ à Iustiniano præscriptæ fuerunt testamentorum imperfectorum sollennitates.

ERROR DECIMVS.

De testatore inter liberos disponente, qui notarium adhibere volens prius decessit, quàm notarius accederet.

NON parua inter nostros contentio est, si pater minùs rite inter liberos testatus notarium adhibere voluerit, vt plerunque solent notarij ad testamenta quælibet siue conscribenda siue publicanda accersiri, priùs autem decesserit quàm notarius accedere vel voluerit vel potuerit. An nihilominùs testamētum sustineatur eo iure quo cætera parentum inter liberos testamenta. Ponimus enim omnes eas sollennitates interuenisse, quas nouella Iustiniani constitutio in eiusmodi testamentis imperfectis requirit, nec nisi notarij ministerium, quod testator non lex exigebat, hîc defuisse. Quamquam & patre inter liberos sollenniter testato eadem quæstio potest emergere, si ponas patrem qui per scripturam testatus fuerat, notarium adhibere postmodum voluisse. Putant autem nostri quæstionem hanc in eo esse, An voluntatis defectus iste sit an sollennitatis. Nam si quis admittat esse defectum sollennitatis, non videtur dubitandum quin valeat inter liberos, cùm in eo testamentorum genere secundum interpretes nostros sublatæ sint omnes sollennitates, nisi quæ sint ex iure gentium, in quibus nemo posuerit testamenti publicationem, aut notarij interuentionem. Si verò magis placeat esse defectum voluntatis omnes consentiunt nullum posse hac parte priuilegium esse paterni

terni testamenti, quod voluntatem habeat imperfectam. Plerique autem putant esse hunc defectum voluntatis potiùs quàm sollenitatis, ob idq; nec testamentum valere. Pro quibus illud facit quod est in vulgari nostrorũ brocardico, quandiu agendum aliquid superest nihil prorsus actũ videri, *l. penult. in fin. C. de his quib. vt indign.* Cùm totũ illud tẽpus quod pręcedit completam testamenti lectionem, liberũ sit testatori ad mutãda, detrahenda, addenda quæcunq; vel addere vel detrahere vel mutare velit in suo testamento, & sępe accidat vt etiam inter legendũ pleraq; vel deleantur vel emẽdentur, ita iubente testatore tanquã ad id quod agit eo tẽpore diligẽtiùs attẽdẽte: Vt proinde nõ possit dici plenã esse numerisq; omnibus absolutã voluntatem cui aliquid addere vel detrahere testator adhuc pro arbitrio possit, etiam quod ad institutionẽ heredis, ex qua vis potissima testamenti æstimatur: Maximè verò cùm testator qui notariũ accersiri iubet eã suæ volũtati legem dicere videatur, vt nõ aliter illã valere velit quàm si notarij fide ac subscriptione muniatur, quod plerunq; summo iudicio faciunt testatores, vt fraudibus & falsitatibus viã præcludãt, cuius in publica scriptura comminiscẽdæ difficilior dolus est, quàm in priuata. Accedit ratio illa, quod ad cuiuslibet testamenti substantiam pertinere illud videatur, testator profiteatur & declaret eam scripturã quæ profertur suum esse testamentũ, *l. hac cõsultissima. 8. §. at cùm humana fragilitas*, in illis verbis, *elogium ipse suum profiteatur agnoscere. C. qui test. fac. poss. & l. hac consultissima. 21. ibi, dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum dixerit. C. de testam.* Qua ratione motus Salicetus ad *d. l. hac consultissima. §. ex imperfecto.* in ea est opinione, vt putet, si scriptura manu patris scripta inter liberos reperiatur in capsa post mortem patris quam nõ appareat fuisse lectam & publicatã, nullius eam esse momenti, non solùm ratione omissæ sollennitatis, sed etiam ex defectu principaliter voluntatis: quod & Alexand. refert *cons. 76. nu. 12. vol. 3.* Quæ opinio licèt à plerisq; notata sit, & magis communiter improbata propterea quod nuspiam leges requirant lectionem & publicationem testamenti imperfecti pro sollennitate, vt bene contra Salicetum disputat *Ias. in Auth. quod sine. C. de testam.* neq; rursus vt testator profiteatur scripturã quæ profertur suum esse testamentũ, nisi cùm testamentum sit corã testibus, quos supra probauimus nullos requiri in parentis testamẽto inter liberos, videtur tamen probabilius defendi posse in ea specie quam tractamus, cùm testator ipse hanc legem sibi dicere voluit, vt testamentum à notario legeretur, & publicaretur. Nulla enim fit iniuria testatori, cùm ipsius testamentum ob eam causam fit irritum, quod nõ sit adhibita sollennitas quam ipse voluit adhiberi. Frequentior tamẽ Doctorum nostrorũ schola in eã magis inclinat sententiam, vt hic sit defectus sollennitatis potiùs quàm voluntatis, ideóq; non impediat quominus tale testamentũ parentis inter liberos sustineatur, non quidem ex iure communi, sed ex priuilegio. Quod expressim concludit Ias. ad *d. §. ex imperfecto. nu. 4. post Baldum in l. vlt. C. de fideic. Alex. dict. consil. 76. lib. 3. & post eos Andr. Gayll. lib. 2. practic. obseruat. cap. 1 2. num. 16.* Mihi sententia quidem ista probatur sed ratio non item. Nam vt ad testamentum ritè ac sollenniter conficiendum adhiberi notarium oporteat, nullo prorsus iure cautum est; nulla etiam consuetudine introductum. Etsi enim mos ille apud omnes ferè gẽtes inualuit adhibẽdorũ in testamẽtis notariorũ, nõ ideo tamen hoc fit quòd ea testamentorum sollennitas esse existimetur, sine

in scriptis testari quis velit, siue per nuncupationem, sed quoniam certior ista ratio est conseruandę voluntatis, probandæque ad futuram rei memoriam: quæ etiam causa est conscribendorum instrumentorum de iis quoque contractibus qui scripturam non requirunt, *leg.4.D.de pignor.l.4.D.de fid. instrum.* Et quia parum esset extare scripturam cuius fides in dubium vocari posset, placuit in eam rem vt plurimùm adhiberi notarium, cuius fides faceret vt de instrumenti tanquam publici veritate disputari non oporteret. Neque hoc negat quisquā ex interpretibus, si testator nihil dixerit de notario adhibendo. Sed cùm testator notarium accersiri iussit, hic verò casus est in quo volunt illi esse hanc vnam ex sollennitatibus testamenti: Et in hoc ego ab iis dissentio. Nec enim puto esse in testatoris potestate vt sollennitatem nouam inducat extra eas quæ legibus aut constitutionibus inductæ fuerant, sicuti nec potest facere, vt non sint necessariæ sollennitates illæ quas ius nostrum siue ciuile siue prætorium introduxit. Vtrumque siquidem pendet ex eodem iuris principio, de quo in *leg. nemo potest.55.de legat.1.& in l.testandi. 13. Cod. de testam.* Neminem posse facere quin leges in suo testamento locum habeant, & testandi de pecunia sua facultatem permissam esse, vsque adeò certis regulis & legibus, vt neque iurisdictionis formam pro arbitrio mutare, neque iuri publico derogare cuiquam sit permissum. Itaque finge testatorem expressim cauisse vt non aliter suum testamentum valeret quàm si octo testes in eo adhibiti reperirentur, adhibitos verò fuisse septem duntaxat. Non dubito quin æquè valiturum sit testamentum ac si nihil in contrarium à testatore cautum esset, quia & pro non cauto habendum est quicquid contra vel præter leges cautum est, ne alioquin eueniat vt priuatorum cautiones legum autoritate censeantur, quod Papinianus nunquam admitteret, *leg.vltim.D.de suis & legit.* Sicut è contrario si testator disertè præciperet vt testamentum suum valeret coram sex testibus, quis tamen diceret eo magis valiturum esse testamentum, quod sollennem testium numerum non haberet? Eiusdem namque potestatis & autoritatis est, sollennitatibus à iure præscriptis aliquid addere vel detrahere. Et consequenter eiusdem amentiæ & insaniæ alterutrum facere velle illum, qui velle non possit. Atqui nemo est tam stultus qui putet liberam sibi esse testandi facultatem nisi quam habeat à lege. Ergo neque alias sollennitates testamento suo præscribere quisquam potest aut debet, quàm quas lex ipsa aut alia quælibet constitutio quæ vim legis obtineat, pręscripsit. Quæ cùm ita sint, fatendum est extra causam esse sollennitatum testamenti, vt notarius aliquis adhibeatur vel nullus, etiamsi maximè id egerit testator vt notarius adhiberetur. Quod ex iis etiam quę sequenti Decade circa clausulam derogatoriam dicturi sumus, clarius intelligitur. At si non est defectus hic sollennitatis, erit-ne statim consequens, vt sit defectus voluntatis? Ne hoc quidem arbitror dici posse. Quis enim testator vnqnam cogitet de adhibendo notario ea mente, vt si qua de causa pręsertim fortuita notarius non interuenerit, testamentum valere nolit? An non ita fieret contra vulgare nostrorū brocardicum vt inducta ad vnum finem, contrarium effectum operarentur? *leg. legata inutiliter. 19. de legat.1. leg.legata.14. D. de adim. legat.* & contra id quod Vlp. scribit in *leg.3. D. de testam. milit.* non esse credendum quemquam eligere id genus testandi per quod iudicia sua subuertantur. An forte aliam ob causam notarius adhiberi

solet,

solet, quàm vt testamenti causa sit in tutiore loco? Quod si tum quoque cùm notarius adhibetur nihil aliud accedit viribus testamenti quod suas iam habeat sollennitates, nisi quod per instrumenti publici fidem certior fit, commodiúsque ad posteros transmittitur probatio voluntatis, quid aliud incommodi adferre potest quod notarius nullus interuenerit, nisi vt deficiat hæc probationis species, quam interuentus notarij attulisset? Hoc ipsum verò quod hæc aut illa probationis species, deficiat siue de testamento siue de alia re qualibet agatur, cuiúsnam obsecro ponderis & momenti esse potest, quoties adsunt aliæ sufficientes, & idoneæ probationes? Nullius omnino, cùm nihil referat qua ratione quid probetur, dummodo probetur eo modo qui iure non sit improbatus, vt in eleganti specie tractat Vlpianus in *leg. qui tabulas. 27. §. inde potest quæri. D. de furt. & Scæuola in leg. cùm tabernam. 34. §* 1. *D. de pignor.* vbi ait si conuenerit de pignore non idcirco pignoris obligationem cessare quod dies vel Consules additi, vel tabulæ signatæ non sint. Est autem accommodatior ad rem nostram textus in *l. vlt. in princip. de legat. 2.* vbi cùm apud eundem Scæuolam proponeretur quidam testamento suo significasse vt si quid obsignatum reliquisset, id vice codicillorum valeret, epistola autem reperta esset quæ non erat obsignata, & quæreretur an ea quæ epistola continebantur, deberentur. Respondet Scæuola, si epistolæ fides constaret, deberi omnia quæ testator in ea dari se velle significauit. Cui conuenit etiam quod Marcianus scribit in *leg. Diui. 6. §. licèt. D. de iur. codicill.* licèt in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit vt non alios valere velit, quàm sua manu signatos & subscriptos, tamen valere factos ab eo postea codicillos, etiamsi neque ab eo signati neq; eius manu scripti, subscriptíve proponantur. Si enim ita est vt neque in codicillis noceat defectus sollennitatis, quam testator adhiberi voluit, tametsi codicillorum sollennitas nulla sit à legibus constituta, quæ proinde multo faciliùs ex testatoris arbitrio pendere possit, quanto minùs nocebit in testamentis quæ suas habeant à iure sollennitates, quibus addere quicquam vel detrahere vt quis maximè velit, non tamen possit? Quòd si propter non adhibitum notarium quem testator adhiberi voluerat nullus aut sollennitatis aut voluntatis defectus subesse intelligitur, quid obsecro causæ esse potest cur eo magis inutile & inefficax videri debeat testamentum, siue perfectum siue imperfectum proponatur, si modò nihil desit ex cæteris sollennibus quæ ad testamenta siue perfecta siue imperfecta conscribenda requiri leges voluerunt? Quare nec aliud erit etiamsi quis coram testibus septem rogatis ritéque adhibitis nuncupato herede atque ita facto per nuncupationem citra scripturam testamento, dixerit velle se notarium adhibere. Id enim credendus est dixisse & facere voluisse ad voluntatis suæ probationem perpetuandam, vt diximus, non ad sui testamenti vires aut suspendendas aut euacuandas: Nec aliam hac parte inter testamenta in scriptis & nuncupatiua differentiam agnosco, nisi quòd, quæ in scriptis fiunt imperfecta esse possunt, nec eo minus tamen valere iure intestati si eas habeant sollennitates quas nouella Iustiniani constitutio præscripsit. Nuncupatiua verò imperfecta nulla esse possunt, saltem ex quibus voluntas tuenda sit ne quidem iure intestati, vt probauimus suo loco. Sed & in eo errant, qui volunt huiusmodi testamentum in quo non fuit adhibitus notarius quem adhiberi pater voluerat nullius esse momenti etiam inter liberos propter defectum volun-

tatis quòd putant Imperatorum constitutiones non pertinere ad testamenta quæ sint imperfecta ratione voluntatis. Nam & hæc quoque sententia iam à nobis confutata est, cum ea tamen distinctione quam adhibuimus in Error. 8. Decadis præcedẽtis. Atqui, inquies, poterat testator accedente notario & testamentum legente mutare voluntatem aut in parte aut etiam in totum. Fateor, nam & potuit mutare perinde, absente etiam notario: Sed non potest ea res facere vt eo minùs valeat testamentum, ne alioqui dicendum sit ne illud quidem valiturum in quo notarius adhibitus fuerit, aut post quod factum nihil de adhibendo notario testator dixerit. Quandoquidem & hoc æquè mutari potest. Non igitur inspiciendum est an testator voluntatem mutare potuerit, sed an mutauerit, quam nec mutasse aut mutaturus fuisse credendus est si non expressim mutata probetur, *l. eum qui. 22. D. de probat.* Nam nec adhuc mutat qui de ea mutanda iam cogitat, adeóque nec qui vult mutare quousque mutet. Aliúdque est mutare, aliud velle mutare, sicut & aliud est testari, aliud verò testari velle.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXVII.

ERROR PRIMVS.

De testamento imperfecto in quo sunt instituti venientes ab intestato.

ABSOLVIMVS proxima Decade tractatum *De imperfectis parentum inter liberos testamentis*, sed non prorsus tractatum *De testamentis imperfectis*. Superest enim quæstio illa tractanda. Quid si in testamento imperfecto instituti sint non liberi ipsi, qui nulli esse proponantur, sed alij quilibet legitimi successores ab intestato venientes. Item quid si aliqui sint liberi, sed quos tamen pater præterierit in eo testamento. Nam & hoc quoque testamentum imperfectum appellat Caius in quo filius præteritus sit in *leg. si duobus. 12. §. si prius. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Ad priorem

rem quæstionis partem illud pertinet, quod Vlpianus scribit in *leg. 2. D. de iniust. rupt.* Tunc prius testamentum rumpi cum posterius ritè perfectum est. Nisi fortè posterius, inquit, vel iure militari factum sit, vel in eo scriptus fuerit is, qui ab intestato venire potest: Tunc enim & posteriore non perfecto superius rumpitur. Quibus verbis etsi videtur Vlpianus eandem constituere rationem testamenti militaris, & eius in quo fuerint scripti legitimi successores, obseruandum tamen est non in alio esse bonam comparationem nisi in eo, vt per huiusmodi testamentum posterius imperfectum rumpatur prius quantumcunque perfectum: At non etiam in eo, vt quemadmodum testamentum militare testamenti iure defenditur, ita & defendatur illud in quo instituti sint venientes ab intestato. Aliud enim est rumpi testamentum prius, aliud verò valere posterius, satisque magnum priuilegium est testamenti in quo instituti sunt legitimi successores, vt quamuis imperfectum sit, tamen rumpat superius contra iuris communis regulas, tametsi non eo magis valeat iure testamenti: Estque in hanc rem apertissima Theodosij constitutio in *leg. hac consultissima. 21. §. vltim. Cod. de testam.* vbi posteaquàm decreuit ille conueniens ter iuri veteri, vt si quis testamento iure perfecto postea ad aliud venerit testamentum non aliàs quod antè factum est infirmetur, quàm si id quod secundò facere testator instituit, iure fuerit consummatum. Nisi forte in priore testamento scriptis his qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituerit qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, Subiungit in hæc verba, *Eo enim casu licèt imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundum eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi vltimam voluntatem intestati valere sancimus.* Quibus verbis etsi nihil noui Theodosius constituit, si iam olim Vlpianus illud ipsum senserat & scripserat in *dict. leg. 2. D. de iniust. rupt.* sic tamen loquitur, acsi constitueret, propterea quod in præcedentibus dispofuerat expressim ne ex imperfecto testamento voluntas teneret nisi inter solos liberos: quod facilè sic accipere quis potuisset, vt ne quidem intestati iure defendi deberet ea voluntas quam quis declarasset in testamento posteriore imperfecto fauore legitimorum successorum, si non hoc nominatim Theodosius addidisset, de posteriore testamento iure intestati defendendo. Quo admisso si quis inferat, Futurum igitur vt nihil intersit an liberi scripti sint in testamento imperfecto, an verò legitimi quilibet successores, cùm nec aliud sit priuilegium testamenti imperfecti inter liberos conditi, quàm vt ab intestato sustineatur, quemadmodum in præcedentibus Decadibus à nobis disputatum fuit. Respondebo, Imò priuilegium liberorum maximum esse siue præcesserit testamentum aliquod perfectum, siue nullum. In eo nimirum quod, vt sequitur apud Theodosium, non aliter imperfectum illud testamentum defenditur iure vltimæ voluntatis ab intestato fauore legitimorum heredum quàm si quinque testes interuenerint, qui tamen nulli in testamento inter liberos condito requiruntur, si modò de parentis voluntate constet per ipsius scripturam de cuius fide non dubitetur. Vnde fortissimum argumentum sumi potest, pro ea sententia quam nos propugnauimus contra Cuiacium existimantem in testamento parentis inter liberos requiri testes. Quod si ita esset vtique non

pauciores, quàm quinque requirerentur. Eo autem numero requisito non posset dici in quo essent liberi melioris condicionis. Nisi fortasse quis in eo quoque contra nos sentiret quod testamentum patris imperfectum inter liberos testamenti iure defendendum esse arbitraretur: quod nos & negauimus semper, & negabimus, siue testes aliqui siue nulli in eo testamento adhibiti proponantur. Planè cùm quinque testes adhibiti fuerunt, non est absurdum aut mirum eodem iure censeri testamentum imperfectum in quo instituti sunt venientes ab intestato, atque si in eo liberi essent instituti. Non magis, quàm vt testamento iure perfecto par sit causa liberorum & extraneorum. Vtrumque enim fit, non quia melior in nullo esse debeat condicio liberorum, sed quia non sit in quo melior esse possit, cùm voluntas in extraneos collata suas habet sollennitates, siue quas ex testamento habere debeat, siue quas ab intestato. Hoc enim addendum est quia sicuti testamenti perfecti sollennitas illa est vt habeat septem testes, ita & voluntatis intestati vt habeat quinque post aliam eiusdem Theodosij constitutionē in *leg. vlt. C. de codicill.* Ante quam, vt sæpius alibi monuimus, nullus in eam rem testium numerus erat præscriptus, & sufficiebat, vt de ea voluntate quæ intestati iure defendenda esset, quoquomodo constaret. In eóque saltem haud dubiè ius nouum fecit Theodosius, in *d. l. hac consultissima. §. vlt.* quod eam priorem suam legem secutus, quam & Iustin. probauit in *l. vlt. C. de donat. caus. mort.* addidit necessitatem adhibendorum in testamento imperfecto quinque testium, ad prius testamentum perfectum reuocandum, quam non addiderat Vlpian. in *d. l. 2. D. de iniust. rupt.* Nisi fortè probabilius quis putet, quod iam olim Accursius scripsit ad *d. l. 2.* Compositorum esse, non Vlpiani exceptionem illam de testamento posteriori imperfecto, in quo instituti sint venientes ab intestato. Nam præter id quod ratio iuris eam exceptionem admittere nullomodo potest, nullúsque in toto iure vetere locus est alius quo idipsum probari possit, negare non potest quin ea Theodosianæ constitutionis verba, quæ supra retulimus, sint verba Imperatoris, ius planè nouum, & antea inauditum constituentis. Atque ita omnimodo sentiendum esse existimo. Et hæc quidem ad priorem propositæ quæstionis partem scripsisse sufficiat.

ERROR SECVNDVS.

De sententia & ratione. §. si prius. l. si duobus. 12. D. de bonor. possess. contr. tab.

AD posteriorem verò illud pertinet, quod Caius tractat in *d. l. si duobus. §. si prius. D. de bon. poss. cont. tab.* Si prius testamentum extet iure factum, in quo filius exheredatus est, consequens verò imperfectum, in quo præteritus sit filius; posteriore testamento præteritum, rectè bonorum possessionem petiturum, si remoto quoque filio potiores sint in ea hereditate, posteriore testamento scripti heredes. In quo responso illud primùm mirari quis possit, quod Caius imperfectum vocat testamentum in quo filius præteritus sit.

Longè

Longè alio ſenſu quàm quo hucuſque à nobis actum eſt de teſtamentis imperfectis. Imperfecta namque teſtamenta ſolemus dicere cum Theodoſio in *d.l.hac conſultißima.* & cum Iuſtiniano in *§.penult. Inſtit. quib.mod.teſtã. infirm.* ea quæ finem ſuum non habent, cùm rei cuiuſque perfectio ex ipſius fine conſtituatur, ac proinde illa tantùm quæ teſtium ſubſcriptionibus & ſignaculis ſunt deſtituta. Quæ verò ideo non valent quod in iis prȩteritus ſit aliquis ex liberis qui erant in poteſtate, iniuſta potiùs appellantur & nullius momenti, *l.1.D.de iniuſt.rupt.* quia licèt habeant ſeptem teſtium numerum & ſigna & ſubſcriptiones, tamen non eo magis valere poſſunt. Verùm reſponderi pro Caio poteſt, hȩc quoque imperfecta teſtamenta nec impropriè aut ineleganter appellari, propterea quod cùm filij in poteſtate neceſſariò inſtituendi ſint vel exheredandi, *l.inter cætera.30.iunct.l.Gallus.29.§.in omnibus.D.de liber.& poſthum.* non poteſt dici perfectum & abſolutum eſſe teſtamentum, in quo vnus ex liberis prȩteritus ſit, hoc eſt neque inſtitutus neque exheredatus. Poteſt quidem eſſe, diciq́; cœptum, quia caput & principium teſtamenti cuiuſlibet ſecundum veteris iuriſprudentiȩ tempora conſiſtit in inſtitutione quȩ poteſt eſſe extranei quoq; perinde ac ſui heredis, ſed non poteſt dici perfectum, quandiu neq; inſtitutus neq; exheredatus fuit is quem omnimodo neceſse erat vel inſtitui vel exheredari: cùm ſit iſta vna ex teſtamentorum ſollennitatibus non minùs quàm illa vt ſeptem teſtes totidémq; teſtium ſigna & ſubſcriptiones adhibeantur. Sed illud magis mirũ eſt quod Caius ait contra heredem in eiuſmodi teſtamento imperfecto inſtitutum poſſe prȩteritum filium petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi remoto filio potiores futuri ſint in ea hereditate poſteriore teſtamẽto ſcripti heredes. Quomodo enim poſſunt eſſe potiores, niſi rũpatur prius teſtamentum? Quomodo autem rumpi poteſt prius, quod nos ponimus iure factum eſſe, ſi poſterius ſit imperfectum? Nam quod iam diſputauimus, Perfectum prius poſſe rumpi per imperfectum poſterius, cùm in eo poſteriore inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, præter id quod à Theodoſio primùm introductum eſt, planéq; abhorret ab eo iure quod Caij temporibus obtinebat, vt diximus ad finẽ cap. prȩcedentis ad hunc et à caſum accõmodari non poteſt, in quo proponitur præteritus is, qui ab inteſtato quoq; ſucceſſurus eſſet ſi cauſa inteſtati locum habere poſſet, quæ proinde ne locum habere hîc poſſit, illud impedit, quod voluntas defuncti perinde ſubuerteretur ſi præteritus filius cum inſtitutis admitteretur: quem tamen ab inteſtato admitti neceſſe eſſet, ſi eo iure ſuccederetur. Præſertim cùm veriſſimum ſit quod diximus & probauimus ex *d.l.hac conſultißima.§.vlt.C.de teſtam.* legitimos ſucceſſores in poſteriore teſtamento imperfecto ſcriptos non quaſi ex teſtamento ſuccedere, ſed iure vltimȩ volũtatis ab inteſtato: & conſequẽter non alio caſu quàm quo poſſit defendi ea voluntas iure ſucceſsionis inteſtati, non quo ſubuertẽda in aliquo ſit & violãda vt in reliquo defendatur, quod vtiq; contingeret ſi iure inteſtati ſuſtineretur teſtamentũ in quo præteritus eſſet vnus ex liberis ab inteſtato ſucceſſuris. Eueniret enim vt ſuccederet tanquam vnus ex liberis ad inteſtati ſucceſſionem ſimul cum fratribus vocatus, & nihilominùs contra voluntatem patris à quo præteritus fuiſſet. Rurſum ſi filius hic in poſteriore teſtamento imperfecto præteritus, neque ex poſteriore teſtamento imperfecto ſuccedere poteſt, quia in eo fuerit prȩteritus, neque ex priore quia in eo fuit exheredatus, neque ab inteſtato, quia

cessante causa posterioris testamenti imperfecti, superest prius perfectum, per quod intestati successio excluditur, quanam obsecro ratione admitti potest ad bonorum possessionem contra tabulas? Nam & ex testamento succedere dicitur qui per hanc speciem bonorum possessionis succedit, licèt succedendo rumpat testamentum. *§. sunt autem. Instit. de bonor. possess.* & absurdum videtur vt per huiusmodi bonorum possessionem rumpatur posterius testamentum, quod non modò imperfectum est, sed etiam tale vt eo rupto, nihilo magis successurus sit hic filius, cui semper obstabit prius testamentum quod ponimus esse perfectum, & iure factum. Sic igitur fiet vt omni auxilio & ciuili & prætorio filius hic destituatur. Nec enim quisquam dixerit audiendum eum si velit petere bonorum possessionem contra tabulas priores in quibus, scilicet fuit exheredatus, *leg. non putauit. 8. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Denique si in ea specie quam Caius tractat, prius testamentum ruptum est per posterius, quid necesse est filio præterito petere bonorum possessionem contra tabulas posteriores ad eas rumpendas quæ ipso iure non valent? Si verò non est prius ruptum per posterius, quænam potest esse vtilitas bonorum possessionis in rumpendo testamento posteriore, quo nimirum rupto adhuc supersit prius quod rumpi nunquam possit? An fortè dicendum erit in filij præteriti potestate & arbitrio esse debere, vt conualidet posterius testamentum alioqui imperfectum, vel ad hoc solùm vt per posterius rumpatur prius, mox verò posterius quoque rumpatur petita contra tabulas bonorum possessione? Ita nonnullos grauissimos viros sentire scio, Quasi liberis permittendum sit siue præteriti siue immerenter exheredati proponantur, vt id genus euertendi testamenti possint eligere, quod ipsis fauorabilius, & commodius videatur. Sed non ita est, Neque enim ratio iuris patitur vt in potestate & arbitrio filij sit an testamentum patris valeat, an sit nullum, non magis quàm illud an sit inofficiosum néc-ne, Nec proinde pendet aliunde quàm ab eadem ipsa iuris ratione. An prius testamentum rumpatur per posterius, aut an rumpendum sit per querelam inofficiosi testamenti, an per bonorum possessionem contra tabulas. Quare nec sic loquitur Caius in *dict. §. si prius*, vt dicat filium in posteriore testamento imperfecto præteritum posse petere bonorum possessionem contra tabulas, ita demum si velit prius testamentum ruptum esse per posterius, aut si malit bonorum possessionem contra tabulas agnoscere quàm dicere testamentum nullum. Sed eo demum casu admitti filium præteritum in posteriore testamento & in priore exheredatum ad beneficium bonorum possessionis contra tabulas, si remoto quoque filio potiores in ea hereditate futuri sint posteriore testamento scripti heredes: quod vtique nemo dixerit in eiusdem filij esse arbitrio & potestate, cùm pendeat ex iuris ratione. Vnde est quod sequitur apud Caium. *Et ita ius habet, vt cùm is contra quem filius petit bonorum possessionem amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque rectè videatur petere bonorum possessionem, Si verò ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.* Illa ergo semper manet dubitatio, quisnam casus esse possit in quo heredes posteriore testamento scripti, hereditatem obtinere possint remoto filio qui in eo testamento fuit præteritus, cùm adest aliud testamentum anterius & perfectum in quo idem filius fuerat exheredatus. Non ignoro posse dici ex eo quoque testamento

mento in quo suus heres præteritus sit, posse nihilominùs peti bonorum possessionem secundum tabulas, si modo septem testium signa habeat: quia nec aliud prætor inquirit in danda bonorum possessione secundum tabulas, nisi an signa testium habeant, nec rasæ vel cancellatæ sint, & an testator habuerit testamenti factionem vtroque tempore & testamenti & mortis, *leg. 1. & pass. D. de bonor. poss. secund. tabul.* Sed ea bonorum possessio plerunque est sine re, non solùm si filius ipse præteritus iure suo vti velit & hereditatem ab intestato vindicare, sed etiam si beneficio fratris præteriti edictum committentis, alius frater etiam qui fuerit ex hereditatis parte aliqua institutus, eodem iure vtatur, *leg. is qui in potestate. 15. cum sequen. D. de legat. præst.* In proposito autem alia ratio est quæ videtur facere vt ea bonorum possessio quam secundum posteriores tabulas agnitam fuisse ponimus, non possit esse cum re. Nempe quòd non minùs prætor eandem speciem bonorum possessionis secundum tabulas daturus sit heredibus institutis in testamento priore perfecto. Immo tanto magis quanto fauorabilius & potentius est testamentum, quod perfectum, quàm quod imperfectum est. Data autem ex duplici testamento diuersis heredibus duplici bonorum possessione, si controuertatur vtra debeat esse cum re, vtra sine re, apertissimum est cùm vtraque non possit esse cum re, sicut nec iure ciuili duo in solidum heredes esse possunt, sine re futuram illam quæ competit ex testamento imperfecto, illam verò cum re quæ ex perfecto. Quid enim facere possit, vt non melior & potentior esse debeat causa testamenti perfecti quàm imperfecti? Quòd si ita est, quomodo vnquam fiet, quantumuis remoto filio qui in posteriore testamento imperfecto, præteritus fuit, vt heredes in eo testamento scripti obtineant hereditatem? Siquidem excluso filio adhuc superest causa prioris testamenti, quæ facit vt potior esse debeat condicio heredum in eo institutorum. Nisi proponas ruptum esse ipso iure testamentum prius per posterius, quod tamen, vt iam diximus, contingere nunquam potest, cùm in posteriore præteritus est vnus ex liberis, qui ab intestato fuerat successurus, siue qui in eo testamento instituti sunt proponantur esse ex liberis, siue agnati post filium proximiores: quia sicuti omnium liberorum in causa successionis intestati par & æquale jus est. Ita quandiu aliquis ex liberis superest, certum est, nullam agnatorum rationem haberi posse, quippe quos neque lex duodecim tabularum, neque prætor ad successionem vnquam nocet cum liberis, sed sub ea condicione, *si suus heres non erit, leg. 1. & pass. D. de suis & legit.* Ego igitur puto intelligendum esse Caium de illo casu, quo scripti fuerint in posteriore testamento imperfecto alij testatoris liberi qui in priore eodémque perfecto testamento fuerant exheredati, extraneo, aut quod hac parte idem est, aliquo ex agnatis herede instituto. Tunc enim, cùm subsequens institutio deleat notam exheredationis, faciátque vt qui in priore testamento scripti fuerant, non possint amplius dicere liberos illos qui in posteriore testamento, quamuis imperfecto instituti sunt, pro exheredatis habendos esse, necessariò euenit vt prius testamentum in quo fuerant exheredati, non tam rumpatur per posterius quàm euacuetur, & inutile fiat, non propter factam in eo institutionem personarum ab intestato succedentium,

quandoquidem ponimus vnum ex liberis præteritum fuisse. Sed quia verum est prius testamentum ex perfecto factum fuisse imperfectum, tanquam in quo præteriti fuerint liberi, quos moriente patre nemo possit dicere eo testamento vel institutos fuisse vel exheredatos. Etsi enim reuera fuerunt exheredati tempore testamenti inspecto, non tamen haberi possunt pro exheredatis qui non durarunt exheredati, cùm postmodum ab eodem patre fuerint instituti antè quàm exheredatio effectum suum habere cœperit, quem habere incipit post mortem duntaxat patris, adeóque non nisi ex die aditæ hereditatis. *leg. si quis filium. 34. in final. Cod. de inoffic. testam.* Nam si dubitandum aliquando fuit apud Papinianum an nota exheredationis sublata esset per subsecutam adoptionem, in *leg. filio. 23. de liber. & posthum.* quanto minùs dubitari potest an sublata sit per sequentem institutionem quamuis factam in testamento alioquin inutili & imperfecto? Nam vt filius primùm exheredatus, & postea institutus, in testamento inutili possit admitti ad paternam hereditatem saltem ab intestato, non est necesse vt valeat posterius testamentum, sed sufficit non ei nocere priorem exheredationem, quod ipsum quoque proinde sufficit ad prius testamentum quod valuerat euertendum, quo scilicet subsistente filius in eo exheredatus admitti nunquam posset neque ab intestato cùm adesset testamentum, neque ex testamento in quo fuisset non modò non institutus, verùm etiam exheredatus. Proinde extranei qui in priore illo testamento perfecto fuerant instituti non possunt facere, vt bonorum possessio secundum tabulas ab iisdem liberis agnita qui in priore testamento fuerant exheredati, in posteriore instituti, sit sine re, cùm non possint ipsi rem obtinere quasi exclusis filiis, quos pater ipse mortis suæ tempore noluerit esse exclusos, sed institutos. Alioqui dicendum esset necessariam fore filiis istis in posteriore testamento imperfecto institutis querelam inofficiosi testamenti ad infirmandam, & damnandam patris memoriam, qui ipse tamen illud idem testamentum euertere notámque exheredationis abstergere voluisset, iisdem ipsis liberis quos prius exheredauerat alio posteriore ac saniore iudicio licet minùs sollenniter institutis: quod certè iniquum esset, nec minùs patri ipsi quàm liberis iniuriosum. Hoc autem admisso quod negari non potest, in hac specie liberos posteriore testamento imperfecto institutos non solum posse bonorum possessionem secundum tabulas agnoscere, sed talem etiam quæ omnimodo futura sit cum re si à fratre præterito nullã hereditatis controuersiam patiantur. Consequens fit quod Caius scribit, vt possit filius præteritus contra posteriores illas tabulas petere bonorum possessionem, quæ vt peti possit, sufficit secundum tabulas peti potuisse quæ effectum habere potuerit aliquo casu, licèt postea peti posse desierit vt scriptum est in *l. quod vulgo. 19. D. de bonor. poss. contr. tab.* de cuius sententia scripsimus multa, quæ ad hunc tractatum pertinẽt *libr. 1. coniect. cap. 19.* At si posteriore testamento instituti heredes non possent esse potiores heredibus institutis in priore testamento perfecto, non esset permittendum filio præterito vt posset contra posteriores tabulas petere bonorum possessionem, non propter heredes in iis posterioribus tabulis scriptos, quibus nulla sanè fit iniuria cùm omnimodo à successione excludantur, sed propter heredes in prioribus institutos, quibus euidens iniuria fieret si filio præterito, qui ab iis ritè exheredatus fuit bonorum possessio contra tabulas daretur, quia sic eueniret vt iis emolumen-

emolumentum successionis eriperetur, cùm bonorum possessio contra tabulas nunquam sit sine re & sine effectu, in quo differt à bonorum possessione secundum tabulas, quæ licèt debeat posse aliquo casu esse cum re, [alioqui faceret prætor actum inutilem & ridiculum cùm eam daret] plerunque tamen sine re est, vt Vlpianus in Titulis scribit *tit. de bonor. poss.* & nos pluribus locis docuimus. Itaque ius filij posteriore testamento imperfecto præteriti, quantum ad petendam bonorum possessionem contra tabulas pendet ex iure heredum in eodem testamento institutorum, vt si non habeant ius retinendæ successionis aduersus eos, qui in priore testamento perfecto scripti fuerant, nec ius habeat filius præteritus petendæ bonorum possessionis. Habeat verò si remoto filio futuri essent illi potiores. Ita namque fit vt hoc posteriore casu bonorum possessio contra tabulas non faciat iniuriam heredibus in priore testamento institutis, quos alij heredes in posteriore scripti æquè excluderent, neque rursus aliis heredibus in posteriore scriptis, contra quos iure suo vtitur filius præteritus petendo bonorum possessionem contra tabulas, perinde acsi hereditatem ab intestato vindicaret. Quid enim refert quantum ad effectum, an hereditatem vindicet iure ciuili, an verò succedat iure prætorio bonorum possessionem contra tabulas, cùm vtroque casu successionis commodum & emolumentum consequatur? Quod si poneremus in posteriore testamento imperfecto scriptos fuisse extraneos heredes, nec testatori alios fuisse liberos, quàm filium illum quem ponimus in posteriore testamento fuisse præteritum, in priore exheredatum, etsi vix posset fieri vt essent potiores iis, qui in priore perfecto scripti fuissent, quantumlibet ij quoque extranei proponerentur [quoniam in pari causa & condicione heredum fauorabiliores & potiores esse deberent illi, qui in testamento perfecto quàm qui in imperfecto scripti fuissent.] Adhuc tamen dici posset aliquo casu posse potiores esse: nimirum si prioribus aliquid obstet, propter quod non videretur retinuisse defuncti voluntatem. Vtputa si testator post factum prius testamentum dederit se adrogandum, deinde rursum sui iuris effectus aliud testamentum condiderit imperfectum, in quo vnum ex filiis suis præterierit. Quidni enim hoc casu posteriore testamento scripti heredes etiam extranei, poterunt habere bonorum possessionem secundum tabulas filio remoto siue per abstentionem, siue qua alia ratione, quandoquidem habituri sunt doli exceptionem aduersus alios heredes ex priore testamento hereditatem vindicantes? *l. qui ex liberis. 11. §. testamento. D. de bon. poss. secund. tabul.* Idémque erit si ponas priore testamento scriptos heredes factos fuisse incapaces viuo adhuc testatore, vt hereditatem obtinere non possint. Eo namque casu solus filius præteritus impedire potest ne cum re sit bonorum possessio, quam secundum tabulas prætor dederit heredibus etiam extraneis, in posteriore testamento imperfecto institutis. His ergo casibus vtiliter filius præteritus petet contra tabulas bonorum possessionem. At si poneremus in eo posteriore testamento scriptos fuisse agnatos, nihilo essent ipsi fauorabiliores quàm extranei; cùm, vt diximus, pro extraneis habeantur quamdiu ab aliquo, vel vno ex liberis anteuertantur. Nec quòd abstinente filio possit eos prætor admittere tanquam agnatos ex edicti successorij potestate. *leg. defunctis. 6. Cod. de legib. hered.* facere debet vt testamentum imperfectum in quo fuerunt instituti, perinde possit nouo iure rumpere prius perfectum etiam

filio pręterito se abstinente, atque rumperet si filius in medio non esset. Vt enim rumpatur prius testamentum perfectum per posterius in quo instituti sunt venientes ab intestato ex nouo iure ciuili est, non autem ex iure prętorio. Iure autem ciuili neque in suis, neque in agnatis successio est, *l.1.§.sciendum. D.de suis & legit. §. placebat. instit. de legit. agnat. success.* Vnus ergo ille casus superest, qui à nobis propositus & explicatus fuit, quem ad Caij responsum accommodare possit; Si ponas in posteriore testamento liberos fuisse institutos, excepto eo, qui fuit præteritus. Sed non est Caius ad hunc casum coartandus, cùm idem possit contingere pluribus casibus etiam extraneo herede in posterioribus tabulis imperfectis instituto, vt proximè annotauimus: quod tamen nemo ante nos fortassis obseruauit.

ERROR TERTIVS.

De testamento posteriore in quo filius est præteritus, an rumpat prius.

EX his apparet, responsum illud Caij in *d.leg.si duobus.12.§.si prius.D.de bon poss.contr.tabul.* Non pertinere ad propositam disputationem. De priore testamento perfecto rumpendo per posterius in quo instituti sint venientes ab intestato, longéq; aliã esse Caij & sententiam & rationem quàm vulgo existimetur. Sic enim nostri sentiunt post Bartolum ad eum locum per testamentum secundum, in quo filius est præteritus si in eo scripti sint venientes ab intestato, rumpi testamentum prius, quod omnino falsum est. Non enim dat Caius bonorum possessionem contra tabulas filio præterito ratione illa quòd testamentum prius ruptum sit per posterius in quo instituti sint venientes ab intestato, sed quia multis modis contingere potest, vt quamuis prius testamentum non sit ruptum per posterius, potiores tamen esse debeant qui scripti sunt in priore, vt in omnibus illis casibus proximo capite relatis, Et inter cęteros cùm per institutionem factam in secundo testamento euacuata exheredatione quæ facta fuerat in primo cœpit prius testamentum esse imperfectum, quod ab initio fuerat perfectum, vt proinde nil fuerit necesse illud rumpi, quemadmodum supra explicauimus. Itaque si poneres in testamento illo posteriore non fuisse adhibitos septem testes, darét-ne Caius filio præterito bonorum possessionem contra tabulas? Minimè, quia neque secundùm eas tabulas daret prætor bonorum possessionem cùm requirat omnimodo vt septem testium signis sint signatæ, neque ex iis tabulis adiri posset hereditas iure ciuili cùm non valeant ipso iure, propter filij præteritionem. Bonorum igitur possessio contra tabulas illas posteriores dari non posset, quia non datur, nisi contra eas tabulas ex quibus vel adiri potest hereditas vel bonorum possessio secundùm tabulas peti *dict.leg.quod vulgo.* Contra priores verò tabulas in quibus filius fuerat exheredatus multo minùs, quia siue dicamus eas corruere & euacuari per institutionem in posteriores collatam aliorum liberorum qui in

prioribus

prioribus fuerant exheredati, eadem ratio locum habet quam proximè attulimus, ne rumpi possint per bonorum possessionem contra tabulas, quippe quæ non datur nisi aduersus eas tabulas ex quibus vel adiri hereditas iure ciuili, vel bonorum possessio agnosci iure prætorio possit: Siue priores illas tabulas subsistere velimus, subsistere quoque exheredationem necesse est quæ filium exheredatū facit indignum beneficio prætoris, *dict. leg. non putauit.* Cui consequens esset etiam hodie quod Caius non obscurè innuit vt eo casu filius in prioribus tabulis exheredatus in posterioribus præteritus omnino excluderetur, quia scilicet in posteriore testamento scripti heredes non possent esse potiores, quantumuis essent ex liberis. Potiores namque intelligere debemus eos demum qui succedant tanquam ex testamento, non qui succedant ab intestató. Quomodo enim possent succedere ab intestato subsistente priore alio testamento in quo iidem fuissent exheredati? Aut quid commune habet cum iure dandæ bonorum possessionis contra tabulas, quod, qui in iis tabulis instituti fuerunt, possint succedere ab intestato, cum per eam bonorum possessionem contra tabulas succedatur vt diximus ex testamento? Neque verò Caius in toto illo responso quicquam exprimit de venientibus ab intestato: Tantum abest vt quod ait de obtinenda hereditate per heredes in posteriore testamento scriptos debeat intelligi de illa ab intestato obtinenda quod proculdubio Caij temporibus nullo casu poterat euenire. Cùm igitur eo casu quo heredes in posteriore testamento scripti hereditatem ex eo testamento obtinere non possunt neque ciuili iure, neque prætorio, velit Caius filium præteritum excludi, Apparet non esse igitur hoc casu ruptum testamentum prius per posterius minus solenne etiam in quo instituti sint venientes ab intestato, quia si ruptum esset prius, haud dubiè filius præteritus non excluderetur à paterna successione, sed ad eam admitteretur, adeóque citra bonorum possessionem contra tabulas, quia neque noceret ei posterius testamentum quod esset nullum ratione præteritionis, neque prius quod per posterius ruptum esset. At excludi filium vult Caius, si posteriore testamento scripti heredes non sint futuri ex eo testamento potiores. Non igitur habet prius testamentum pro rupto per posterius, nec si septem testium signa adessent, quia defectus sollennitatis testium, licèt maius vicium sit, quàm vicium præteritionis sui heredis, quantum ad prætorem in iure dandæ bonorum possessionis secundùm tabulas, quæ siue cum re, siue sine re futura sit, non tamen potentior est ad impediendum ne venientes ab intestato in eiusmodi testamento imperfecto instituti possint succedere ab intestato, vt constat ex *dict. leg. hac consultissima. §. vltim.* vbi hic nominatim casus traditur de testamento, in quo non adfuerint nisi quinque testes. Ergo in illo Caij responso non illud inquirendum est quod vnum inquirunt interpretes. An in posteriore testamento instituti sint venientes ab intestato, vt eo magis minúsve prius testamentum rumpatur. Sed illud tantùm an posteriore testamento scripti heredes futuri sint in ea hereditate potiores & quidem ex eo ipso testamento in quo fuerunt instituti, scilicet vel adeundo hereditatem iure ciuili, vel saltem petendo bonorum possessionem secundùm tabulas cū re. Non tanquā rupto priore per posterius, sed tanquam euacuata exheredatione per mutatam patris voluntatem

qui eosdem filios in posteriore instituit quos in priore voluerat exheredatos, si ponas in posteriore institutos fuisse liberos. Aut tanquam extincto aliqua ratione vel debilitato iure heredum in priore testamento institutorum, si ponas etiam extraneos in posteriore fuisse institutos. Itaque finge in posteriore institutos fuisse liberos qui, vt passim hodie fit circa fœminas, exclusi fuerint à successione intestati aut per iuratam renunciationem, factam ex iusta causa præceptæ forsitan portionis, aut per statutum. Nullus erit eorum fauor neque ad succedendum ab intestato, neque ad rumpendum prius testamentum fauore successionis intestati. Et tamen si ponas eosdem liberos in priore testamento fuisse omnes exheredatos, in posteriore verò vnum ex iis præteritum reliquis omnibus institutis, non dubitabo quin idem Caij responsum habere locum debeat fauore filij præteriti, vt perinde danda sit ei bonorum possessio contra tabulas, quia æquè verum est ipsius fratres in posteriore institutos & qui in priore fuerant exheredati fore potiores heredibus extraneis in priore institutis. Cùm iis sufficiat quod habent tabulas septem testium signis signatas, vt secundum eas bonorum possessionem accipere possint, & quidem futuram cum re, propter purgatam per posteriorem institutionem exheredationis, notam quæ aspersa fuerat in priore testamento. E contrariò finge testamentum posterius esse imperfectum non propter præteritionem filij, sed propter non adhibitam testium sollennitatem, ita vt ex eo neque adiri hereditas possit, neque peti bonorum possessio secundum tabulas, in eóque institutos fuisse proximos agnatos nullis liberis existentibus. Erunt proculdubio ex iuris ratione potiores heredes in priore testamento instituti quantumuis extranei, cum ex iis tabulis quæ non habent sollennem numerum testium, neque adiri hereditas iure ciuili possit, neque bonarum possessio peti iure pretorio: tametsi non possit hoc casu tractari de bonorum possessione contra tabulas quæ nō nisi liberis datur. Non igitur solus fauor venientium ab intestato potest facere vt prius testamentum alioqui perfectum rumpatur per posterius imperfectum, si nihil nisi eam iuris rationem inuestigemus, quæ Caij temporibus obtinebat, semota Theodosianæ constitutionis potestate, quæ hac in re nouum ius sine dubio fecit. Itaque quòd vult Bartolus, putátque probari omnino ex ***d.§.si prius.*** Per testamentū secundum in quo filius sit præteritus si in eo scripti sint venientes ab intestato rumpi testamentum prius, certè falsum est si ad ius Pandectarum referatur, sed & quod magis est, etiam post Theodosij constitutionem æquè falsum id reperitur, cùm Theodosij, constitutio casum hunc non complectatur quo testamentum posterius sit imperfectum propter vnius ex liberis præteritionem, neque verò per interpretationem ad eum extendi possit, quia implicat contradictionem, vt ab intestato custodiatur voluntas patris qui vnum ex liberis præteriit. Nisi ponas talem esse personam præteritam quæ ab intestato succedere non possit, exclusam fortè à successione intestati, vt diximus, aut per statutum, aut per iuratam renunciationem. Hoc enim casu talis personæ præteritio, etsi imperfectum & iniustum faceret testamentum secundum, ea quæ nos disputauimus aduersus contrariam interpretum nostrorum traditionem ***Decad. 14. Error.*** non tamen posset impedire ne ab intestato ij soli succedere deberent qui repe-

rirentur

rirentur instituti, nec proinde quin prius testamentum perfectum per posterius quantumlibet imperfectum rumperetur, siue illud tantum faceret posterius imperfectum quod præterita esset aliqua persona ex iis quæ iure ciuili debuerant vel institui vel exheredari, siue illud etiam concurreret, quod aliqua deesset ex cæteris sollennitatibus testamentorum, præsertim circa testium vel numerum vel signacula, vel subscriptiones. Suauiter igitur non minùs quàm verè Bartolus ad *dict. §. si prius*, fatetur nescire se alibi casum similem, aut alium iuris locum quo probari possit rumpi testamentum prius per posterius in quo filius sit præteritus, si in eo scripti sint venientes ab intestato: Sed illud addere debuerat ne quidem ex illo iuris loco probari posse tam falsam conclusionem, quæ nullo alio iuris loco probetur, plurimis verò improbetur. Maxime verò ex *leg. si filius qui in potestate. 7. D. de liber. & posthum.* vbi Paulus disertè scribit, si filius qui in potestate est præteritus sit etiamsi postea viuo patre decedat non valere testamentum nec superius rumpi. Quod & ad eum locum Bart. ipse fatetur, post glossam. Respondens ad *dict. §. si prius*, qui valde obstare videbatur, loqui eo loco Caium de præterito filio emancipato non de suo herede, quod tamen omnino ridiculum est, & ab eodem ipso Bart. ad *dict. §. si prius*, bene reprehensum. Si quid enim toto in iure certum est, illud est certissimum, filij emancipati præteritione, neque nullum neque iniustum fieri testamentum, nec proinde dubitari posse quin per secundum testamentum in quo filius emancipatus præteritus, fuit si cæteras habeat sollennitates, ruptum sit prius quantumcunque perfectum. Cui consequenter fatendum est filio præterito emancipato competere hoc casu omnimodo & indistinctè bonorum possessionem contra tabulas, neque necessariam aut accommodatam fore distinctionem illam quam tamen ponit Caius in *dict. §. si prius*, tanquam ex iuris ratione omnino necessariam. Vt vel ex hoc maxime appareat tractari à Caio casum illum, quo testamentum prius non sit ruptum per posterius, quia si esset ruptum nullus distinctioni locus relinqueretur, quin contra posteriores tabulas dari filio præterito bonorum possessio deberet. Et quamuis exigat Caius vt posteriore testamento scripti heredes sint potiores, non ideo tamen exigit vt prius testamentum sit ruptum [in quo vno Bartolus aliique interpretes decipiuntur] cum fieri posit, vt saluis viribus prioris testamenti potiores nihilominus sint heredes scripti in posteriore, quemadmodum à nobis suprà explicatum est. Sed ad refellendas alias ab aliis allatas ad Caium interpretationes veniamus.

ERROR QVARTVS.

De filio in posterioribus tabulis praeterito, qui per querelam inofficiosi rupit priores in quibus fuerat exheredatus.

INTER cæteras ad Caium interpretationes quas adferunt, qui Bartolo subtiliores videri volunt in interpretatione *d.§. si prius.l.si duobus*.12.D.*de bonor.possess.contr.tabul.* subtilissima videtur illa quam primus, quod sciam tradidit Petrus Paulus Parisius in additionibus suis ad Bart. in *l.si filius qui in potestate*.7.D.*de l.b.& posthum.*vbi neglectis Alexandri solutionibus, iactitat habere se nouum, & vt loquitur peregrinum intellectum. Ait autem quod & nos iam scripseramus capite præcedente, antequàm additionem illam vidissemus: non ita Caium loqui in *dict.§.si prius*, vt dicat quod cæteri omnes interpretes absurdè præsupponunt cum Bartolo, Per testamentum posterius in quo suus heres præteritus fuerit, rumpi prius: sed hoc tantùm scribere, Si filius qui in primo testamento exheredatus fuerat, in secundo fuerit præteritus, tunc demum posse illum petere bonorum possessionem contra posteriores tabulas, quando remoto filio scripti in secundo possent petere secundùm tabulas ita vt essent potiores. Hoc verò, inquit, facile potest fieri etiamsi prius testamentum non sit ruptum per posterius, si quo alio modo rumpatur, putà si filius in primo exheredatus contra illud querelam proposuerit & obtinuerit: quia tunc, inquit, petet contra tabulas, quoniam remoto filio instituti in secundo haberent bonorum possessionem secundùm tabulas. Addit, *vel si primum rumpatur, quia hereditas non adeatur: quo casu erit idem, Et sic antequàm filius intentet querelam, & rumpat testamentum, non potest petere contra tabulas.* Itaque in eo dissentit quidem Parisius à cæteris, quod ad dandam filio in posterioribus tabulis præterito bonorum possessionem contra tabulas, non requirit quod illi requirunt, vt prius testamentum ruptum sit per posterius, sed in eo tamen cum illis conuenit quod vult necessarium esse, vt prius testamentum ruptum sit antequàm posit dari filio præterito bonorum possessio contra secundum. Duos autem illos casus adfert quibus testamentum prius rumpatur, vnum per querelam inofficiosi testamenti, alium verò per non aditionem hereditatis. Malè in omnibus nisi in eo quod nobiscum sentit. Caius enim vt det filio præterito bonorum possessionem contra tabulas, non magis exigit vt prius testamentum aliquo modo ruptum sit, quàm vt per posterius ruptum probetur, sed illud tantùm requirit, vt posteriore testamento scripti heredes sint potiores iis qui in priore scripti fuerunt, quod nos in præcedentibus iam ostendimus facile fieri posse saluo quoque priore testamento, nec vno tantùm casu, sed pluribus quos hîc inculcare nil est necesse. Deinde si ponas filium hunc in posteriore testamento præteritum, qui in priore fuerat exheredatus, proposuisse querelam inofficiosi testamenti contra prius testamentum & obti-

obtinuisse, dico fieri postea nullo modo, nulloque casu posse, vt hic idem filius petere possit bonorum possessionem contra posterius testamentum. Etsi enim scio differre querelam inofficiosi testamenti à bonorum possessione contra tabulas, cùm in aliis multis, tum in eo maximè quod qui petit contra tabulas & rumpendo succedit, & succedendo rumpit, qui verò proponit querelam inofficiosi, rumpit quidem testamentum si obtineat, sed non eo magis succedit, at facit tantum sibi locum, aut alij qui sit in gradu succedendi, vt habeat viam apertam ad succedendum ab intestato. *leg. posthumus. 6. D. de inofficioso testamento.* Hoc tamen defendo, querelam inofficiosi testamenti cum bonorum possessione contra tabulas in eandem personam concurrere nunquam posse, & eum qui proposuerit querelam si obtinuit non posse amplius petere contra tabulas, quemadmodum è contrario qui petiit bonorum possessionem contra tabulas, nunquam indiget querela ad succedendum: quod vtrumque probatur non malè ex *leg. non putauit.* 8. D. *de bonorum possessio. contr. tabul.* Ratio est, quia per bonorum possessionem contra tabulas succeditur ex testamento. Per querelam autem inofficiosi testamenti non aperitur via nisi successioni intestati, fieri verò nequit vt in eadem hereditate, & ex testamento & ab intestato succedatur, non magis quàm vt quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus. Item quia rupto per inofficiosi querelam testamento, atque ita aperto iure succedendi ab intestato, non potest amplius hereditas adiri ex testamento, aut bonorum possessio secundùm tabulas peti: nec igitur peti bonorum possessio contra tabulas, quæ sine effectu foret, vt inquit Iureconsultus in *l. quod vulgo.* 19. *eodem titul. de contr. tabul.* Hæc enim bonorum possessio contra tabulas nunquam est, sine re, & sine effectu. Effectus porro alius esse non potest, quàm vt rumpat testamentum, cuius tamen rumpendi, neque ratio, neque necessitas vlla subest, postquàm succedi iam potest ab intestato. Nec est quod quis pro Parisio respondeat, ista procedere ratione vnius & eiusdem testamenti. At nos cum casum tractare in quo plura sint testamenta, quorum altero rupto per querelam nihil prohibeat alterum quoque postea rumpi per contra tabulas. Nam immo verò non magis hoc fieri potest circa plura testamenta, quàm circa vnum & idem testamentum, sicut nec fieri vllomodo potest, vt quis decedat cum pluribus testamentis. Nec enim aliud testamentum per querelam rumpi potest, quàm illud demum quo rupto possit succedi ab intestato, ac proinde post quod ruptum non supersit aliud testamentum rumpendum vt succedatur, siue ex testamento per contra tabulas, siue ab intestato. Et illa Caij distinctio in *dict. §. si prius*, an heredes in posteriore testamento scripti sint potiores heredibus in priore scriptis, necne, vt priore casu filius præteritus in posteriore testamento, & exheredatus in primo admittatur ad bonorum possessionem contra tabulas, posteriore verò casu excludatur. Non aliò pertinet quàm vt intelligamus eo casu quo heredes in secundo testamento potiores futuri sint, non indigere filium querela inofficiosi testamenti, neque contra istos à quibus non fuit exheredatus, sed præteritus, neque contra heredes in primo testamento scriptos, quippe quos pro victis haberi oporteat hoc ipso quod filius alios heredes vicerit, à quibus ipsi vincantur.

Sufficere igitur vt filius hic contra posteriores tabulas agnoscat bonorum possessionem. Contrà autem, illo casu quo heredes in primo testamento scripti potiores futuri non sint, inutilem fore filio præterito bonorum possessionem contra tabulas, siue contra istos à quibus fuit exheredatus, siue contra institutos in secundo testamento, cùm nihil posit ei prodesse victoria aduersus eos obtenta, qui ipsi nihil vnquam iuris in ea hereditate, aut habuissent, aut habere potuissent. Sufficere igitur huic filio vt proponat inofficiosi querelam aduersus heredes in priore testamento scriptos, à quibus fuit ipse exheredatus. Ita fit vt in specie *dict. §. si prius*, nullo casu posit concurrere bonorum possessio contra tabulas, cum querela inofficiosi testamenti, siue potiores futuri sint remoto filio heredes illi qui in priore testamento scripti sunt, siue qui in posteriore. Ratio autem quam adfert Parisius, vt probet rupto per querelam primo testamento, posse adhuc vtilem esse bonorum possessionem contra tabulas, quoniam, inquit, rupto priore testamento possent qui in secundo instituti sunt agnoscere filio remoto bonorum possessionem secundum tabulas, euidenter falsa est: cùm nullo iuris loco scriptum sit post propositam inofficiosi querelam quæ obtinuerit posse adhuc locum esse agnoscendæ bonorum possessionis secundum tabulas, siue in fauorem ipsius heredis qui victus sit, siue in fauorem alterius, pro ea scilicet parte hereditatis, pro qua factus sit per querelam locus succesioni intestati. Alterutrum enim omnino euenire necesse est, vt vel inofficiosi querela prorsus sit inanis & elusoria, vel vt viam aperiat succesioni ab intestato. Siquidem non alium effectum habet quàm vt pro ea saltem hereditatis parte pro qua proponitur, patremfamilias faciat intestatum. *l. circa. 24. l. Titia. 13. & pass. D. de inoff. testament.* Patrefamilias autem facto intestato posse dari à prætore bonorum possessionem secundum tabulas planè inauditum est, & tam absurdum vt nihil dici posit absurdius. Quamquam enim prætor eam bonorum possessionem facilè dat & de plano, ac sine vlla causæ cognitione, vnde etiam fit vt ea plerumque sit sine re, quemadmodum sæpius diximus ex Vlpiano in *tit. de bonor. possess.* nunquam tamen eam prætor dat quin posit aliquo casu esse cum re & effectu: ne alioqui edictum & beneficium prætoris, non tantum ei qui inanem bonorum possessionem peteret, sed ipsi quoque prætori ludibrio esse videretur. Atqui nullo casu potest bonorum possessio secundum tabulas esse cum re, posteaquàm aperta est via succedendi ab intestato. Nullo igitur casu fieri potest, vt post querelam inofficiosi propositam quæ vicerit, tractari amplius possit de danda secundum tabulas bonorum possessione, nec proinde de bonorum possessione contra tabulas, cuius nimirum ius tamdiu duntaxat durat, quamdiu ius bonorum possessionis secundum tabulas, cùm per vtramque perinde succedatur ex testamento. Quod verò addit Parisius secundum casum, *Si prius testamentum ideo rumpatur, quod ex eo hereditas non adeatur*, non solùm imprudenter, sed etiam valde imperitè ac insulsè à tanto viro dictum mihi videtur. Non solùm quia non est hic modus rumpendi testamenti, si hereditas ex eo non adeatur, quandoquidem tale testamentum destitui dicitur, aut irritum fieri, non rumpi, quod longè diuersum est. *l. 1. D. de iniust. rupt.* Sed etiam, quia illud demum testamentum dicitur destitui & irritum fieri per non aditionem, ex quo adiri hereditas potuit aliquan-

aliquando. Atqui nunquam fieri potest, vt eiusdem hominis hereditas ex diuersis testamentis adiri possit, nec si vnus idémque heres in pluribus testamentis scriptus proponatur: multo minùs si ex diuersis testamentis, diuersi sint heredes. Ergo fatendum est in specie *d. §. si prius*, vel adiri hereditatem nunquam potuisse ex priore testamento, vel si adiri potuit aliquando, non ob id magis posse adiri ex secundo, quod desierit posse adiri ex primo. Non enim ex alio adiri vnquam potest, quàm quod fuerit cõfirmatum per legem moriente testatore, lex autem neque duo eiusdem hominis testamenta vnquam confirmat, si excipias militaria. *l. militis codicillis. 36. §. 1. D. de testam. milit.* neque pluribus factis testamentis vnquam confirmat posterius sub ea cõditione, si ex priore nemo hereditatem adibit, quia nihil lex vnquam agit sub conditione, sed semper purè & in ipso instãti mortis, ita vt testamentum quòd non confirmatur in eo instanti in quo testator moritur, confirmari postea nunquam possit. Dices fortasse, aliud esse de aditione hereditatis, aliud verò de agnitione bonorum possessionis secundum tabulas disputare, & faciliùs esse vt secundum posteriores tabulas detur bonorum possessio etiam futura cum re si ex prioribus hereditas adiri posse desierit, quàm vt ex posterioribus tabulis, quas lex nunquam confirmauerit, possit fieri aditio, quæ est ex iure ciuili, & ex lege. Ego verò contendo nihil prorsus hac parte inter ista interesse, quia neque secundum alias tabulas bonorum possessionẽ prætor dat, quàm quæ inspecto tempore mortis confirmatæ sint, vel à lege, vel saltem ab ipso prætore. Vnde etiam fit vt in danda eiusmodi bonorum possessione illud potissimum inspicere prætor soleat, an testator eo mortis tempore habuerit testamenti factionem. *l. 1. §. sufficit. D. de bonor. poss. secund. tabul.* Prætor autem nunquam confirmat duo eiusdem hominis testamenta non magis quàm lex. Cúmque non posit non confirmare testamentum prius, quod iure factum fuisse ponimus, ex eóque bonorum possessionem secundum tabulas deferre, etiam quæ cum re & effectu omnimodò sit futura, consequens est vt posterius testamentum in quo suus heres præteritus reperitur, confirmare nec posit nec debeat, neque ex eo bonorum possessionem secundum tabulas deferre, quam alioqui eodem tempore deferret ex diuersis testamentis. Eodem, inquam, tempore, quoniam si quando bonorum possessio secundum tabulas ex aliquo, siue priore, siue posteriore testamento defertur, eam necesse est non dico agnosci, sed deferri edicto prætoris, vel in ipso instanti mortis, vel nunquam. Deferri enim ex priore purè, ex posteriore verò sub ea veluti conditione, Si ex priore, neque adiri hereditas, neq; bonorum possessio secundum tabulas peti poterit, quomodo Parisius intellexit, nullomodo potest. Cõfirmari enim testamentum à lege, non illud est, Adiri ex eo hereditatem, sed tantùm adiri quandoque posse: sicut & confirmari testamentum à prætore, non illud est, Bonorum possessionem secundũ eas tabulas statim dari, sed dari aliquando posse. Planè, deferri statim vtramque hereditatem scilicet à lege, bonorum possessionem à prætore: quoniam delatio, siue hereditatis, siue bonorum possessionis est iuris, agnitio verò & acquisitio facti. Quæ iuris sunt, fiunt statim & purè, quæ verò facti in tempore. Neque simile est quod ex eo quoque testamento, in quo suus heres præteritus sit, si modo habet septem testium signa & subscriptiones, nec aliud quicquam obstet prætor, dat secundum tabulas bonorum possessionẽ, adeóque futuram cum re si frater præteritus iure suo vti, partémque suã fra-

tribus auocare nolit. *l. filio præterito. 17. D. de iniust. rupt.* Id enim fit cùm aliud testamentum nullum est, quod à lege vel à prætore confirmari posit, non etiam cùm aliud testamentum extat iure factum, cuius confirmationem, ex eóque delationem bonorum possessionis secundum tabulas nihil impedire posit, siue ciuili, siue prętorio iure. Denique facilius est vt testamentum imperfectum ex æquitate tueatur prætor cùm illud vnicum est, quàm vt eo casu quo aliud testamentum præcedit iustum & perfectum, quod tamen euerti necesse sit priusquàm posterior ratio aliqua haberi posit. Quid enim ageret prætor tuendo testamentum imperfectum, vt euerteret perfectum? Si vtrumque tueri & confirmare posset, faceret sanè pro sua æquitate, sed cùm non nisi alterutrum tueri posit & debeat, etiam ad deferendam ex eo bonorum possessionem secundum tabulas, nihil aliud facere potest quàm vt perfectum tueatur, imperfectum verò penitus deserat. Neque igitur hoc casu deferet vnquam bonorum possessionem contra posteriores tabulas imperfectas, secundum quas è cõtrario bonorum possessionem dare nunquam posset. In eo autem egregiè hallucinatur Parisius, quod Caium sic intelligit, acsi diceret in specie *d. §. si prius*, eo demum tempore posse filium præteritum in secundo testamento petere bonorum possessionem contra tabulas, quando iam ruptum fuerit prius testamentum, per querelam aut per non aditionem. Cùm tamen distinctio, quam Caius adhibet, casuum denotet diuersitatem non etiam temporum in eodem casu. Distinguit enim an casus talis sit, in quo heredes posteriore testamento scripti posint esse potiores ab initio & eo tempore inspecto, quo testamentum confirmari necesse est, & ciuili iure & prætorio, vel nunquam: an verò casus talis sit in quo ij qui posteriore testamento scripti sunt, nunquam posint esse potiores: vt priore demum casu posit filio præterito vtilis esse bonorum possessio contra tabulas, non etiam posteriore. At Parisius nulla casuum facta distinctione distinguit tantùm tempora in hunc modum, an filius præteritus velit petere bonorum possessionem contra posteriores tabulas eo tempore quo prius testamentum nondum fuerit ruptum per querelam aut destitutum, an postea, vt si postea sit audiendus, si antea non item: quę distinctio prorsus alia est, & à Iureconsulti sensu aliena. Nam illa casuum distinctio quam Caius facit, eò pertinet, vt vno casu audiendus sit omni tempore filius præteritus petens contra tabulas bonorum possessionem, id est etiamsi incipiat ab ea bonorum possessionis petitione, nec vnquam id egerit aut expectauerit vt prius testamentum, vel rumperetur, vel destitueretur, scilicet si potiores in ea hereditate futuri sint posteriore testamento scripti heredes. Alio autem casu, id est si non sint isti potiores futuri, nullo tempore audiendus sit hic filius, petens bonorum possessionem contra tabulas, id est nec si egerit querela, & obtinuerit, aut expectauerit, vt prius testamentum irritum fieret ac destitutum: quia bonorum possessionem contra tabulas, sicut & eam, quæ secundum tabulas defertur, necesse est, vel competere ex ipso instanti mortis, vel nunquam. Nempe cuius non possit ius ex aliquo futuro euentu pendêre, non magis quàm confirmatio ipsa posterioris testamenti. Illud etiam Parisij interpretationem destruit, quod Caius vt filio in posterioribus tabulis præterito det bonorum possessionem contra tabulas, requirit vt heredes in iis tabulis scripti potiores sint in ea hereditate *filio remoto*, id est subducta persona filij præteriti, & supposito quod filius hic præteritus nolit vti iure

suo,

ſuo, ita vt tota de hereditate controuerſia non inter alios diſcutienda ſuperſit, quàm inter eos qui ſcripti ſunt in priore teſtamento & eos qui in poſteriore. At Pariſius ſic Caium intelligit, vt filij præteriti perſonam factúmque interuenire neceſſe ſit ad victoriam poſterioribus heredibus contra priores comparandam. Quis enim præter filium ipſum proponere querelam poſſit ad rumpendum prius teſtamentum? Ita fit vt ſecundum Pariſij interpretationem poſteriore teſtamento ſcripti heredes potiores ſint heredibus ſcriptis in priore *propter filium*, quos tamen Caius vult potiores eſſe pro ſuo iure *filio remoto*, id eſt tales qui à filio quidem ipſo vinci poſſint, ſed qui tamen poſſint & ipſi vincere heredes in priore teſtamento ſcriptos, & hereditatem obtinere ſi filius non ſe interponat. Nunc iudicium eſto Doctiorum omnium an Pariſius melius & felicius quàm Bartolus Caij ſententiam ſit aſſecutus.

ERROR QVINTVS.

De teſtamento in quo ſuus heres præteritus eſt, & inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, an interim valeat de iure ciuili, donec filius dicat nullum.

EST hoc etiam vnum ex notabilibus Bartoli ad *dict. l. ſi duobus. 12. §. ſi prius. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Teſtamentum in quo filius eſt præteritus, ſi in eo inſtituti ſint venientes ab inteſtato valere interim de iure ciuili, donec filius dicat nullum. Sic enim ille ad *dict. §. ſi prius. numer. 3.* Notabile ſanè notabiliſsimum, ſi tam eſſet verum, quàm euidenter falſum eſt. Pugnat enim cum certiſsimis principiis iuris, quæ teſtamentum patris in quo filius in poteſtate præteritus ſit, nullo prorſus caſu nullóque tempore valere patiuntur, nec ſi filius ille præteritus decedat viuo patre, vt in præcedentibus diximus ex *l. ſi filius qui in poteſtate. 7. D. de liber. & poſthum.* Eſt namque hæc vna ex teſtamentorum ſollennitatibus & quidem præcipua, vt liberi omnes, qui vel teſtamenti, vel mortis tempore in patris poteſtate reperiuntur, omnimodo ſint, vel inſtituendi, vel exheredandi. *l. 1. & 3. D. de iniuſt. rupt. l. Gallus. 29. §. in omnibus. & l. ſeq. D. de liber. & poſthum.* Cúmque ſollennitates teſtamentorum non aliunde pendeant quàm à lege ipſa quæ & eas induxit, & his veluti anguſtiis teſtandi licentiam conſtringi voluit. *leg. teſtandi. 15. Cod. de teſtam.* quid obſecro, abſurdius eſſe poteſt, quàm exiſtimare in filij præteriti arbitrio & poteſtate eſſe an tale teſtamentum valeat necne? Ita namque fieret vt iuris ciuilis autoritas ex hominis voluntate penderet, quod prudentes nunquam admitterent, *l. ordine. 15. D. ad municip.* Neque verò Bartolus ipſe audet hoc dicere, Teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus ſit, interim valere donec filius dicat nullum, ſed propoſitionem hanc vt minùs abſurdam faciat, reſtringit ad eum caſum quo in huiuſmodi teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato. Quaſi omnium fauorabiliſsima ſint huiuſmodi teſtamenta, ex quibus hereditas defertur iis, qui etiã ſi non eſſent inſtituti, ab inteſtato tamen ſucceſſuri eſſent. Sed tamen in hoc quoq; nec minùs apertè labitur. Fauor enim horũ teſtamentorũ, in quibus,

instituuntur illi qui ab intestato essent successuri, planè nullus est si iuris ratio veterúmque prudentum autoritas consulatur: cùm primus Theodosius constituerit in *l. hac consultissima.21.§.vlt.C.de testam.* vt per tale testamentum etiam imperfectum rumpatur prius quantumlibet iure validum & perfectum. Theodosius verò etsi inuita iurisprudentia huiusmodi testamentis fauere voluit, hactenus tamen iis fauendum esse putauit, vt & prius testamētum posśint rumpere, & defuncti voluntas ex iis, si quinque testes habeant tuenda sit, at non etiam vt valeant quasi testamenta, cùm verbis constitutionis manifestè contineatur, vt valeant iure duntaxat vltimæ voluntatis ab intestato. Non igitur ex ea Theodosij lege argumentum sumi potest pro Bartolo, vt fauore legitimorum successorum magis valeat iure ciuili testamentum in quo præteritus sit suus heres quàm si alius extraneus quilibet in eo testamento institutus reperiretur. Quod sane quidem post Theodosij constitutionem verè id dici potest, quanto improbabilius obsecro est, quod vult Bartolus iam ipsis Caij temporibus idipsum obtinuisse? Et tamen vnus ille Caij locus est quo mouetur Bartolus, vt ita putet, hoc nimirum argumento, quod si non esset posśibile ex eiusmodi testamento in quo legitimi successores instituti essent, adiri hereditatem de iure ciuili primum testamētum per istud secundum non rumperetur: *d.l.si filius qui in potestate.* 7.*D. de liber.& posthum.l.cùm in secundo.16.D.de iniust.rupt.l.si quis eum.* 16.§.1.*D. de vulgar.& pupill.subst.* Atqui non dubitat Bartolus, quin Caij sententia sit in specie *d.§.si prius*, testamentum prius rumpi per posterius, quia non potest videre quanam alia ratione fieri queat, vt filius in secundo testamento præteritus, & in primo exheredatus posśit petere bonorum posseśsionē contra tabulas posteriores quandiu priores subsistunt. Nec tamen potest ille dicere, tantam vim regulariter esse testamenti in quo præteritus sit filius in potestate vt prius testamentum perfectum posśit rumpere, quoniam videt à Paulo contrà responsum in *d. l. si filius*.7. Quid ergo? Locos istos sic conciliat, vt apud Paulum non rumpatur prius testamentum per posterius in quo præteritus sit filius in potestate, quia inquit non erant in illa specie instituti veniētes ab intestato. Apud Caiū verò rūpatur, quia instituti erāt ab intestato successuri. Omnia diuinatiuè & commētitiè. Quis.n. Bartolo reuelauit restringendā Pauli sententiā, quę alioqui generalis est ad eum casum quo extranei fuerint instituti potiùs quàm liberi? An forte faciliùs aut sępius solet illud contingere vt quis filium suum quem in potestate habet, prętereat propter extraneos quàm propter alios liberos? Rursum vt iam disputauimus in prçcedentibus, quid est apud Caium ex quo posśit coniici velle illum & pro supposito habere, vt prius testamentum in quo filius fuerat exheredatus rumpatur per prius in quo idem filius fuit prçteritus? Ac prçterea quid in toto illo Caij responso, quod vel minimam coniecturam prçbeat institutionis posteriore testamento collatę in legitimos succesśores? Sunt igitur omnia ista commentitia & nugatoria. Sed & prçuidet Bartolus posse sententiam suam fortiter impugnari ex eo quod Papinianus noster respondit in *leg. filio præterito.17.de iniust.rupt. testam.* filio prçterito qui fuit in patris potestate, & fratribus eius institutis, etiamsi ille bonis patris se abstineat, nec fratribus auocet partem suam hereditatis, tamen ex subtilitate iuris testamentum nō valere, ideóq; nec legata nec libertates ipso iure competere, sed ex bono & æquo tantùm defendi. Respondet autem planè incertus & nescius quid habeat re-

beat respondendum. Si teneamus, inquit, fuisse hoc additum à compositoribus quod scriptum est in *l.2. D.eod.tit.* vt rumpatur prius testamentum perfectum per posterius imperfectum, in quo instituti sint venientes ab intestato, habeo respōsionem claram, quod lex Papiniani respexit iura antiqua, si verò intelligimus quod hoc erat de iure antiquo, pro solutione cogita. Fatetur ergo Bartolus quod nec quisquam negare possit, inspecto iure vetere non posse defendi testamentum in quo filius in potestate præteritus est, etiamsi in eo fuerint instituti venientes ab intestato. Quod cùm ita sit, cur igitur à Caio aliter responsum fuisse arbitratur? Aut quid est obsecro in toto Caij responso, quod possis dicere fuisse à compositoribus immutatum? Aut quomodo fieri potest, vt per tale testamentum posterius imperfectum, rumpatur prius perfectum, si posterius tale est ex quo nunquam adiri pōssit hereditas? Et verò, nec Bartolus ipse diffitetur ad *dict.l.si filius. 7. de liber. & posthum.* testamentum in quo filius præteritus est tale esse, vt nunquam ex eo pōssit adiri hereditas, licèt velit conualescere illud ex æquitate pretoria per expressam filij approbationem: hactenus vt ex eo dari possit bonorum possessio secundùm tabulas. In quo tamen etiam fallitur: non enim iuris prætorij magis quàm iuris ciuilis autoritas pendere potest ex filij præteriti arbitrio & voluntate, quod tamen contingeret si iure prætorio conualesceret testamentum propter filij præteriti adprobationem. Quare nec sic Papinianus loquitur in *dict. l.filio*, vt dicat conualescere testamentum, siue ciuili, siue prætorio iure, tametsi filius se abstineat bonis patris, sed hoc tantùm ait defendi voluntatem patris ex bono & æquo etiam quod ad legata & libertates, quod sic accipiendum est non vt testamentum conualescat iure prætorio [testamentum enim quod moriente testatore non valuit iure prætorio postea conualescere nunquam potest] sed vt ex eo testamento, si modo fuerit septem testium signis signatum, potuerit prætor dare bonorum possessionem secundùm tabulas quam dat de plano, & sine causæ cognitione etiam ex eo testamento quod nullum sit de iure prætorio futuram, nimirum sine re, si frater præteritus iure suo vti velit, quæ tamen non posset esse sine re, si daretur ex eo testamento quod iure prætorio valeret, vt in specie *l. posthumus. 12. eod. tit.* At cùm filius præteritus iure suo vti non vult, seque abstinet bonis patris, ea bonorum possessio quæ tanquam data ex inutili testamento futura erat sine re, si filius iure suo vti voluisset, euadit in bonorum possessionem cum re, sed ex euentu potiùs quàm ex aliqua, siue ciuilis, siue prætorij iuris ratione, & vt loquitur *leg.2. D. de rius.* occasione potiùs quàm iure, quia nemo est, qui rem eis auferre velit, quibus prætor dederat eam bonorum possessionem. Postequàm verò cœpit ea bonorum possessio esse cum re, non ex autoritate iuris prætorij, sed facto solo & voluntate filij præteriti, qui ius suum exequi noluit, succedit æquitas iuris prætorij, quæ facit non vt conualescat testamentum [quia enim necesse est conualescere, cùm iam habuit effectum?] sed vt perinde teneantur heredes scripti ad præstanda legata & libertates, acsi testamentum iure ciuili valuisset, & eo prorsus modo quo tenerentur, etiamsi rupissent ipsi testamentum per contra tabulas occasione fratris præteriti, qui tamen iure suo non vteretur, vt in specie *leg. nonnunquam. 14. D. de legat. præstand.* Et quemadmodum ridiculus esset qui diceret in ea specie *dict. l.*

nonnunquam. conualescere iure prætorio testamentum ob id solùm quod filij qui accepissent bonorum possessionem contra tabulas, obligati essent ad præstationem omnium legatorum, cùm è contrario ruptum fuerit iure prætorio per contra tabulas, quod antea & ciuili & prætorio iure valebat. Ita multo magis ridiculi sunt illi qui cum Bartolo defendunt testamentum in quo filius in potestate præteritus est, quod constat nullum esse, nec minùs prætorio quàm ciuili iure, conualescere postea iure prætorio per solam filij præteriti abstentionem. Moti ex eo tantùm quòd fratres instituti incipiant ex eo tempore debere legata. Quasi bona sit consecutio, Legata omnia debentur, ergo testamentum conualuit: quæ tamen est inepta. Nam si legata deberi possunt, tum quoque cùm testamentum iure prætorio ruptum fuit per bonorum possessionem contra tabulas, ita vt non eo magis testamentum conualescere dicatur, quid prohibet legata deberi æquitate prætoria ex eo testamento, quod neque validum, neque ruptum vnquam fuerit, quódque nec hodie conualescat? Eadem namque ratio vtroque casu locum habet ad heredes scriptos præstationi legatorum obligandos, quod quamuis testamentum sit & maneat, vel nullum, vel ruptum, neque minùs prætorio quàm ciuili iure, tantundem tamen illi ex hereditate consequuntur fratre præterito se abstinente quantum consequerentur, si testamentum iure ciuili nedum prætorio valeret. Cur non ergo tantundem præstabunt? Neque enim occasio fratris præteriti lucro adficere debet fratres institutos cùm præteritus iure suo non vtatur, quemadmodum eleganter ratiocinatur Vlpianus in *dict. l. nonnunquam*, de quo & nos plura scripsimus *lib. 10. Coniect. cap. 14. & in Error. 3. Decad. 13.* Ex his verò apparet, cùm filius præteritus iure suo vtitur, & auocat hereditatis partem fratribus, siue per contra tabulas, siue ab intestato, nihil enim refert, non incipere nullum esse, aut apparere testamentum quod iam antea, & fuit & apparuit omni iure nullum, sed incipere in eo esse, vt exinde non possit prætor ex eiusmodi testamento bonorum possessionem secundum tabulas dare, quippe quæ nullo amplius casu cum re, & effectu esse posset, aut si quam iam antè dederat, fiat ea inanis, & nullius omnino commodi, etiam pro iis partibus quas instituti fratres ab intestato habere deberent, cùm fieri nequeat, vt vno ex fratribus ab intestato succedente, aut ex testamento quidem, sed per contra tabulas, duret ius bonorum possessionis secundum tabulas, quæ ex diametro aduersatur, & bonorum possessioni contra tabulas & successioni intestati. Adeo vt facilius sit bonorum possessionem contra tabulas euadere in bonorum possessionem secundum tabulas, vt in specie *dict. l. nonnunquam.* quàm vt duæ istæ bonorum possessiones secundum tabulas & contra tabulas in eandem successionem possint concurrere, aut bonorum possessio secundum tabulas cum successione intestati. Sed & illud quoque Bartolum malè habuit quod non potuit videre ad *dict. §. si prius*, quomodo possit bonorum possessio contra tabulas dari aduersus testamentum, in quo fuit præteritus filius, etiamsi in eo scripti sint venientes ab intestato, cùm tale testamentum non defendatur tanquam testamentum, sed iure voluntatis intestati *dict. l. hac consultissima. 21. §. vltim. C. de testament.* De quo sequenti capite tractandum erit. Sed illud interim monendum, in eo etiam errare Bartolum quod vult Theodosij

dosij constitutionem in *dict. §. vltim.* hunc quoque casum complecti quo præteritus sit vnus ex filiis ab intestato successuris, quod certè non ita est. Nam neque constitutiones quæ fauent testamentis parentum inter liberos ad hunc casum pertinent, cum fieri nequeat, vt instituti sint venientes ab intestato cùm aliquis ex liberis, aut præteritus fuit, aut exheredatus, vt disputauimus Decade superiore. Et melius idem Bartol. ad *dict. leg. si filius*, vbi probat opinionem Accursij ad eum locum existimantis constitutionem Theodosij in *dict. §. vlt.* cessare, si quis ex liberis in potestate constitutis præteritus proponatur. Nec sanè mutasset sententiam ad *dict. §. si prius*. nisi responsum Caij, cuius neque sensum, neque rationem percipere potuit, eum fefellisset.

ERROR SEXTVS.

De bonorum possessione danda contra tabulas, in quibus præteritus fuit suus heres.

CVM tabulæ in quibus præteritus est filius qui fuit in potestate, nullę sint ipso iure, siue ius ciuile, siue prætorium spectemus, vt proximo capite disputauimus, mirum videtur Bartolo ad *l. si duobus. 12. §. si prius. D. de bonor. possess. contr. tabul.* quod eo loco Caius scribit contra huiusmodi tabulas dandam nihilominus esse filio pręterito bonorum possessionem. Nec miror sanè id aliis quoque interpretibus non minùs quàm Bartolo mirum fuisse: siquidem certum est bonorum possessionem contra tabulas, quæ sine re & effectu nunquam esse potest, non aduersus alias tabulas competere quàm ex quibus, vel adiri hereditas posit iure ciuili, vel bonorum possessio peti iure prætorio. *l. quod vulgo. 19. eod. tit.* quorum tamen neutrum videtur dici posse de iis tabulis, in quibus pręteritus fuit filius in potestate: sed miror neque Bartolo, neque alij vlli interpreti venisse in mentem, quid respondendum sit ad hanc obiectionem. Nihil enim aliud habet Bartolus quod respondeat, nisi quod ait quando testamentum deficit ratione omissę sollennitatis non posse dici propriè testamentum, sed quando adsunt sollennitates licèt facta sit pręteritio, tunc esse propriè testamentum: vel, inquit, licèt non sit propriè testamentum, tamen est vltima voluntas contra quam datur contra tabulas. In quibus verbis tres potissimùm errores continentur. Primus ille, quod de sui heredis præteritione sic tractat Bartolus, quasi non sit hæc vna ex sollennitatibus testamentorum, cùm putet fieri posse, vt testamentum sit solenne, etiam in quo suus heres, neque institutus fuerit, neque exheredatus. Quod tamen non ita est: nam inter cętera quę ad ordinanda testamenta necessariò desiderantur, pro solẽnitate, principale ius est de liberis heredibus instituendis vel exheredandis, inquit idem Caius noster in *l. inter cætera. 30. de liber. & posthum.* Vnde fit vt cùm ea demùm testamenta, non iure facta dicantur, in quibus iuris sollennia defuerunt. *l. 1. D. de iniust. rupt.* iniusta quoq; dicantur illa in quibus pręteritus fuit

filius iam natus qui debuerat vel institui vel exheredari, *leg.* 3. §. *ex his apparet. eod. titul.* Quid enim aliud est testamentum iniustum quàm quod non iure factum est. Etsi hoc amplius est in testamento in quo præteritus fuit suus heres quod dicitur esse nullius momenti, quo etiam nomine si quis donauerit alia testamenta non iure facta is proculdubio non errauerit, cùm testamentorum iura & vires pendeant à iuris & legum autoritate *leg. verbis legis.* 120. *l. lege obuenire.* 130. *de verb. signific.* tametsi Papinianus hæc duo tanquam separata vsurpet in *dict. leg.* 1. *de iniust. rupt.* Indéque etiam est quod huiusmodi testamentum in quo suus heres præteritus est, imperfectum appellat Caius in *dict.* §. *si prius.* quippe quod non suas omnes partes habeat, & sollennitates. Secundus Bartoli error est huic finitimus, quod audet adfirmare testamentum propriè esse etiam in quo suus heres præteritus sit. Quomodo enim testamentum propriè dici potest si non modo imperfectum est [nam & imperfecta testamenta dicimus non propriè & simpliciter sed secundum quid, *Nouell.* 107. *de testam. imperf.* quomodò dicimus hominem mortuum vel pictum] sed etiam nullius omnino momenti *dict. leg.* 1. *leg. si filius.* 7. *D. de liber. & posth.* Quanquam non perstat Bartolus nisi dubitanter in hoc errore: Subiicit enim, *vel licèt non sit propriè testamentum tamen est vltima voluntas contra quam datur contra tabulas.* Hic verò tertius Bartoli error est quod putat bonorum possessionem contra tabulas dari contra quamlibet vltimam voluntatem, etiam quæ ab intestato duntaxat locum habere posset. Quod si ita esset, daretur ergo contra codicillos ab intestato factos, contra fideicommissum per epistolam relictum, adeóque contra donationem causa mortis. [Nam hæ omnes species sunt vltimæ voluntatis] quod tamen nemo vnquam dixit, nec dicet nisi qui planè bardus & stultus videri volet. In ea verò vltimæ volunta is specie de qua nunc tractamus, id est quæ collata fit in testamentum imperfectum in quo præteritus fuerit filius in potestate, & instituti venientes ab intestato, si hoc demus Bartolo, quod proximo capite negauimus vt ad hunc casum protrahi possit constitutio illa Theodosij quæ extat in *dict. leg. hac consultissima.* 21. §. *vltim. Cod. de testam.* non posse verum esse, quod vult Bartolus infirmari eam posse ac debere per bonorum possessionem contra tabulas, ex eo intelligimus quod Theodosius huiusmodi testamentis hactenus duntaxat fauet, vt voluntas in iis declarata defendatur non tanquam testamentum sed iure intestati. Quo præsupposito relinquitur necessariò vt non possit ea voluntas admittere vsum bonorum possessionis contra tabulas, cuius effectus in eo totus est, vt & rumpat testamentum, & faciat vt ex testamento succedere dicatur is qui & succedendo rumpit, & rumpendo succedit. §. *sunt autem. Institut. de bonor. possess.* Quomodo enim posset bonorum possessio contra tabulas aut rumpere testamentum, aut aperire viam successioni testamentariæ, cùm voluntas vltima de qua rumpenda agitur vires ex seipsa nullas habet nisi ab intestato? Falsum igitur est, quod vult Bartolus contra testamentum imperfectum de quo agitur in *dict.* §. *vltim. leg. hac consultissima.* id est etiam in quo instituti sint venientes ab intestato posse dari bonorum possessionem contra tabulas. Nec si proponas testamentum illud non laborare vicio præteritionis, sed qua alia ratione imperfectum esse, propter omissam sollennitatem aliquam circa testium vel

numerum.

numerum, vel signacula, vel subscriptiones. Neque tamen eo minùs verum est quod Caius scribit in *dict. §. si prius.* Aduersus eas tabulas in quibus filius præteritus sit qui erat in potestate, bonorum possessionem filio præterito vtiliter dari posse: Sed indiget hoc explicatione: Nimirum vt eo demum casu verè hoc dicatur, quo tale testamentum in quo filius præteritus est cæteràs suas habeat sollennitates iure etiam prætorio requisitas, id est quantum ad testium numerum, signacula & subscriptiones. Nam quod modo disputauimus contra Bartolum, esse hanc vnam ex sollennitatibus testamentorum, vt suus heres vel instituatur vel exheredetur, iure quidem ciuili verũ est ex quo sui heredis nomen & ius descendit, sed non etiam iure prætorio, quod sicut abhorret ista nomina ciuilia, vt inducat aut potiùs retineat naturalia. Ita nihil aliud exigit ad hoc vt deferat bonorum possessionem secundùm tabulas, nisi vt tabulæ proferantur septem testium signis signatæ non rosæ nec rasæ aut cancellatę, & vt ab eo factæ sint, qui testamenti factionem habuerit vtroque tempore & testamenti, & mortis, *dict. leg. 1. & pass. D. de bonor. possess. secund. tabul.* Itaque vicium prçteritionis sui heredis licèt faciat testamentum nullum & iniustum, non minùs prętorio iure, quàm ciuili [vt ex eo constat quod suo herede prçterito prętor statim defert liberis bonorum possessionem ex capite. Vnde liberi ab intestato non expectata prçteriti voluntate an patris testamentum adprobaturus sit, néc ne *l. 1. in fin. D. si tab. test. null. ex tab. leg. vltim. D. de liber. & post.* quia tamen nón pertinet ad sollennitates quas ius prętorium agnoscit, non impedit quominùs ex eo testamento in quo suus heres prçteritus est, bonorum possessio secundùm tabulas dari posit. Prçsertim cùm ea species bonorum possessionis sit ex illarum numero quę non solùm de plano dantur & sine causę cognitione, sed etiam plerunque sine re & sine effectu. Qualis vtique semper illa est quę datur secundùm tabulas in quibus suus heres prçteritus fuit, si modò velit ille ius suum exequi sine vindicando hereditatem iure ciuili ab intestato siue petendo contra tabulas bonorum possessionem. Nec enim concessa bonorum possessio secundùm tabulas impedit ne filius prçteritus ius suum etiam per prętorem ipsum exequatur. At quia fieri potest vt ea bonorum possessio quam prętor heredi scripto dedit secundùm eas tabulas in quibus suus heres prçteritus fuit, euadat aliquo casu in bonorum possessionem vtilem, efficacem, & cum re. Nempe si filius prçteritus exequi ius suum nolit, malítque paternis bonis abstinere. Inde est quod non inutiliter prętor dat bonorum possessionem contra eas tabulas, secundùm quas heredi scripto bonorum possessionem vel iam dederit vel dare saltem potuerit: quia non potest ea bonorum possessio contra tabulas esse sine re & effectu, cùm faciat vt secundùm eas tabulas bonorum possessio vel dari exinde nunquam posit, vel si qua data fuerat, ea desinat posse vnquam esse cum re & cum effectu: Qui sensus est, *leg. quod vulgo. 19. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Quare ad rem non pertinet quod tabulę illę sint ipso iure nullę, nec minus quod ad ius prętorium attinet, quàm quod ad ius ciuile. Id enim facit duntaxat vt neque ex iis adiri posit iure ciuili hereditas, neque iure prætorio peti secundùm eas talis bonorum possessio quę omnino sit futura cum re, qualis vtique esset illa quam ex iis tabulis prętor daret si testamentum in quo prçteritus fuit fi-

lius pro iusto & valido haberet. Sed non facit vicium illud preteritionis, vt non possit secundùm eas tabulas dari bonorum possessio ex euentu futura vel sine re si filius preteritus ius suum exequetur, vel cum re si mallet ille abstinere bonis patris. Vt verò fiat illa sine re, quid interesse potest an filius preteritus ius suum exequatur vindicando hereditatem iure ciuili, an petendo contra tabulas? Aut cur non suo heredi preterito dabit pretor bonorum possessionem contra tabulas quam daret preterito emancipato? Etsi enim suo herede preterito hoc amplius est quod testamentum vtroque iure ciuili, & pretorio nullius est momenti, non item cùm preteritus fuit filius emancipatus. Attamen quod ad pretorem attinet qui in danda liberis bonorum possessione nihil nisi naturale liberorum nomen intuetur, reiecta suitatis & emancipationis distinctione, nihil prorsus interest an qui preteritus est suus fuerit, an emancipatus, dummodo fuerit ex iis liberis quos pretor possit & debeat habere in numero liberorum: Nec ad alium finem inductum est à pretore beneficium bonorum possessionis contra tabulas, nisi vt emancipatis preteritis succurreret ad exemplum eius quod iure ciuili constitutum erat fauore suorum preteritorum, ***leg. non putauit. 8. in princip. D. de bonor. poss. contr. tab.*** vt proinde mirandum non sit dari à pretore bonorum possessionem contra tabulas etiam suo preterito. Ne alioqui ei noceat, quod plus iuris habet quàm emancipatus in eo, vt testamentum non magis ciuili quàm pretorio iure valere patiatur. Id namque facere quidem potest facitque vt suus heres preteritus vindicare possit hereditatem iure ciuili citra auxilium iuris pretorij quod necessarium est preterito emancipato, sed non debet eripere suo heredi commodum bonorum possessionis contra tabulas, quam pretor daret preterito emancipato: His consequens est, vt si tabulę in quibus fuit suus heres preteritus septem testium signis signatę non sint, non possit locus esse bonorum possessioni contra tabulas etiamsi liberi soli ab intestato successuri in iis scripti proponantur, ne quidem post supradictam Theodosij constitutionem, quia neque bonorum possessio secundùm eas tabulas dari à prætore posset, ne quidem talis quæ sine re semper & omni casu sit futura. Et consequenter non posset dici quem effectum haberet ista bonorum possessio contra tabulas, quæ tamen sine re & effectu esse nunquam potest ***dict. leg. quod vulgo in fin.*** Ex quo fit tanto manifestius quod sæpius diximus in præcedentibus, responsum illud Caij in quo interpretando tam infeliciter laborat Bartolus, nihil habere commune cum Theodosij constitutione in ***dict. leg. hac consultissima. §. vltim.*** Caius enim dat suo heredi præterito bonorum possessionem contra tabulas, sed præsuppositis terminis habilibus, id est, ita demum si septem testium signis fuerint signatæ, siue ab intestato venientes siue alij penitus extranei fuerint instituti. Theodosius verò ea demum testamenta imperfecta tuetur iure voluntatis intestati, quæ non modo legitimorum heredum institutionem contineant, sed etiam in testium sollennitate deficiant, dum ne pauciores testes habeant quàm quinque. Itaque ridiculum est tractare de accommodanda bonorum possessione contra tabulas ad casum Theodosianæ constitutionis. Sed vel od id præterea maximè, quod neque Theodosius casum illum complexus est quo aliquis ex liberis præteritus reperiretur, vt monuimus ad finem capitis præcedentis,

& alibi

& alibi sæpe. Aliquem autem ex liberis præteritum fuisse necesse est quoties agitur de bonorum possessione contra tabulas, quippe quæ non datur nisi liberis vel præteritis, vel interdum etiam instituti quidem, sed occasione fratris præteriti edictum committentis *leg. is qui in potestate. 15. & leg. seq. D. de legat. præst.*

ERROR SEPTIMVS.

De clausula derogatoria in priore testamento ad posterius impediendum apposita.

NON est grauior alius nostrorum error circa testamenta & periculosior, nullus tamen & in scholis & in foro frequentior, quàm hic quem antiqui glossatores inuexerunt, De potestate clausulæ derogatoriæ appositæ in priore testamento ad posterius impediendum. Sic enim omnes vno ore sentiunt, Huiusmodi clausulæ derogatoriæ vim illam esse ac potestatem vt nullum & inualidum faciat posterius testamentum quantumlibet sollennitatibus iuris omnibus subnixum, nisi in posteriore testamento facta sit expressa mentio & reuocatio clausulæ derogatoriæ. *Secuti glos. ad leg. si quis in principio. 22. de legat. 3. vbi Bart. & alij tractant, Bald. Salycet. & alij ad leg. sancimus. Cod. de testam.* Solus Iacobus de Aretio iam olim errorem hunc & detexit & impugnauit. Distinguens vt Bart. refert ad *dict. leg. si quis. num. 4.* An verba sint derogatoria actus testandi, an verò alicuius duntaxat sollennitatis in testamento adhibendæ, an voluntatis tantùm. Vt prioribus duobus casibus nihil operentur, quia nemini liceat aut intestabilem se facere, *leg. stipulatio hoc modo concepta. 61. D. de verb. obligat.* aut sollennitates testamentorum quæ iuris publici sunt immutare, *leg. Diui. 6. §. licet. D. de iur. codicill.* Tertio autem casu valeant & operentur nisi expressa interueniat reuocatio prioris voluntatis ex *dict. leg. si quis in principio. & leg. si mihi & tibi. 12. §. vltim. de legat. 1.* Sed ea distinctio & sententia Iacobi, quamuis à Bartolo probata quantum ad verba derogatoria apposita circa possibilitatem ipsam testandi, vt ille loquitur, à cęteris tamen omnibus vulgo improbata penitusque explosa est, vt testatur Guid. Pap. *quæst. 127. num. 2.* & nominatim Bartolum quoque reprehendit Salycetus ad *dict. leg.* sancimus existimans verba derogatoria etiamsi possibilitatem ipsam testandi respiciant, perinde tamen effectum habere si non expressim reuocentur, ratione illa quòd quantumcumque pręcisa sint non auferant liberam testandi facultatem cùm possint reuocari si testator expressim & specialiter dixerit in posteriore testamento pœnitere se prioris voluntatis. Istorum autem omnium ratio quam adferunt illa est, quòd verba derogatoria vim habeant cuiusdam protestationi pręambulę, quæ proinde declarat in secundo testamento deesse voluntatem ex *leg. & si quis. 14. §. plerique. D. de relig. & sumpt. funer. leg. qui in aliena. 6. §. vlt. D. de acquir. her.* Quo præsupposito dicunt secundum testamentũ non esse testamentũ neq; secundũ diffinitionẽ testamẽti positam in *l. 1. D. qui test. facer. poss.* neq; secundùm allusionẽ vocabuli de qua Iustin.

in princip. titul. Institut. de testament. sed esse quoddam cimbalum tinniens, dans sine mente sonum, per quod videtur testator apparenter complacere, sed non cum effectu, vt loquitur M. Anton. Natta. *consil. 639. incip. partuam dubitationem. numer. 3.* vbi addit, primum testamentum hoc casu non tam esse primum, quàm solum quia secundum est nullum deficiente consensu, & supremam voluntatem non minùs hîc præualere, quamuis postrema scriptura non præualeat. Adeo autem sibi placent interpretes in hoc errore, vt non dubitent adfirmare idem dicendum esse etiamsi extaret statutum, quòd vltimum testamentum teneret, non facta mentione verborum derogatoriorum in primo appositorum. Quia, inquiunt, tale statutum esset nullum quasi factum aduersus ius gentium, quod requirit in testamento voluntatem testantis, quam non habet secundum testamentum, propter præcedentia verba primi, vt consuluit Paulus Castrens. *consil. 344. incipient.* videtur sine dubio dicendum *lib. 2.* quem supradicto loco refert, & sequitur Natta. Addens etiam pro confirmatione, quòd secundum testamentum in hac specie est simulatum, cùm testator nihil intendat agere propter protestationem præcedentem. Vnde, inquit, statutum disponendo quod vltimum testamentum teneat, non obstantibus verbis derogatoriis primi, videtur remouere ne possit excipi de simulatione contra vltimum testamentum. Atqui statutum remouens exceptionem simulationis est nullum, quia est contra ius naturale, siquidem vbi deficit consensus ibi deficit ius naturale. *leg. 1. §. conuentionis. D. de pact. Bald. consil. 118. præmittendum est. colum. 2. lib. 4.* Tale igitur statutum si quod extaret esset nullum & extraordinario etiam ecclesiæ subsidio, si aliud non competeret, eneruandum. Ego verò illud primùm miror tam absurdam sententiam, & à notissimis iuris principiis alienam à tot interpretibus, sine vllo iuris loco probari potuisse. Nam cùm in libris nostris tot sint exempla plurium testamentorum ab eadem persona conditorum, nusquam tamen videas, aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam esse vspiam mentionem clausulæ derogatoriæ in priore testamento appositæ ad posterius impediendum, sed passim & generaliter traditum. Posteriore testamento rumpi prius & consequenter euerti omnia quæ in priore continebantur, ac proinde ipsam quoque clausulam derogatoriam si qua erat, dummodo posterius fuerit iure perfectum. *leg. 1. & 2. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testament. l. si quis priore. 29. D. ad Senatusconf. Trebellian. §. posteriore. Institut. quib. mod. testament. infirm.* & aliis innumeris iuris locis. Nimia ergo audacia ista est tot iuris locos per hanc exceptionem restringere, quæ nulli vnquam Iureconsultorum, aut Imperatorum in mentem venerit, si non sit apposita clausula derogatoria in priore testamento, aut certè imprudentes valde fuerunt Iureconsulti nostri, quos tamen prudentes solemus dicere, qui de tam mirabili clausula cuius tam frequens hodie in testamentis vsus est, nihil vnquam scripserint aut cogitarint. Nam quod solent nostri obiicere ex *dict. leg. si quis. in principio. 22. de legat. 3.* longè alienum est à proposita disputatione. Ibi enim agitur de clausula derogatoria legati in eo ipso testamento relicti, in quo etiam clausula derogatoria adiecta proponatur. At nos tractamus de clausula derogatoria apposita in priore testamento ad impediendum aliud testamentum, & posterius & perfectum.

fectum. Inter quos casus euidens differentia illa est, quod legata licèt nuda voluntate &, sine verbis non relinquantur, nuda tamen voluntate adimi possunt. *leg.3. §. vlt. & l. seq. D. de adim. legat.* Testamenta verò sicuti nuda voluntate non constituuntur. *l. qui ex liberis.11. §. testamento. D. de bonor. possess. secund. tabul.* ita neque nuda voluntate tolluntur. *§. ex eo. Instit. quib. mod. testament. infirm.* Immo quod totius disputationis huius caput est, & quod neque Iacobus de Aretio, neque alius quisquam dixit, nuda voluntate impediri non potest testamentum, si cætera omnia concurrant, quæ lex necessaria esse vult ad testamentum ordinandum. Hoc volo dicere, Si quis dicat se velle facere testamentum, & coram idoneo numero testium instituat heredem, & adhibeat omnes sollennitates quæ in testamento, siue in scriptis, siue nuncupatiuo requiruntur, valere proculdubio testamentum, etiamsi testator re vera non habeat animum testandi: nec licere hoc casu testanti etiamsi maximè velit actum facere inutilem & derisorium defectu suæ voluntatis, si modò in cæteris omnibus satisfaciat voluntati legis. Ratio est, quoniam quisquis testatur facit legem, ideòque verbis legis & imperatiuis vti cogitur. Vnde est quod lex duodecim tabularum in permittenda testamenti factione, vt vno verbo & heredum institutiones, & legata, & libertates, & tutelas complecteretur vsa est verbo *legassit. l. verbis legis. 120. de verborum significat.* quod nihil aliud est quàm *per legis modum disposuerit.* Facit ergo id quod & solus, & vniuersus populus facere posset & deberet, quia solius populi est legem facere Senatorio, magistratu interrogante. *§. lex est. Instit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Itaque sicuti ridiculus esset, qui post legem ab vniuerso populo latam vellet dicere, & probare populum non habuisse voluntatem legis ferendæ. Et ille magis qui posteaquàm Consuli legem roganti, respondisset sollenne illud verbum, *Vti rogas*, vellet dicere nón habuisse se tunc animum seriò respondendi, & ad legem ferendam concurrendi, [quid enim aliud id esset quàm illudere legibus & reipublicæ ?] Ita æquè ridiculus est quisquis testando faciens legem iure ac nomine populi vniuersi, & omnes adhibendo necessarias sollennitates, putat tamen adhuc se posse nihil agere, si modò intra se id agat, vt nihil agat. Quatenus enim testando legem facit, totius populi corpus repræsentat: quatenus autem id mente agitat, vt non habeat voluntatem testandi, priuatum hominem agit. In eo igitur conflictu actus & voluntatis actui contrariæ magis inspiciendum est quod vniuersus populus fecisse creditur, quàm quod facere noluit homuncio, quem non puduit tam impudenter abuti legibus, vt iis ipsis illuderet. Idque adeò verum est, vt etiamsi quis per vim dolúmve alterius condiderit testamentum, licèt neque possit ei quicquam imputari, neque de ipsius voluntate dubitari, quod eum heredem habere noluerit quem scripsit, valeat nihilominus testamentum, nec aliud remedium supersit, nisi vt ei, qui sic scriptus est, hereditas tanquam indigno auferatur. *l. 1. l. 2. §. vlt. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coeg.* Non enim relinqui debet quęstio voluntatis in eo actu qui habeat non solùm expressa verba voluntatem id ipsum agendi declarantia [quorsum enim verba nisi vt significent id ipsum quod exprimunt: inquit IC. in *l. Labeo. 7. in fi. D. de supell. legat. l. ille aut ille 23. l. non aliter. 6. de legat. 3. l. si alij. 19. D. de vsufr. legat.*] sed interuenientem quoque iuris &

legum autoritatem, adeóque qui actus ipse nihil aliud sit quàm lex. Neque a rem pertinet si quis obiiciat testamentum, non aliter aut vim, aut nomen legis habere posse, quàm si adsit voluntas testantis. Etsi enim non nego testamentum sine voluntate nullum esse posse. Id tamen eò pertinet, vt non alia voluntas per legem confirmata dici possit, quàm quæ in testamentum collata sit, at non etiam vt post testamentum sollenniter conditum liceat de viribus eius dubitare hoc solo prætextu quasi conditum sit testamentum sine voluntate testandi. Nam neque post priuatam stipulationem audiendus esset, qui diceret se aduersario suo non nisi seriò stipulanti non seriò respondisse. Quantò minùs ergo audiendus est qui post legem in testando factam, responsóque totius populi nomine quasi ad Consulis interrogationem dato, negat seriò à se responsum fuisse? Lex siquidem ex parte sua nihil agit perperam & in vanum, sed omnia vt prudenter, ita seriò. Nec igitur pati potest vt testatori, cui legis auxilium, quò testari possit imploranti, idipsum seriò indulserit, liceat postea dicere id se non seriò implorasse, & testandi voluntatem à qua testamentum incipere debuerat, nunquam habuisse. Quid enim absurdius quàm eum qui testamentum se facere dixerit, quíque mentem suam adeò sollenniter testatus & contestatus sit adhibitis tot testibus, postmodum negare quod vnquam habuerit animum testandi? An non est hoc euidentissimum & impudentissimum mendacium? Neque verò hoc negant interpretes, qui vt diximus testamentum posterius propter clausulam derogatoriam in priore adpositam, simulatum esse volunt. Neque enim simulatio quicquam aliud quàm mendacium est. At quis vnquam audiit licere cuipiam sibi ipsi mendacium suum obiicere, & mendacij sui consequi fructum? Frequentissima est, fateor, allegatio & exceptio simulationis, sed in contractibus quia eam qui obiicit, aduersario suo obiicit non sibi, at non etiam in testamentis quæ pendent ex solius testantis voluntate, cui proinde non est permittendum, vt legis decipiendæ gratia quicquam faciat simulatè. Nam si simulatio in priuati necem facta legibus semper vindicatur, quanto magis ea vindicanda est, quæ fit in fraudem & derisionem legum, adeóque quod plus est, in actu ipso legis faciendæ. Dices fortasse pro interpretibus, non aliam simulationi pœnam à legibus constitutam esse, quàm vt omnia simulatè gesta pro infectis habeantur. *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quàm quod simulat, concep. l. si ex precio. 6. C. si certum petat.* Consequens igitur potius esse, vt posterius testamentum tanquam quod sit simulatum, nullius planè sit momenti. Sed respondeo fallacem & captiosam esse argumentationem. Tunc enim quæ simulatè gesta sunt pro infectis habentur, cùm pro infectis haberi vult is qui simulationem passus est, at non etiam si inuito eo simulationem allegare velit is qui dolum fecit. Improbe namque facit quisquis resistit, quominùs ex suo mendacio conueniatur. *l. rem alienam. 41. D. de pignor. act.* nec cuiquam turpitudinem suam propriam allegare permittitur. *l. alias. 18. in fin. vbi Bart. D. de iureiur. l. si plures. 38. in fin. D. de administ. & peric. tutor. l. itaque. 12. §. 1. D. de furt.* Eadem igitur ratione dicendum est, si is qui legis auxilium implorans ad testandum quasi mox testamentum, & legem facturus simulatè duntaxat id faciat, reuera autem nullam habeat testandi voluntatem, non esse ei permittendum, aut alij cuiquam ex eius persona, vt dicat testamentum fuisse

simula-

ſimulatam. Immo tanto magis in pœnam ſimulationis teſtamentum valere, ſi lex id valere velit. Quis verò dubitat quin velit valere, cùm videat & imploratum fuiſſe auxilium ſuum à teſtatore vt poſſet ille teſtari, & adhibitas omnes ſollennitates, quas adhiberi oportuit ad ſollenniter & feriò teſtandum? Quin & maior ratio eſt hoc caſu, quàm ſi de ſimulatione inter priuatos ageretur. Nam in priuatorum contractibus etiamſi autor ſimulationis ille ſit qui dolum ſtruit in aduerſarium, tamen is quoque in cuius necem fit ſimulatio, conſcius eſt & particeps ſimulationis. Alioqui nihil ageretur, ſi non conſentirent omnes contrahentes in eadem re agenda. *l. in omnibus rebus.55.l. in omnibus negotijs.57.* D. *de obligat. & action.* Proinde obiici ei quodammodo poteſt cur ſimulationi conſenſerit. At cùm quis ſimulatè facit teſtamentum, ſolus ille ſimulat vt irrideat leges, neque eiuſmodi ſimulationis vllomodo conſcia eſt lex quæ deciperetur, ſi decipi ſe pateretur. Atqui non alia ratio eſt impediendi, ne per hanc ſimulationem lex decipiatur quæ interuenit, & ſuas ſecum adfert ſollennitates, quàm ita poſito iure, vt teſtamentum quod quis ſimulatè facere voluit vt non valeret, tanquam validum iuſtúmque defendatur. Alioqui ſimulationis & fraudis ſuæ effectum haberet teſtator, ſi teſtamentum quaſi ſimulatum non valeret. Cúmque priuatorum cautiones legum autoritate cenſeri abſurdum putauerit Papin. in *l. vlt.* D. *de ſuis & legit.* eueniret hoc caſu quod eſſet longè abſurdius, vt plus poſſet priuati cautio, adeóque quod magis eſt excogitata in fraudem legis, quàm ipſa legis autoritas. Priuati namque cautio faceret ne poſſet valere teſtamentum, quod tamen iuris publici legúmque autoritas valere vellet. Quòd ſi omnia quæcunque in fraudem, ſiue Velleiani, ſiue alterius ſenatuſconſulti excogitata dici poſſunt, nullius omnino ſunt momenti, vt Paulus ſcribit in *l. quidam, 29.§. vlt.* D. *ad SC. Velleian.* quanto minùs ferendum eſt, vt valeat cautio derogatoriæ clauſulæ in fraudem legum adhibita in teſtando, cùm nec niſi à lege habeamus, non ſolùm vt teſtari poſsimus, ſed etiam vt dicamus teſtari nos velle? Aut poteſtne fieri vt ea clauſula derogatoria poſsit videri adhibita vtiliter in fraudem poſterioris teſtamenti, quin hoc ipſo adhibita ſit in fraudem legum, ex quibus alioquin eſſet illud valiturum? Hoc verò ſi quis admittat, quod iam probauimus, non poſſe fieri vt audiatur is, qui ſollenniter & iure teſtatus velit poſtea negare ſibi vnquam animum fuiſſe teſtandi, aut ita teſtandi. Illud etiam admittendum eſt nullius eſſe roboris clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam ad euertendum poſterius. Cùm ad aliud prodeſſe nõ poſsit etiam ſecundũ interpretes, quàm vt proteſtationis cuiuſdam loco ſit quę faciat, vt teſtandi voluntas in ſecundo teſtamento defuiſſe videatur: implicet verò contradictionẽ vt citra mendaciũ & illuſionem teſtandi voluntas non ſit in eo qui ritè ac ſollẽniter teſtatur adhibitis quoq; tot teſtibus ad teſtimoniũ volũtati ſuę perhibendũ. Nam ſi pręſens idémq; tacitus defectus voluntatis non impedit teſtamentũ, quod habet expreſſę volũtatis manifeſtã probationẽ, multo minùs impediet proteſtatio futuri defectus voluntatis, quandoquidem facile poteſt contingere vt is etiam qui ſic proteſtatus fuerit quaſi non habiturus teſtandi voluntatem futuri teſtamenti tempore, eam tamen poſtmodum habeat in actu ipſo teſtandi, tametſi proteſtationem illam, & clauſulam derogatoriam non reuocauerit, ſiue conſultò non reuocauerit, ſiue per obliuionem. Non

enim video quænam coniectura capi posit retentę prioris voluntatis ob id solum quod testator memor clausulæ derogatoriæ non tamen eam reuocauerit, quippe quàm à iuris peritioribus discere potuit nullius esse momenti, si modo Papinianum aliósque prudentes potiùs quàm Bartolum cęterósque interpretes consulere voluisset. Omnes enim prudentes consentiunt testamenti factionem esse iuris publici *leg. 3. D. qui testam. facer. poss.* priuatorum verò pactionibus vel cautionibus iuri publico derogari non posse *leg. ius publicum. 43. D. de pact. dict. leg. vltim. de suis & legit. leg. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. falcid.* Denique testandi de pecunia sua facultatem cuique sic esse permissam certis legibus & condicionibus, vt neque iurisdictionis formam mutare neque iuri publico derogare cuiquam permittatur *leg. testandi. 13. Cod. de testam.* Inter cęteras verò leges & condiciones testamentorum quibus testandi licentia data fuit, pręcipua hęc est vt nemo posit siue in testamento suo siue extra testamentum facere quin leges in testamento suo locum hebeant *leg. nemo potest. 55. de legat. 1.* nec proinde eam sibi legem dicere, ne posit recedere à priori voluntate *dict. leg. si quis in principio. de leg. 3.* aut in summa quicquam aliud facere per quod libertas testandi constringatur nedum penitus tollatur *leg. cùm duobus. 52. alias. leg. si fratres. §. idem respondit societatem. D. pro socio.* At negari non potest quin clausula derogatoria si eum effectum habeat quem Doctores volunt, constringat liberam illam testandi facultatem, quia licèt velint manere in arbitrio testatoris, vt eam clausulam reuocet si mutet voluntatem, multo tamen liberiorem testandi facultatem habet quisquis nulla indiget reuocatione ad liberè securéque testandum, quàm qui propria cautione se constrinxit ne testamentum mutare posit, nisi hoc vel illud faciendo, cùm eueniat plerunque, vt non faciat quod faciendum esset ad recuperandam testandi facultatem, oblitus fortassis eorum quæ priore testamento continebantur. Aut ex longinquitate temporis aut propter implicationem verborum, vt in specie de qua Guid. Pap. *dict. quæst. 127.* Aut denique quod frequentius est propter humanæ fragilitatis condicionem, quæ mortis cogitatione perturbata minùs potest plures res memoria consequi aut retinere vt Imperator Iustinus ait in *leg. hac consultissima. 8. versic. at cùm humana fragilitas. Cod. qui testam. facer. poss.* Quomodo enim huius clausulæ derogatoriæ meminisse posit is qui vix sui ipsius aut etiam Dei Opt. Max. eo tempore sit memor? Nisi fortè volumus ei imputare cur non citiùs fecerit testamentum, & eo tempore quo magis vigebat memoria: quod tamen si quis velit dicere, non video cur non expeditius futurum sit dicere imputandum esse morienti cur moriatur aut cur testari velit. Atqui certum est, liberam hanc testandi facultatem, nullis aut temporis aut memoriæ finibus esse coarctandam, sed ampliandam potiùs vt tamdiu duret, quandiu is qui testari vult tantum habet virium & spiritus, quantum necesse est ad implendas omnes testamenti sollennitates. Et nemò non videt interesse testatoris cuiuslibet vt valeat posterius testamentum omnimodo, nec subiaceat quæstioni facti, quam inducit vsus clausulæ derogatoriæ. An eius clausulæ memor esset testator néc-ne, cùm posterius testamentum ordinabat. Inducta enim vel minima facti quæstio apertissimum & præsentaneum iniicit periculum subuertendi testamenti,

menti, cùm aperiat viam, vel falsitati testium, vel præsumptionibus, quibus nihil est periculosius, cùm vt plurimum positæ sint in religione & arbitrio iudicantis, vt & illa ipsa hodie quæ iuris sunt certioris. Imperitia interpretum eo vsque progressa, vt omnia de quibus dubitant quantumlibet certa sint & ex iuris ratione indubitata, faciant arbitraria. Non arbitraria verò illa sola, in quibus errant.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & ratione l. si quis in principio. 22. de legat. 3. l. si mihi & tibi. 2. §. vltim. & l. si ita sit adscriptum. 14. de legat. 1.

PROBAVIMVS capite superiore testamentum sollenniter & iure factum non posse nullum esse defectu voluntatis etiamsi maximè id velit testator, siue defectus ille voluntatis probetur per clausulam derogatoriam positam in priore testamento, siue per simplicem aliquam protestationem, aut qualibet alia ratione. Sed nondum planè respondimus ad eos iuris locos, quibus moneri quis possit vt pro interpretibus contra nos sentiat. Etsi enim quod attinet ad *leg. si quis in principio. 22. de legat. 1.* iam monuimus tractari eo loco de clausula derogatoria legati non de clausula derogatoria testamenti. Addita etiam diuersitatis ratione quod non sicut legata ita & testamenta nuda voluntate deleantur. Tamen quod in testamentis disputauimus non posse obtendi defectum voluntatis ad ea euertenda si testator omnes adhibuerit iuris sollennitates, ad legata quoque videtur pertinere cùm ex testamento pendeant, nec minùs legem faciat qui legat quàm qui heredem instituit, Vnde & legati nomen manauit, & diffinitio quam tradit Vlp. in *fragment. tit. de legat.* cùm ait legatum esse quod legis modo imperatiuè relinquitur. Neque tamen dubitari potest quin clausula derogatoria quam nos hac ratione docuimus nihil operari posse in primo testamento contra secundum, vtilis & efficax sit in legatis. Nam in *dict. leg. si quis.* etsi præfatur Hermogenianus, Si quis in principio testamenti adscripserit, *Cuius legauero, semel deberi volo*, & postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legauerit supremam voluntatem haberi potiorem, quia nemo possit legem sibi dicere vt non liceat ei recedere à priore voluntate, subiungit tamen in hæc verba, *sed hoc ita locum habebit si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse & voluisse vt legatarius plura legata accipiat.* Ita innuens à contrario sensu quod inferunt interpretes non esse habendam rationem vltimæ voluntatis si non sit specialiter reuocata prior, per quam fuerat derogatum posteriori: quod conuenit responso Vlpiani in *le. si ita sit adscriptum. 14. de leg. 1.* qui locus alioqui cum Hermogeniani lege pugnare videretur. Et apertiùs Pomponius in *l. si mihi & tibi. 12. §. in legatis. de legat. 1.* postquàm proposuit regulam iuris quæ vult in legatis nouissimas scripturas valere, quia mutari causa præcedentis legati vel die vel condicione vel in totum ademptione potest. Ita vt si sub alia & alia condicio-

ne legatum ademptum sit nouissimam ademptionem spectari oporteat, Subiicit, interdum tamen in legatis non posteriorem sed præcedentem scripturam valere. Nam si ita, inquit, scripsero. *Quod Titio infra legauero id neque do neque lego*, quod infra legatum erit non valebit. Non alia vtique ratione videtur, quàm quod ex verbis illis præcedentibus appareat in legato postea facto animum legandi Titio, testatori defuisse. Cur non ergo similiter dicemus secundum testamentum valere non posse, si ex clausula derogatoria in primo apposita constet animum testandi defuisse in testatore cùm posterius testamentum ordinabat? Hic verò nodus est quem oportet dissoluere vt tota hæc res melius intelligatur. Illud autem præmittendum est, tum etiam cùm de legatis agitur, clausulam derogatoriam in principio testamenti appositam non semper facere vt legatum posteriore scriptura relictū non valeat quasi nec datum, sed è contrario plerunque vt nō valeat quasi ademptum, quod & Vlpianus sentit in *d.l. si ita sit adscriptū*, quāuis subiungat nec datum videri legatum quod ademptum fuit, Inspecto scilicet effectu rei, potiùs quàm veritate ac subtilitate iuris, quæ sanè non patitur, vt adimi quicquam possit nisi quod datum sit *l.3.§.condicio.D.de adim.legat.* Verba enim derogatoria vim habent cuiusdā ademptionis, quod & fatetur disertè Bart. *post gloss. ad d.l. si quis num.6.* etsi vix est vt non secum pugnet qui paullo ante scripserat post Cinum clausulam derogatoriam habere vim protestationis præambulæ quæ declaret in sequenti scriptura deesse voluntatem. Nam legatum sine voluntate legandi nullum esse posse certum est, legatum porrò quod nullum sit adimi nullomodo posse, longéque aliud esse legatum non dare, aliud verò datum adimere. Sed senserit Bartolus vtcunque voluerit. Dico clausulam derogatoriam in legatis adpositā non facere regulariter, vt legatum posterius habeatur pro non dato, sed tantùm vt habeatur pro adempto: Excipio tamen casum de quo in *dict.§.in legatis*, vbi magis esse puto vt posterius legatum non debeatur, tanquam non legatum non tanquam ademptum. Qui enim dicit se legare & non legare pugnantia loquitur, & nihil agit vt postea dicemus. Nec obstat ei quod de ademptione dicimus si quis obiiciat præposterū esse vt adēptio præcedat dationē. Non enim præcedit ordine intellectus aut temporis quamuis præcedat ordine scripturæ. Nam qui sic loquitur, *quod infra Titio legauero id et dari nolo*, nullam vim habere vult hanc scripturam nisi postea Titio leget. Vbi autem Titio legauit, tunc demum vult superioris scripturæ potestatem eam esse vt quod Titio reuera legatum fuit non debeatur. Ergo vt ademptum intelligatur, quia quod legatum aliquando fuit in testamento vtili, non aliter fieri potest vt non debeatur, quam si adimatur. Nulla autem hic repugnantia & contradictio est propter quam dici possit legatum datum non fuisse, cùm aliud sit non legare, aliud verò legatum dari nolle quod nihil aliud est quàm legatum adimere. Ergo si quis velit cū interpretibus nostris eandē facere vim & potestatē clausulæ derogatoriæ ad subuertendū posterius testamentum, quā esse prudentes voluerunt in legatis ad posteriorē legati scripturā eneruandā, cū fateri necesse erit, fore vt per huiusmodi clausulā hereditas posteriore testamēto data, adēpta esse existimetur. Nec sanè ratio alia vlla superest faciendi, vt clausula derogatoria in primo testamento adscripta destruat secūdū nisi per viam ademptionis, cùm probauerimus nō posse ex eiusmodi clausula induci nullitatem secūdi testamēti prætextu deficiētis volūtatis. Atqui regula iuris

est he-

est hereditatem adimi non posse *l. si ita scriptum. 13. §. regula. D. de liber. & posth. l. si certarum. 17. §. si eod. D. de testam. milit.* scilicet per exheredationem vt scriptum est in *d. §. si eodem*, aut per simplicem ademptionem siue in eodem siue in alio testamento factã, quomodo legata adimũtur. Tũc enim vni hereditas benè adimitur, cùm alij datur, quod nõ fit nisi per institutionẽ, & quidẽ quę in alio testamento fiat. Nã si in eodẽ testamento eadẽ hereditas pluribus detur adeóq; singulis ex asse, nulli hereditas adempta esse creditur, sed omnibus data, testatore ad secundum aut tertiũ assem transgresso. Multo minùs igitur fieri potest vt per prius testamentum adempta videatur hereditas quæ dabitur per secundum, quandoquidem etsi iam in secundo testamento data esset, nõn nisi per tertium testamentum adimi posset. Non enim sicut in legatis diximus, adẽptionẽ quæ præcedit ordinẽ scripturæ, non tamen præcedere ordine naturæ aut tẽporis aut intellectus. Ita & in ea hereditatis ademptione dici potest quam clausula derogatoria non potest inducere nisi ex institutione facta in primo testamento. Nã cùm adẽptio hereditatis non possit fieri nisi per institutionem habet vtiq; primum testamentum suam institutionem ante quàm fiat secundum. Et consequenter etiã ordine temporis necesse erit vt ademptio ante dationem hereditatis facta esse intelligatur, si clausula istã derogatoria in priore testamẽto adposita aliquid operetur. Quod tamẽ quàm absurdum futurum sit quis non videt. Itémq; si quis velit dicere quod in legatis diximus, eodem tempore fieri & dationem & ademptionem. Id enim non magis fieri potest, quàm vt quis eodem tempore duo faciat testamenta cùm separatam esse oporteat institutionem per quàm hereditas datur ab institutione per quam hereditas adimitur, & in separato fieri testamento. Ne alioqui hereditas aut pluribus data potiùs quàm vni adempta videatur, vt iam diximus, aut heredi instituto à seipso adempta, quod esset adhuc absurdius, *l. sed si condicioni. 6. in fin. D. de hered. instit.* Aperta igitur est differentia legati & hereditatis, vt intelligamus clausulam derogatoriam quæ ideo valet in legatis quod possint adimi, contraria ratione non posse valere in hereditatibus, quoniam adimi non possunt. Item quia pluralitate data testamentorum, quæ necessario præsupponitur cùm agimus de clausula derogatoria apposita in primo testamento ad secundum destruendum, non potest fieri vt vtrumque testamentum valeat, nec proinde vtraque voluntas in vtroque testamento declarata, nec rursus vt primum testamentum potius sit secundo, cùm hereditas in secundo data per primum adempta videri non possit, quia nec in secundo ipso adimi posset, quin ei ipsi heredi qui in secundo institutus esset à seipso adempta intelligeretur. Quis enim patiatur fieri posse in primo testamento ad secundi destructionem id quod ne quidem in secundo ipso fieri posset? At in legatis omnia sunt dissimilia, quoniam in eodem testamento legatum & dari, & adimi potest cúmque per aliam posteriorem voluntatem adimitur, non est necesse vt sit aliud testamentum, nec rursus vt legatum quod vni adimitur in alium transferatur. Itaq; nihil absurdi est, vt legatum in testamento datũ eodem testamento adimatur, aut etiam in codicillis, eo testamẽto confirmatis, siue ademptionis scriptura præcedat siue sequatur scripturam legati: Sed erit bona comparatio hereditatis & legati, si ponas velle testatorem in priore testamẽto adimere legata quæ daturus sit in posteriore. Hoc enim nõ magis facere potest quàm vt adimat in primo testamẽto hereditatẽ quã daturus sit,

in secundo, cùm fieri nequeat, vt habeat quis duo testamenta, neque vt prius non reuocetur per posterius quod sit perfectum. Nec denique vt reuocato priore testamento non etiam reuocatæ sint omnes clausulæ quæcunque eo testamento continebantur. Actus enim testamenti indiuiduus est, nec vnquam auditum fuit vt prius testamentum per posterius non in totum reuocetur tum quoque cùm vtroque testamento iidem heredes fuerunt instituti *l. si iure.* 18. *de legat.* 3. Atqui ademtio quæ in priore testamento fit eorum quæ in posteriore dabuntur, siue hereditas sit siue legatum, necessario supponit vtrunque testamentum valere, prius quidem vt sit quod adimat, posterius verò vt sit quod adimatur. Concludendum igitur est clausulam derogatoriam vnius testamenti ad alterum quibuscumque tandem verbis concipiatur siue vt deroget possibilitati testandi, siue vt immutet sollennitates testamenti, siue vt subtrahat voluntatem in secundo testamento necessariam, nullius omnino esse momenti. De quo ne dubitare quisquam possit illud etiam facit, quod tùm quoque cùm de legatis agitur vt in specie *d. l. si quis in principio*, testatore ita locuto, *cui bis leg auero semel deberi volo*, non dubitat Hermogenianus quin cui postea sæpius legatum fuerit, sæpius quoque legatum debeatur, potiórque sit posterior scriptura: Ratione illa quam adfert quod nemini liceat eam sibi legem dicere vt non possit recedere à priori voluntate, Dummodo posterior scriptura non excidat ignoranti, id est dum sciat testatoriam se legasse illi cui iterum legat. Sic enim Hermogenianus intelligi vult, ne pugnet cum Vlpiano in *l. si ita sit ad scriptum.* 14. *de legat.* 1. & ita accipiendum quod ait *d. l. si quis*, in illis verbis, *sciens eidem sæpe legauerit*, non quomodo interpretes nostri vulgo, qui id referunt ad clausulam derogatoriam, quasi eam scire debeat testator & eius meminisse vt ab ea voluntate, quam tùm habuerat, recessisse videatur. Cùm è contrario dicendum potiùs sit sufficere ad clausulam derogatoriam extinguendam vt eius oblitus fuerit testator cùm posteriorem scripturam fecit, vt credatur fuisse clausulam derogatoriam reuocaturus si eius meminisset. Quomodo enim possit quis reuocare id, quod à se dictum factúmve non meminerit? At si rursus dicas cum interpretibus scientiam requiri ab Hermogeniano ad inducendam necessitatem reuocationis, & tanquam in necessarium antecedens, dicendum erit non debuisse Hermogenianum sic loqui, quomodo locutus est adfirmatiuè, *si sciens sæpius eidem legauerit supremam voluntatem potiorem haberi*, subiecta condicione affirmatiua, *si specialiter dixerit se prioris voluntatis pœnituisse*, sed debuerat scribere negatiuè, si sciens testator sæpius eidem legauerit supremam voluntatem potiorem non haberi, deinde subiungere exceptionem aut negatiuam condicionem, *Si non specialiter dixerit*, se prioris voluntatis pœnituisse. Scientia enim aut (vt potius loquendum esset) memoria clausulæ derogatoriæ magis facit vt posterior scriptura non debeat haberi potior quàm vt debeat haberi. At cùm quis prudens & sciens eidem sæpius legat siue memor siue immemor prioris illius clausulæ, *Cui bis legauero et semel deberi volo*, vtique vult sæpius legatum deberi, in eóque recedit à priore voluntate. Neque dubito quin ita simpliciter scripserit Hermogenianus, non additis illis verbis, *sed hoc ita locum habebit si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse & voluisse vt legatarius plura legata accipiat*, quam totam clausulam Triboniani esse non Hermogeniani bene iam ante nos obseruauit Iacob. Cuiac. *lib.* 14. *obseruat. cap.* 7. probauitque non so-

non solùm ex inconcinna illa parúmq; eleganti verborum structura, ne dicam barbara [quis enim latinè sic loquitur, *sibi pœnituisse & accipiat* pro *acciperet*?] itemq; ex legis inscriptione quæ sumpta est ex libris Epitomarũ. Sed ex eo etiam quod non bene conueniat ea condicio superioribus. Cur enim scientiam Iureconsultus requireret si præterea vellet specialem fieri derogationem? Aut cur specialem fieri derogationem si contentus esset scientia? Aut quomodo posset non scire is, qui etiam expressim & specialiter derogaret? Quanquam in eo errat Cuiacius quoq; cum cæteris quod scientiam illam refert ad clausulam derogatoriam. Itémq; in eo quod non distinguit, An clausula derogatoria sit apposita in testamento ad adimendum legatum, an verò ad subuertendum posterius testamẽtum. Illud sanè bene obseruat solere Tribonianum requirere specialem expressionem etiam vbi ratio iuris specialem non requirit, vt in *l. vlt. C. de nouat. & Nouell. 99.* quod & nos alibi ostendimus ex aliis pluribus exemplis sumptis etiam ex legibus Pandectarum à Triboniano corruptis. Quod si Hermogenianus clausulæ derogatoriæ potestatem non agnouit ne quidem ad eneruandam posteriorem scripturam legati, quanto minùs fuit ille agniturus ad subuertendũ posterius testamentũ. Nã hæc quoq; inter legatum & testamentum differentia adferri potest præter eas, quas suprà attulimus, quod quamuis legatum non possit relinqui nisi in testamento, inspecta iuris veteris ratione, nec minùs faciat legẽ de bonis suis qui legat quàm qui heredem instituit, minùs tamen legibus illudit qui legat non habens voluntatẽ legandi vt nihil agat, quàm qui heredem instituit, quoniam sublato legato, siue quòd ademptum, siue quòd volũtatis defectu nec datũ videatur, non ideo tamẽ corruit aut derisorius fit actus ille testãdi, quomodo corrueret, & fieret derisorius, si testamẽtũ posterius per prius impediretur: quia testamẽtũ æstimatur ex heredis institutione non ex legato, & cùm quis testando dicitur facere legem, non tã singula spectantur quæ testamento continentur, alioqui quot essent legata tot leges factæ viderentur, quàm totum ipsum testamentum, quasi vnum quid & indiuiduum, quo subsistente, licèt in eo derisorium aliquod sit legatum, non eo minùs verum est factam esse à testatore legem, nec quicquam in fraudem spretúmve legum à testatore factum fuisse cùm testamentũ valeat, etiam inutili facto legato. Sed noua tamen difficultas hìc exoritur, quam nec Cuiacius ipse dissoluit qui solus eam præuidere potuit, quod sublata deletáque tota illa clausula Triboniana, quæ sola interpretes nostros præcipites egit, pugnare videbitur Hermogenianus in *d. l. si quis* [*cum Pomponio. in d. §. in legatis.* Hermogeniani namque sententia illa relinquetur vt si quis in testamenti sui principio ita scripserit, *Cui bis legauero semel deberi volo*, & postea sciens & prudens eidem sæpius legauerit, sæpius legatum debeatur, quia nemini liceat eam sibi legem dicere vt non possit recedere à priore voluntate. At Pomponius apertè scribit in *d. §.* in legatis si testator ita dixerit. *Quod infrà Titio legauero id neque do neque lego*, deinde Titio aliquid legauerit, legatum propter superiorem scripturam non deberi. Nec sanè improbabile est Tribonianum, eo Pomponij responso permotum, & alio illo responso Vlpiani cuius iam meminimus in *dict. leg. si ita sit adscriptum. 14. de legat. 1.* cùm aliam conciliationis rationem nullam reperiret, supradictam clausulam & condicionem ad Hermogenianum addidisse. Sed responderi meo iudicio commodè potest, multum inter has loquendi formulas in-

teresse. Nam quod ad Pomponium attinet, qui sic loquitur. *Quod infra Titio legauero id neque do neque lego*, enixam voluntatem ostendit legati non modo adimendi sed etiam nec dandi, Oratione concepta negatiuè, adeóque per duplicem negationem. Dici enim solet & verum est negationem magis negare quàm adfirmatio adfirmet. Neque rursus potest ea clausula effectum vllum habere, si non hunc habeat quem vult Pomponius vt impediat ne legatum Titio debeatur. Nam cùm testator ita locutus postea Titio legat non tam videtur à priore voluntate recedere, quàm id facere sine quo prior illa voluntas effectum nullum habere potuisset, neque in hunc cadit & distinctio, an prudens & sciens an ignorans leget, siquidem ignorans nemo legat. At is, qui sic scribit, *Cui bis legauero semel deberi volo*, præter id quod adfirmatiuè loquendo minùs enixam præsefert adimendi legati voluntatem, quod à se bis datum & multiplicatum videri non prohibet, videtur etiam ita scribere magis diffidens suæ memoriæ quod facilè possit ægrotanti homini & moribundo accidere vt iterum leget ei cui non meminerit iam se legasse, quàm vt sibi adimat sæpius eidem legandi facultatem. Itaque vt legatũ vtrunq; debeatur nihil aliud exigimus, nisi vt testator sępius eidem legauerit sciens, vt prudens, id est, quomodo explicauimus, memor iam se eidem legasse: nec eo magis inutilem efficimus clausulam, quæ scilicet operaretur ademptionem posterioris legati, si probaretur testator fuisse inmemor prioris legati cùm iterum legabat: Aut, vt dicam melius, si non probaret legatarius scientiam & memoriam testatoris quod prioris legati meminisset putà si posterius legatum haberet dictionem vulgarem, *hoc amplius*, aut, *vltra*, aut quam aliam similem ex iis quæ repetitiuæ & implicatiuæ appellantur. Scientiæ enim probatio hoc casu exigenda est à legatario, non obliuionis ab herede, pro quo satis facit præsumptio collecta ex iis verbis, quibus testator se memoriæ suæ diffidere ostẽdit. Vnde est quod Vlpian. in *dict. leg. si ita sit adscriptum*. respondet simpliciter pro herede, non nisi semel ab eo legatum deberi, quia non proponebatur ex facto testatorem scientem sæpius eidem legauisse. Nam si testator eam clausulam adscripsisset, vt sibi etiam prudenti & scienti adimeret facultatem legandi sæpius eidem legatario, proculdubio clausula non valeret. Hoc enim est quod ait Hermogenianus nemini licere sibi eam legem dicere, vt non possit recedere à priore voluntate. Nam qui sciens & prudens sæpius legat, quid aliud vult, nisi vt sæpius legatum debeatur? Immo, inquies, id potius facit sine quo prior illa clausula effectum habere non posset, vt diximus in specie quam tractat Pomponius. At iam dixi, Immo posse effectum habere clausulam non probata per legatarium scientia & memoria prioris legati, vt apud Vlpian. in *dict. leg. si ita sit adscriptum*. Deinde in specie Pomponij illud etiam dissimile est, quod prior clausula non aliquam voluntatem continet, sed tantùm noluntatem, ideóque qui sic loquitur, *Quod infrà Titio legauero id neque do neque lego*, non potest videri eam sibi legem dicere ne possit recedere à priore voluntate quæ adhuc nulla sit, sed id tantùm agit vt quamuis postea dicat se legare, nondum tamẽ videatur habere voluntatem legandi. Facilius namque est, vt quis nondum incipiat velle, quàm vt postquàm velle cœpit, subinde voluntatem mutare prohibeatur. Siquidem voluntas semper libera est ex quo quis incipit hoc vel illud velle: At voluntas vt sit aliqua necesse est, priusquàm libera esse posit, aut mutabilis. Proinde si apud

Hermoge-

Hermogenianum poneres ita locutum testatorem, ***Cui bis legauero ei neque do neque lego nisi semel***, æquè dicerem ei cui bis legatum fuisset, non nisi semel debitum iri, hoc est, non nisi vnicum duntaxat legatum: illud verò, non exiguius quomodo Cuiacius malè putat ex ***leg. semper in obscuris. 9. de regul. iur.*** [hic enim nihil obscurum est propter quod ad eam regulam iuris recurrendum sit, & alia species est de qua in ***dict. leg. si ita sit adscriptum. in fin.*** vbi agitur de ademptione simpliciter facta post multa legata relicta ita vt non posset dici quodnam vel ademptum vel non datum videri deberet.] sed prius, quia postquam semel hic testator legauit, quicquid postea legat quantum, aut quantulumcunque tandem illud sit pro non dato, próque non legato habendum est. Sed cùm testator ita concipit formulam, quomodo concepta est apud Hermogenianum, ***Cui bis legauero ei semel tantùm deberi volo***, non id agit vt postea sæpius legando videatur voluntas deficere in posteriore legato, sed potiùs vt adimat sequentia legata ne debeantur: quod apertè Vlpianus scribit in ***dict. leg. si ita sit adscriptum. 14. de leg. 1.*** quæ ademptio cùm non tantùm in noluntate consistat, sed etiam in voluntate, contrariam voluntatem haud dubiè admittit, quæ vt probetur sufficit quod constet testatorem non obliuione prioris legati, sed prudentem & scientem sæpius eidem legauisse. An ergo admittimus posse quem sibi legem dicere ne posſit recedere à priore noluntate? Minimè. Nam neque potest esse duplex noluntas quomodo duplex voluntas est. Ergo nec vna prior, alia posterior. Sed qui sic loquitur, ***Quod infra Titio legauero id neque do, neque lego***, non eam sibi legem dicit ne aliquando posſit velle, quod nunc declarat se nolle, sed tantùm verbis suis quę preferet cùm legabit eam vim aufert, quam alioqui essent habitura ad significandam voluntatem propter expressam contrariam noluntatem quoúsque incipiat velle. Itaq; si postea sic scriberet, ***Titio fundum Cornelianum do lego quia datum ei & legatum volo***, valeret vtique legatum propter præsentem, quæ superuenisset legandi voluntatem, quàm noluntas præterita impedire non posset. Idémque esse puto si testator ita scripserit, ***Titio fundum Cornelianum deberi volo***, quia satis est vt testator voluntatem suam apertè expresserit, non tantùm legando, quod non sufficeret, sed expressim addendo quod velit, etiam nulla facta clausulæ derogatoriæ mentione. Potest etiam inter has formulas differentia illa obseruari, quod in testatoris potestate magis est vt non det & leget cùm dat & legat, quia sine voluntate dandi & legandi, neque datum, neque legatum vllum est, quàm vt quod dat & legat non debeatur. Vt enim legatum debeatur, necne ex iuris autoritate est, iuris autem ratio facit, vt legatum quod vtiliter & sollenniter relictum est nisi post ademptum fuerit, omnimodo debeatur. Itaque cùm is qui ita dixerat, ***Quod infra Titio legauero id, neque do, neque lego***, postea Titio fundũ legat, id facit quod in ipsius potestate est, quia sic legat, vt nihil legare videatur, propter deficientem ipsius voluntatem ex qua pẽdebat, an legaret, an non. Proinde mirum non est, legatum non deberi, quia nec vllum esse intelligitur, cùm testator legando id ipsum faciat, quod expressim dixerat se non facere, secúmq; pugnet legando & non legando, cuius repugnantiæ & contradictionis effectus alius esse non potest quàm vt neutrũ ratũ sit vt habet regula iuris in ***l. vbi pugnantia. 188. de regul. iur.*** acsi scriptum esset, ***Titio fundum Cornelianum do lego, Non do, non lego.*** & consequenter vt non

valeat legatum. Sufficit enim heredi vt scriptura legati non valeat, licèt nec valeat ea quæ cum legato pugnat, quia legati scripturam omnimodo valere necesse est vt legatum debeatur. Heres verò nulla eget scriptura vt retineat legatum inutiliter relictum, *leg. legatum est delibatio.* 116. *de legat.* 1. At cùm is qui sic dixerat, *Cui bis legauero semel deberi volo*, postea eidem sæpius legat id facit quod posset non facere, non autem id quod non posset facere etiamsi maximè vellet. Poterat facere semel tantùm legando, vt non nisi semel legatum deberetur, quia & semel tantum legare potuisset si voluisset. Sed non poterat facere vt sæpius legando semel tantùm deberetur legatum, quia toties deberi lex vult quoties à testatore relictum fuit nisi proponas esse legatum speciei aut generis quidem, sed per modum speciei relictum quod multiplicari non possit *leg. planè.* 34. §. 1. *de leg.* 1. Et tamen legando sæpius nihil facit quod antea dixerit se non facere, quomodo faceret si dixisset, *Cui bis legauero semel tantùm do lego*, Sed cùm sæpius legat, verum est eum sæpius legare, nec quicquam est in verbis clausulę derogatoriæ propter quod dicendum sit eum semel tantum legasse. Atqui non potest fieri vti leget, quin velit legatum deberi, quia voluntatem hanc legandi concomitatur statim potestas iuris, quæ confirmat legatum ex die testamenti hactenus saltem vt cedente die debeatur. Hoc ipso igitur quod hic testator bis legat dummodò sciens & memor prioris legati vt lex ait [ne alioqui pugnet Vlpian. in *dict. leg. si ita sit adscriptum.* 14. *de legat.* 1.] recedit à priore voluntate qua expresserat velle se vt cui bis legaret semel tantùm deberetur: Nec proinde aliud quicquam est, quod possit impedire ne legatum sæpius relictum sæpius debeatur, nisi quod idem testator initio voluerat vt legatum hoc quamuis repetitum, semel tantùm deberetur. Hoc autem impedire non potest ne sæpius debeatur, quia nemo potest eam sibi legem dicere ne à priore voluntate recedere possit. At cùm is qui dixerat, *quod infrà Titio legauero, id neque do neque lego*, postea Titio legat, id solùm & præcisè facit quod expressim sibi prohibuerat, & prohibere potuerat ne faceret, quia legat id quod dixerat se non legare: cùm posset non legare, & quemadmodum non legando legat, ita & legando non legat. In summa nihil agit, quia iuris autoritas non patrocinatur huic legato cui voluntas deest. Nec tã videtur testator hic à priori volũtate recedere cùm legat quàm cum seipso pugnare cõtradictoriè siquidẽ inter, *dare & non dare, legare & nõ legare*, quę sunt contradictoria facti medium nullũ est. Quo non similiter dici potest de illo qui sæpius legat id, quod se dixerat semel tantùm deberi velle. Non enim ille est qui facit vt legatum sępius debeatur, sed ratio iuris, quam non potuit ille prohibere. Quod verò ille ipse est qui sæpius legat, non potest inducere contradictionem quia non sibi legem dixerat ne legaret, sed tantùm ne sæpius legatum deberetur. Legare autem, & Non velle deberi legatum non sunt contradictoria, sed tantùm diuersa, & quidem ita vt sub vno eodémque genere non contineantur, quippe quorum vnum sit facti, alterum iuris. Denique quod magis est, inter Non velle deberi legatum, & velle deberi medium aliquod est, scilicet, *legare*, cùm nisi legando facere nemo possit vt legatum debeatur. Vt & inter omnia iuris extrema medium aliquod esse necesse est quod in faciendo vel non faciendo consistat vt ex eo ius vel non ius oriatur. Nihil porrò prohibet quominus testator verè dicatur legasse sæpius, quisquis sæpius legauit, quoties præcedens clausula derogatoria

gatoria nõ sic cõcepta est vt tèstator dixerit se non legare sæpius, sed tantùm prohibuerit sæpius deberi. Aliud enim hic facit cùm sæpius legat, quàm quod fieri prohibuit. Nec quemadmodum facto suo legem dare potuit ne faceret, ita etiam potuit impedire aut immutare ius quod ex suo facto nasciturum esset.

ERROR NONVS.

De testatore qui legem sibi dixit maioris sollennitatis in secundo testamento adhibendæ. Ad l. Diui 6. §. licet. D. de iur. codicill.

NON videbimur aut nobis aut aliis satisfecisse confutato tot rationibus errore isto interpretum Circà clausulas derogatorias testamentorum, datísque tam multis responsionibus ad eos iuris locos quibus interpretes mouentur, nisi etiã legum autoritate pugnemus & vincamus. Occurrunt autem duo potissimum iuris loci, ad hanc quæstionem maximè pertinentes, nec interpretibus ipsis incogniti, sed quos illi putant eludere se posse suis parum argutis subtilitatibus & commentis, nisi nos subtiliùs, & feliciùs in contrarium nitamur. Primus est in *l. Diui. 6. §. licèt*, D. *de iur. codicill.* vbi Marcianus tractans de illo qui in confirmatione codicillorum adiecerat, vt non alias valere illos vellet quàm si sua manu signati essent & subscripti, Ait, Valere tamen codicillos ab eo factos postea, licèt neque ab ipso signati neque manu eius subscripti fuerint, quoniam, inquit, ea quæ postea geruntur, prioribus derogant. Quæ ratio vt nemo non videt generalis est, & pertinens ad confirmandam posteriorem quamlibet voluntatem etiam cui testator noluerit per priorem derogare, siue posterior illa declarata sit in codicillis eo testamento confirmatis, siue in alio posteriore testamento, Nam si codicilli post testamentum facti qui ex testamento ipso ita pendent vt ab eo vires capiant, derogant voluntati, quæ in contrarium expressa fuerat in testamento, etiam citra vllam specialem derogationem, quanto magis videri debet derogatum clausulæ derogatoriæ in priore testamento appositæ, per posterius testamentum quod neque pendet neque pendere vllo modo potest à priore? Rursus si in codicillis non potest præcedens clausula derogatoria facere vt videatur voluntas defuisse, cùm tamen nuda voluntate constent, nec vllam iuris sollennitatem exigant, quanto minus faciet clausula derogatoria in priore testamento adiecta, vt in posteriore quod rite ac sollenniter factum fuerit, credendus sit testator nullam habuisse testandi voluntatem? Agnoscunt interpretes esse hoc contrarium terribile vt loquuntur ad quod nihil omnino respondent quod placere possit, neque tamen ex eo moueri & persuaderi possunt vt errorem suum agnoscant. Afferunt autem plures solutiones post *glos. ad d. l. si quis. in princip. 22. de legat.* 1. sed quas omnes ipse etiam Bart. improbat, vt in alia omnium pessima & improbabilissima conquiescat. Prima illa est sequentem voluntatem emanantem simpliciter, id est sine speciali clausulæ derogatoriæ reuocatione valere quidẽ ipso iure, & ita esse accipiendũ quod scribitur in *d. §. licet*, sed tolli ope exceptionis ex *d. l. si*

quis. Bartolus reprehendit & rectè quia Marcianus in *dicto* §. sic loquitur, vt non dubitet quin sequens voluntas declarata in posterioribus codicillis quibus fuerat in testamento derogatum, plenum effectum habere debeat. Et è contrario nullum de necessitate exceptionis opponendæ verbum est apud Hermogenianum in *d.l. si quis.* Secunda solutio est, multum interesse an verba derogatoria ponãtur in eodem testamento in quo legatur, an in alio testamento, vt priore casu necessaria sit specialis reuocatio, *d.l. si quis.* posteriore verò nõ sit necessaria *d.§. licet.* Bartol. etiã reprehendit ex *d.l. si quis.* vbi dicitur nihil interesse an testator qui in testamento ita scripserat *Cui bis legauero, semel deberi volo*, postea legauerit sæpius in eodem testamento an in codicillis postea factis. Vnde inquit, siue legetur in testamento in quo fuerũt verba derogataria siue in codicillis posteà factis, siue in alio posteriore testamẽto [hoc enim omnino sensit Bartolus, licèt nõ addat] requiritur reuocatio specialis. Sed hæc reprehẽsio nõ est recta: quia quod legatur in codicillis post testamentum factis, & consequenter eo testamento confirmatis perinde habendũ est acsi eo ipso testamẽto relictũ esset, propter singulare ius codicillorũ testamentariorũ, vt quæcunq; in his scribuntur, perinde habeãtur ac si in testamẽto scripta essent *l.2. l. ab intestato. 16. ad fin.* D *de iur. codic.* Nam & inde est quod in huiusmodi testamẽtariis codicillis legata dari possunt, quæ alioqui certum est non posse dari in codicillis ab intestato factis *l. illud* 13. *§. tractari. eod. tit.* At quod in posteriore testamento legatur, nõ potest videri legatum in priore, quia non pendet posterius testamentum à priore cũ è contrario prius per posterius subuertatur. Ideóq; fatendũ est nil esse necesse ad eneruandam clausulam derogatoriã in priore testamento appositam vt ea per posterius testamentum specialiter reuocetur, in eóque nostros errare, qui abutuntur responso Hermogeniani in *d l. si quis* vt quod ibi scriptum est de clausula derogatoria posterioris legati, protrahant ad clausulam derogatoriam posterioris testamenti, Etiam admisso eo quod nos cũ Cuiacio negauimus in præcedẽtibus, vt tota illa clausula quæ requirit specialem clausulæ derogatoriæ reuocationẽ Hermogen. sit, non Triboniani. Verumtamen neque istorũ solutio bona est. Nã neq; tunc cùm in eodem testamẽto adest clausula derogatoria legati & legatum, necessaria est vlla specialis reuocatio si iuris rationi plus quàm Triboniani iudicio tribuamus, Deinde vt maximè id verũ esset, tanto magis cõtra hos pugnaret responsum Marciani in *d.§. licèt.* Etsi enim tractat Marcianus de clausula in testamento apposita per quã voluerit testator derogare codicillis post testamentũ factis, tractat tamen de codicillis eo priore testamento confirmatis, & cõsequenter qui tales sunt, vt quicquid in iis scriptũ est, in ipso testamento scriptũ intelligatur vt iam diximus. Tanto magis ergo secundũ istorum distinctionem necessaria esset specialis reuocatio, quã tamẽ Marcianus nullã requirit, ne quidem generalẽ, extra tacitã illã quæ posteriorem voluntatem semper concomitatur vt deroget priori. Itaque impingunt isti in eundem errorẽ in quem etiam Bartolus, quod non vident habenda esse pro scriptis in testamẽto quęcunque scribuntur in codicillis testamento confirmatis. Tertia solutio est referre an clausula derogatoria ponatur antequã legetur vel postea. Ridiculè, non solùm quia tam in *d. §. licèt.* quàm in *d.l. si quis*, tractatur de clausula derogatoria quę pręcesserit. Sed etiam cùm clausula derogatoria sequitur, non po-

non poteſt eſſe locus quęſtioni an reuocata illa ſit per legatum aut aliam voluntatem poſteriorem cùm tota reuocationis tacitæ inducendæ ratio pendeat ex eo quod poſteriora derogant prioribus vt Marcianus ait. *Quarta* ſolutio fuit Oldradi & Andrææ de Piſis quos refert Bartolus, Conſtituendã eſſe differentiam inter verba derogatoria ſollennitatis & derogatoria voluntatis, quæ fuit vetus illa diſtinctio Iacobi de Aretio ſuperius à nobis relata. In §. licèt fuiſſe verba derogatoria ſollennitatis quæ ſollennitas eſt iuris publici, ideóque talem clauſulam derogatoriam reuocari per ſimplicem contrariam voluntatem quia de facili res redit ad ſuam naturam *l. ſi vnus. 27. § pactus ne peteret. D. de pact. At in d. l. ſi quis* fuiſſe verba derogatoria circa legatum ſeu voluntatem legandi, quam teſtator poteſt tollere ſicut vult, cùm à ſua libera voluntate dependeat & ideo requiri ſpecialem reuocationem. Hanc verò ſolutionem tanquam omnium optimam probat Zaſius ad *l. ſi mihi & tibi. 12. §. in legatis. de leg. 1.* Sed parũ ſubtiliter vt mihi videtur. Nam, quod bene obſeruat Bartolus, non ita ſcripſerat teſtator apud Marcianum, *Volo quod in codicillis meis requiratur iſta ſollennitas quod ego me ſubſcribam & mea manu ſignem*, quibus verbis videretur derogaſſe ſollennitati tantùm non etiam voluntati, ſed vlterius procedendo dixerat velle ſe vt non alias codicilli valerent quos poſtea facturus eſſet, quàm ſi ab eo ſignati, manúque eius ſubſcripti eſſent, quæ verba ſine dubio ſunt derogatoria voluntatis: ob ídque concepta diſpoſitiuè quatenus derogant voluntati, condicionaliter autem duntaxat quatenus derogant ſollennitati vt argutè Bartolus ratiocinatur. Cuius ſententiam ſecutus Paulus *Caſtrenſ. ad d. §. in legatis* ait quòd ſi quis in priore teſtamento diceret, *nolo aliud teſtamentum facere poſſe niſi cum decem teſtibus*, ea clauſula nihil operaretur, neque impediret quominùs valeret, poſterius teſtamentum etiam quod coram ſeptem tantum teſtibus factum eſſet, quoniam ea clauſula ſollennitati tantùm derogaret quod fieri non poteſt. Sed ſi vltra prædicta verba teſtator ſubiungeret, *& ſi contingat me aliud facere teſtamentum in quo non ſint adhibiti decem teſtes nolo illud valere*, tunc operaretur, & valeret clauſula ad ſubuertendum poſterius teſtamentum quia eſſet derogatoria voluntatis In quo tamen fallitur, reſpondétque apertiſsimè, contra *d. §. licèt.* Nam ſi ſi nihil nocet teſtatori quod in teſtamento legem ſibi dixerit adhibendæ alicuius ſollennitatis in codicillis qui ex ratione iuris nullam ſollennitatem habent, nec exigunt, quanto minùs ei nocebit, quod legem ſibi dicere voluerit maioris ſollennitatis adhibendæ in teſtamento quod ſuas habet eáſque certas & perpetuas ſollennitates? An non æquè contra leges cautio illa eſt, cùm quis non vult valere poſterius teſtamentum paucioribus quàm decem teſtibus munitum, atque ſi è contrario præciperet valere teſtamentum quod quinque vel quatuor tantùm teſtes haberet? Eiuſdem nimirum potentię eſt ſtatutis ſollennitatibus aliquid addere, vel detrahere, nec alterius eſt addere quàm eius qui poſſet detrahere vel contrà. Itaq; licet Marcianus ſupradicto loco non loquatur de clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti ſed de derogatoria poſteriorum codicillorum. Ex eo tamen fortiſſimum & inuincibile argumentum pro nobis ſumitur quantũ ad clauſulam derogatoriã teſtamenti, quia cùm codicilli teſtamentarij per teſtamẽtũ antè factũ confirmati ab ipſo pendeant vt diximus, nec vires habeant à

iure sollennitates, multo maior ratio esset vt ea clausula derogatoria in testamento adscripta noceret codicillis, quàm vt noceat testamento posteriori quod & suas habet à lege sollennitates, & à testamento priore nullomodo pendet. Atqui non nocet clausula derogatoria codicillis postea factis etiamsi fuerit derogatoria voluntatis. Ergo multo minùs nocebit posteriori, testamento. Quòd si ex illo Marciani responso probatur apertissimè nihil operari clausulam derogatoriam nec si fuerit derogatoria voluntatis tantùm, quanto apertius probabitur, quod & Oldradus & Iacob. de Aretio & antiqui illi fatebantur nihil operari debere clausulam derogatoriam, quæ sit derogatoria sollennitatis? Et tamen communior interpretum opinio est, tùm quoque cùm sollennitati tantùm derogare testator voluit, valere clausulam derogatoriam, nisi specialiter reuocetur, quod & Bart. ipse concludit ad *leg. omnes populi. in 3. quæst. in princip. de iustit. & iur. Salycet. in leg. sancimus. Cod. de testam. post gloss. ad dict. §.* in legatis quo absurdius nihil sanè dici potest. Etsi enim verum quod Salycetus obiicit eiusmodi clausulam derogatoriam sollennitatis perinde reuocari specialiter posse, acsi esset derogatoria voluntatis. Vt inferat, Non igitur ex ea tolli testatori liberam & cum solitis sollennitatibus testandi facultatem, non eo minùs tamen verum est in eo lædi autoritatem legum quod vel pluribus vel paucioribus sollennitatibus illa testandi facultas constringitur, quod priuatorum cautionibus contra ius publicum fieri certè nullomodo potest *leg. testandi. 13. C. de testam. leg. nemo potest. 55. de leg. 1. dict. leg. vltim. D. de suis & legit.* Neque tamen video quid sit quod tractare nostri possint de clausula derogatoria sollennitatis in specie *dict. §.* licèt, cùm ibi Marcianus agat de codicillis qui nullam omnino habuerunt olim iuris sollennitatem quia nec legibus cogniti erant vt *Iustin. scribit in tit. de codicill. Instit.* Ac sanè in ea specie fatendum est testatorem, neque addere neque detrahere quicquam voluisse sollennitati codicillorum quæ nulla est, sed tantùm voluisse addere sollennitatem vt faceret sollennes, vt ita dixerim, codicillos quales à iure cogniti nulli sunt. Superest igitur vt videamus qui tandem Bart. & alij ad Marcianum respondeant, vt suum illud de clausula derogatoria commentum tueantur. Respondent verò post *glos. in dict. §. licet.* debere Marcianum intelligi ex Hermogeniano, valere nimirum codicillos post testamentum factos non obstante clausula derogatoria in testamento adscripta, sed ita demum si ea clausula specialiter fuerit reuocata. Sed quis non videt quod Cuiacius fatetur *lib. 14. obseruat. cap. 7.* hanc subauditionem plus nimio habere licentiæ? Nihil siquidem prorsus est apud Marcianum ex quo possit vel minima coniecturæ occasio capi quòd in ea specie testator expressim & specialiter reuocauerit voluntatem quam expresserat in testamento. Quinetiam ratio qua Marcianus mouetur contrariam suadet interpretationem: *quoniam*, inquit, *posteriora derogant prioribus.* Ita innuens moueri se ex eo quod posterius factum potius quàm quod posterius dictum sit. Sufficit enim factos esse post testamentum codicillos neque à testatore signatos neque manu eius subscriptos, vt appareat testatorem voluisse per hæc posteriora derogare prioribus, etiamsi non addiderit specialem reuocationem, quandoquidem nihil interest factis an verbis voluntas declaretur, *leg. Pomponius scribit. 9. D. de negot. gest. leg. non tantum. 5. D. rat. rem haber.* Imò potentior est voluntatis declaratio quæ ex facto colligitur

ligitur, quàm quæ fit verbis. Alia igitur interpretatio & responsio pro interpretibus quærenda est, aut fatendum sententiam nostram Marciano placuisse, nec eam tantùm in cathedra pulchram esse vt Cinus dicebat, sed etiam in foro probandam, in quo defendum maximè est quod hucusque tam sæpe pronunciatum sit & quotidie pronuncietur pro errore isto interpretum contra manifestissimam iuris rationem in tot testamentorum euersionem, & iacturam tot hereditatum iis ablatarum qui posteriore testamento scripti reperiantur, quasi nihil iuris habeant illi pro quibus omnes leges clamant. Illud non est prætermittendum æquè nugatores esse istos qui dicunt apud Marcianum fuisse testatorem ignorantem quem Hermogenianus ponit scientem. Nam & id æquè commentitium est, & ab ea ratione qua Marcianus moueri se dicit, alienum.

ERROR DECIMVS.

De sententia & ratione l. vlt. in princip. de legat. 2. & l. conficiuntur. 8. §. vltim. D. de iur. codicill.

Locvs hic alius est, qui pro sententia nostra vrget contra interpretes, vt appareat clausulam derogatoriam etiam in legatis nullius esse momenti. Quidam testamento filium & vxorem suam heredes instituerat, & cauerat vt si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret. Postea epistolam scripserat in qua & quicquid in peculio habuerat filius ei donauerat, & adiecerat præcipua hæc cum suiq; iuris & post mortem suam habere velle: quæ tamen epistola non fuit obsignata. Quærebatur an quæ epistola continerẽtur ad filium pertinerent. Respondit Scæuola in *l. vlt. in princip. de legat. 2.* si fides epistolæ constaret deberi, quę testator in ea dare se velle significauit. Non igitur validitas epistolæ impeditur per clausulam illam in testamento appositam quę omnibus scripturis non obsignatis derogasse videbatur. Et ita interpretes quoque omnes sentire coguntur. Sed respondent voluntatem testatoris derogatoriam in ea specie non sumi nisi tacitè à contrario sensu, indéq; fieri vt per tacitam quoq; voluntatem contrariam reuocetur, nec speciali indigeat reuocatione. Aliud igitur respõsurũ fuisse Scæuolam si verba derogatoria fuissent expressa, puta si testator disertis verbis cauisset ne qua ipsius epistola scripturáve alia valeret nisi quæ esset obsignata. In quo quàm euidenter fallãtur ex eo intelligimus, quod si talia testatoris verba proponerẽtur esset hic casus ille ipse de quo respondit Marcianus in *l. Diui. 6. §. licet. de iur. codicill.* de cuius loci sententia scripsimus capite superiore. Et tamẽ nõ dubitat Marcianus quin clausula derogatoria eo casu nullius planè sit momenti, etiam nõ fuerit specialiter reuocata. Non ergo bona distinctio est an clausula derogatoria expressa sit, an tacitè à contrario sensu collecta. Eritq; multo commodius ne dicã tolerabilius ad eã cõfugere diuinationẽ ad quã iidẽ interpretes confugiunt vt effugiũt Marcianũ, cùm ponunt adiectã fuisse in posteriore scriptura specialẽ prioris volũtatis reuocationẽ. Quod tamẽ si quis velit dicere, replicabo idipsum quod iam supra dixi circa speciẽ Marciani, nihil esse apud Scęuolã vt neq; apud Marcianũ, ex

quo possit coniici reuocatam fuisse siue specialiter siue generaliter priorem voluntatem. Ac proinde subauditionem hanc plus nimio habere licentiæ vt Cuiacius loquitur *lib. 14. cap. 7.* ita vt non tã subauditio vel suppletio quàm nugatoria diuinatio dicenda sit. Sed & falsum est quod Accursius, Bart. & alij volunt in specie *d. l. vlt. in princip.* nullam esse clausulam derogatoriam nisi à contrario sensu. Cùm enim neq; codicilli neq; aliæ vltimæ volũtates post testamentũ conditæ aliter valeãt, quàm si cõfirmatio facta sit in testamẽto, apparet cõfirmatione facta codicillorũ certi generis, putà quos testator ipse obsignasset, nullo esse opus argumento à cõtrario sensu: vt alterius generis codicillis derogatũ dici possit, sed sufficere quòd nõ sint cõfirmati: atq; ita nihil interesse an posteriorib. codicillis alterius generis expresè derogatũ sit, an verò per solã nõ cõfirmationẽ. In eãmq; rẽ elegãs est respõsũ Pauli in *l. conficiũtur*. 8. §. *vlt.* D. *de iur. codicill.* vbi scribit ille si quis certi generis codicillos confirmauerit, putà. *Quos nouissimos fecero*, non vtiq; statim quæ codicillis dãtur videri cõsistere, quãdiu alij quoq; fieri possũt, & ideo si alij postea fiãt legata in priorib. data nõ deberi, nec valere. Cur enim nõ valẽt nisi quia nõ fuerũt cõfirmata, etiãsi neq; expresè neq; tacitè fuerit iis derogatũ? Nec est quod quis cum Bartolo respõdeat, apud Paulũ duo interuenisse, scilicet primam voluntatem derogatoriam tacitè, & codicillos posteriores, per quæ duo simul coniũcta videãtur codicilli medio tẽpore facti nõ valere quasi fuerint in pẽdẽti. Nã quod ad primã illã volũtatẽ tacitè derogatoriã attinet, iã diximus nullã hîc esse: cùm nec vlla necessitas subsit eã inducẽdi, sufficiente non cõfirmatione quæ minùs quàm derogatio est, quià est quid merè negatiuũ aut priuatiuũ, derogatio autẽ quælibet siue expressa sit siue tacita, est quid positiuũ. Quod verò addit Bart. de codicillis posterioribus per eos fuisse reuocatos codicillos anteriores ridiculũ est. Nõ enim euenit in codicillis quod in testamentis vt nemo possit cũ pluribus decedere, quia codicillos plures facere quiuis potest *d. l. Diui. §. codicillos.* Et ideo non quemadmodũ qui facit posterius testamẽtũ hoc ipso reuocat prius, ita dici potest ex posteriorũ codicillorũ cõfectione anteriores reuocatos intelligi, nisi quatenus haberẽt cõtrariã volũtatem, putà si quod in anterioribus datũ fuerat, in posterioribus adẽptũ proponeretur. Hoc nãq; est quod nos perpetuũ esse volumus, vt per posteriorẽ voluntatẽ priori derogetur. Sed non est hic sensus Pauli in *d. §. vlt.* quin ille potiùs vt nihil eorũ valeat quæ in prioribus codicillis relicta sunt, etiãsi nihil per posteriores fuerit derogatũ, quia vt nõ valeãt priores codicilli sufficit nõ fuisse illos cõfirmatos, licẽt nec fuerint abrogati. Nihil ergo interest an testator certi generis codicillos duntaxat confirmauerit, an verò etiam addiderit expressim se non alterius generis vllos codicillos valere velle. Vtroq; enim casu alterius generis codicilli non valẽt, nõ tanquã iis aut expresè aut tacitè derogatũ sit, sed tãquã qui nõ fuerint cõfirmati. Dices cur ergo in specie *d. l. vlt. de leg. 2.* valẽt omnia quæ data fuerũt in epistola nõ obsignata cùm testator nõ aliã scripturã cõfirmasset quàm quæ obsignata reperiretur? In specie autẽ *d. l. conficiũtur*. 8. §. *vlt. de iur. codicill.* nõ valẽt codicilli anteriores, propterea quòd solos nouissimos testator confirmasset? Hîc ego acumẽ & subtilitatem interpretum nostrorũ desidero, ex quibus nemo hunc nodum dissoluit. Puto autẽ multùm referre, an testator cõfirmauerit codicillos nouissimos, & postea plures fecerit vt in *d. §. vlt.* an verò eos codicillos confirmauerit quos sua manu obsignaret, postea verò

ea verò codicillos non obsignatos, aut quod idem est, vice codicillorum epistolam non obsignatam reliquerit, vt in *d.l.vlt.in princip.* Priore casu non valere codicillos anteriores tanquam nullomodo confirmatos licèt nec abrogatos. Posteriore autem casu valere codicillos etiam non obsignatas, & quidem quod magis est, tanquam confirmatos. Differentiæ ratio est, quia testator qui post codicillos nouissimos confirmatos facit plures codicillos, nihil facit propter quod videri debeat recedere à priore voluntate, cùm neque intellectu possint percipi vlli codicilli nouissimi nisi ex comparatione priorũ. Itaq; nihil causæ est cur non prima illa voluntas seruanda sit quæ cõfirmauit certi dũtaxat generis codicillos, id est nõ quoslibet, sed eos tãtũ qui nouissimi essent. At is qui post confirmatos eos tãtùm codicillos, quos obsignatos relinqueret, codicillos cõscripsit, nec obsignauit, aliquid facit ex quo apparet voluisse illum recedere à priore voluntate. Cur enim codicillos fecisset nisi vt valerent? Cur verò non obsignatos, nisi quia voluit etiam non obsignatos valere? Sciens nimirum necesse non esse ad codicillorum validitatẽ vt vel testatoris manu scripti sint vel ab eo signati *d.l.Diui.§.codicillos*, vbi ob hanc causam Marcianus statim subiicit [quod mallẽ vnico contextu legere quàm discreto] Licèt in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit vt non aliàs valere illos velit, quàm sua manu signatos & subscriptos, tamen valere quoscũq; fecerit etiã nõ signatos neq; ab eo subscriptos, quòd ea quæ postea geruntur, derogent prioribus. Deniq; qui cõfirmat codicillos nouissimos, nõ excludit cõfectionẽ, sed tantùm confirmationẽ plurium codicillorum, quãuis si vnos tãtùm codicillos faceret nõ minùs essent illi futuri nouissimi, quippe quos alij nulli sequerẽtur *l. qui duos.9.D.de reb. dub.l.ex duobus.34. de vulg. & pup.subst. l. proximus. 92. l.in vulgari.162.de verb.signific.* Qui verò confirmat codicillos tãtùm eos qui erũt obsignati excludit nõ tantùm confirmationẽ, sed etiam confectionem aliorum nõ obsignatorum. Alioqui dicendum esset cogitasse illũ de codicillis inutilibus frustra faciendis, quod tamẽ nunquã præsumendũ est. Cùm ergo eo tẽpore quo cõfirmauit codicillos eã habuerit voluntatem, vt nõ alios codicillos vnquã faceret quàm qui valerẽt, rursum vt nõ alij valerẽt quàm qui essent obsignati, necessariò cõsequens est vt si postea faciat codicillos nõ obsignatos siue memor siue immemor prioris voluntatis, recedat omnino ab illa priore voluntate. Quo admisso illud etiam cõsequens fit, vt posterior voluntas potior esse debeat, valeántq; codicilli etiã nõ obsignati, quoniã huic volũtati præter id quod vltima est etiam ius patrocinatur quod non exigit obsignationem codicillorum vt valere possint. Itaque hoc casu succedit ea propositio quam Hermogenianus tradit in *l.si quis in principio. 22. de leg.3.* Neminem posse sibi eam legem dicere vt à priore voluntate recedere non possit, quod & scriptum est in *l.quod autem.7.§.penult.D.de donat.int.vir.& vxor.* Est enim hoc ius non tantùm eius voluntatis quæ in testamento declarata sit, sed alterius quoq; cuiuslibet vltimæ voluntatis, vt ambulatoria sit ad supremum vsque vitæ exitum *l.cùm hic status.32.§.pænitentiam eod.l.4.D.de adim.legat.* Replicabis fortasse. Fieri non posse vt quis certi generis codicillos confirmet, quin cógitet de aliis codicillis inutiliter faciendis, etiam cùm nouissimos confirmat, siquidem pluribus factis codicillis inutiles omnimodo reperiuntur qui priores facti erũt *d.l.conficiuntur.§.vl.* Ego verò hoc nego, quia cùm primos codicillos facit is qui postmodum facit alios, nõ id agit vt

faciat codicillos inutiles. Quippe qui omnimodo essent valituri si contingeret mori testatorem nullis aliis factis codicillis. Quare nec ait Paulus esse illos statim vel vtiles vel inutiles, sed esse in pendenti quādiu alij fieri possunt. Quod ergo inutiles fiunt per subsequentes codicillos non fit quod ab initio cogitatum sit de inutilibus codicillis faciendis, sed ex superueniente noua voluntate, quæ codicillos illos priores vtiliter factos & vt essent aliquando vtiles, vlterius valere aut in pendenti esse non patitur, aliis postea factis, qui efficiant vt priores intercidant non tanquam reuocati per posteriores, sed tanquam non confirmati, ob hoc solum quod propter nouissimos qui superuenerunt ipsi nouissimi esse desierunt, & habere voluntatē testatoris quę sola faciebat vt valere possent. Itaque & quod scriptum est in *d. §. vlt.* non valere codicillos non nouissimos, & quod in *d. l. vlt.* valere codicillorum vice epistolam non obsignatam, fit vtrumque ex eodem illo iuris principio nullam exceptionem admittente, quod vult liberam esse testatori mutandæ voluntatis facultatem. Nam qui confirmatis nouissimis duntaxat codicillis plures postea codicillos facit, non mutat per nouissimos eam voluntatem quam habuit tempore confirmationis, sed illam solum quam habuerat tempore priorum codicillorum, faciendo scilicet vt non sint amplius nouissimi illi quos tamen nec fecerat nec confirmauerat, nisi tanquam nouissimos futuros vt valerent. Qui verò post confirmatos duntaxat eos codicillos qui obsignati essent, facit codicillos nec eos obsignat, mutat haud dubiè voluntatem quam habuit tempore confirmationis, cùm faciat e diametro contra id quod facere destinauerat. Ex his verò intelligimus falsum etiam esse quod tradit Bart. ad *d. leg. si quis in princip. numero* 2. quod si in specie *d. l. vlt. in princip. de legat.* 2. testator duplicem epistolam scripsisset, primam non obsignatam, & secundam obsignatam, fieret per vltimam coniuncta voluntate prima, vt prior epistola non valeret *arg. d. leg. conficiuntur. §. vlt.* Nam illo etiam casu, adhuc tamen inter Marciani & Scæuolæ quæstiones hoc interesset, quod non quemadmodum codicilli posteriores faciunt vt priores desinant & esse nouissimi, & valere tanquā qui neque factis, neq; confirmati sint nisi quasi nouissimi futuri. Ita & epistola vltima obsignata facere potest vt prior quę obsignata nō fuit, nec eo minùs tamen ab initio valuit, desinat valere, quia non fuerat prior facta vel confirmata vt valeret tanquam nouissima, sed vt valeret tanquam epistola tametsi obsignata non esset: Cui voluntati nihil contrarium superuenit cùm alia epistola fit eáque obsignata, quia nihil vetat vtramque valere, mutata nimirum voluntate iam eo tempore quo prior epistola fiebat ea mente vt valeret quamuis non obsignaretur. At cùm plures codicilli fiunt ab eo qui nouissimos tantùm confirmauit, sicut fieri non potest vt sint omnes nouissimi, ita neque vt omnes valeant, siue priorem voluntatem respicias quæ nouisimos tantùm confirmauit, & à qua nemo dixerit recessisse testatorem cùm priores codicillos fecit, quos vtique sperabat nouisimos futuros, siue posteriorem, quæ cùm prioribus codicillis nouos addidit, non priori voluntati quæ in testamēto de confirmādis nouissimis codicillis expressa fuerat, sed prioribus tantùm codicillis quos nouisimos esse noluit derogauit. Nec est quod dicas pro Bart. perinde posse valere vtrosq; codicillos & priores & posteriores, atq; illos qui sint & illos qui nō sint obsignati cùm nō sit magis ex natura & sollennitate codicillorū, vt vni,

quàm

quàm vt obsignati sint. Id enim tunc verè diceretur, cùm testator codicillos suos quoslibet, aut simpliciter confirmasset, non etiam cùm ad nouissimos confirmationem restrinxit, quo casu priores qui non reperiuntur confirmati non possunt valere, tanquam nullam testatoris voluntatem habentes, neque primam neque vltimam. Non primam, quia de nouissimis tantùm codicillis confirmandis, vt diximus, actum fuit. Non vltimam, quia per posteriores codicillos nihil fit, ex quo posit dici recessum à priore voluntate, non magis quàm per priores, sed tantùm ab eo quod prioribus codicillis cōtinebatur: cùm esset in potestate testatoris nō solùm facere vt priores illi codicilli essent nouissimi, nullis aliis postea factis, sed etiamsi alios codicillos facere voluisset, in posterioribus omnia illa addere quæ prioribus data erāt, vt ita neque à voluntate declarata in confirmatione codicillorum, neque ab eo quod in prioribus codicillis constitutum fuerat vlla ex parte recessum dici posset. Postremo nec illud dici potest quod dicebat vetus ille interpres Petrus quem Bart. refert ac probat, in specie *d. l. vlt.* verba illa quę clausulam derogatoriam, siue expressam, siue tacitam inducere videntur adiecta fuisse ad augmentum, vt inducant fideicommissum, ideóque non debere inducere diminutionem. *l. legata inutiliter.* 19. *de legat.* 1. Nam negari non potest, quin testator qui eos tantùm codicillos confirmat quos obsignabit, in ea voluntate sit tunc temporis, vt alios qui obsignati non erunt valere nolit, perinde ac si expresim id cauisset, cùm non alij valere posint quàm qui sunt confirmati: itaque fatendum est adiectionem illam de obsignatione codicillorum, non esse factam ad augmentum, sed potiùs ad diminutionem & restrictionem. Et quod nihilominùs eos qui obsignati nō sunt, dicimus valere adeóq; tanquam confirmatos, non ideo fit quasi sua sponte valere posint citra confirmationem, sed quia mutauit voluntatem, quam mutare & voluit & potuit, testator, cùm quos fecit codicillos non obsignauit: adeò semper verum est posteriora prioribus derogare. In illo etiam errat Bartolus quod Scæuolam sic interpretatur, vt ad probandam fidem epistolæ quinque testes necessarios esse putauerit, quod non ita est. Primus enim Theodosius in *l. vlt. C. de codicill.* induxit vt in codicillis, & alia qualibet vltima voluntate extra testamentum, non pauciores quàm quinque testes requirantur. At Scæuolę temporibus sufficiebat, vt quoquomodo constaret epistolam manu testatoris scriptā fuisse, siue per duos testes id probaretur. *l. vbi numerus.* 12. *D. de testib.* siue per literarum comparationem. Nullam enim iuris sollennitatem olim habebant codicilli, quam hodie vnam hanc habent, vt sine quinque testibus expediri non posint, non magis quàm testamenta sine septem. Non fuit in hac quæstione Iacobus Cuiacius multò subtilior Bartolo cæterísque veteribus interpretibus. Etsi enim nobiscum benè sentit in eo quod vult non alia ratione moueri Scæuolam, in *d. l. vlt. in princip.* quàm quòd potuerit testator prudens, & sciens mutare voluntatem. In eo tamen errat, quod vt probet testatorem in ea specie scientem & prudentem à priore voluntate recesisse hoc vnum intuetur, quod testator ille non satis habuit filio peculium palàm donare, sed etiam adiecit se id præcipuum suísque iuris filium suum, & post mortem suam habere velle: quæ tamen omnia enixam quidem patris erga filium voluntatem probant, sed non mutationem voluntatis, vt aliam epistolam valere pater vellet, quàm quæ esset obsignata. Cùm necesse sit omnia scribi quæcunq; in epistola continentur priusquàm obsignetur. Nihil autem

valeat legatum. Sufficit enim heredi vt scriptura legati non valeat, licet nec valeat ea quæ cum legato pugnat, quia legati scripturam omnimodo valere necesse est vt legatum debeatur. Heres verò nulla eget scriptura vt retineat legatum inutiliter relictum, *leg. legatum est delibatio.116. de legat.1.* At cùm is qui sic dixerat, *Cui bis legauero semel deberi volo*, postea eidem sæpius legat id facit quod posset non facere, non autem id quod non posset facere etiamsi maximè vellet. Poterat facere semel tantùm legando, vt non nisi semel legatum deberetur, quia & semel tantum legare potuisset si voluisset. Sed non poterat facere vt sæpius legando semel tantùm deberetur legatum, quia toties deberi lex vult quoties à testatore relictum fuit nisi proponas esse legatum speciei aut generis quidem, sed per modum speciei relictum quod multiplicari non possit *leg. planè. 34. §. 1. de leg.1.* Et tamen legando sæpius. nihil facit quod antea dixerit se non facere, quomodo faceret si dixisset, *Cui bis legauero semel tantùm do lego*. Sed cùm sæpius legat, verum est eum sæpius legare, nec quicquam est in verbis clausulę derogatoriæ propter quod dicendum sit eum semel tantum legasse. Atqui non potest fieri vti leget, quin velit legatum deberi, quia voluntatem hanc legandi concomitatur statim potestas iuris, quæ confirmat legatum ex die testamenti hactenus saltem vt cedente die debeatur. Hoc ipso igitur quod hic testator bis legat dummodò sciens & memor prioris legati vt lex ait [ne alioqui pugnet Vlpian. in *dict. leg. si ita sit adscriptum.14. de legat.1.*] recedit à priore voluntate qua expresserat velle se vt cui bis legaret semel tantùm deberetur: Nec proinde aliud quicquam est, quod possit impedire ne legatum sępius relictum sæpius debeatur, nisi quod idem testator initio voluerat vt legatum hoc quamuis repetitum, semel tantùm deberetur. Hoc autem impedire non potest ne sæpius debeatur, quia nemo potest eam sibi legem dicere ne à priore voluntate recedere possit. At cùm is qui dixerat, *quod infrà Titio legauero, id neque do neque lego*, postea Titio legat, id solùm & præcisè facit quod expressim sibi prohibuerat, & prohibere potuerat ne faceret, quia legat id quod dixerat se non legare: cùm posset non legare, & quemadmodum non legando legat, ita & legando non legat. In summa nihil agit, quia iuris autoritas non patrocinatur huic legato cui voluntas deest. Nec tã videtur testator hic à priori volũtate recedere cùm legat quàm cum seipso pugnare cõtradictoriè siquidẽ inter, *dare & non dare, legare & nõ legare*, quę sunt contradictoria facti medium nullũ est. Quo non similiter dici potest de illo qui sæpius legat id, quod se dixerat semel tantùm deberi velle. Non enim ille est qui facit vt legatum sępius debeatur, sed ratio iuris, quam non potuit ille prohibere. Quod verò ille ipse est qui sæpius legat, non potest inducere contradictionem quia non sibi legem dixerat ne legaret, sed tantùm ne sæpius legatum deberetur. Legare autem, & Non velle deberi legatum non sunt contradictoria, sed tantùm diuersa, & quidem ita vt sub vno eodémque genere non contineantur, quippe quorum vnum sit facti, alterum iuris. Denique quod magis est, inter Non velle deberi legatum, & velle deberi medium aliquod est, scilicet, *legare*, cùm nisi legando facere nemo possit vt legatum debeatur. Vt & inter omnia iuris extrema medium aliquod esse necesse est quod in faciendo vel non faciendo consistat vt ex eo ius vel non ius oriatur. Nihil porrò prohibet quominus testator verè dicatur legasse sæpius, quisquis sæpius legauit, quoties præcedens clausula derogatoria

gatoria nõ sic cõcepta est vt testator dixerit se non legare sæpius, sed tantùm prohibuerit sæpius deberi. Aliud enim hic facit cùm sæpius legat, quàm quod fieri prohibuit. Nec quemadmodum facto suo legem dare potuit ne faceret, ita etiam potuit impedire aut immutare ius quod ex suo facto nasciturum esset.

ERROR NONVS.

De testatore qui legem sibi dixit maioris sollennitatis in secundo testamento adhibendæ. Ad l. Diui 6. §. licet. D. de iur. codicill.

NON videbimur aut nobis aut aliis satisfecisse confutato tot rationibus errore isto interpretum Circà clausulas derogatorias testamentorum, datísque tam multis responsionibus ad eos iuris locos quibus interpretes mouentur, nisi etiã legum autoritate pugnemus & vincamus. Occurrunt autem duo potissimùm iuris loci, ad hanc quæstionem maximè pertinentes, nec interpretibus ipsis incogniti, sed quos illi putant eludere se posse suis parum argutis subtilitatibus & commentis, nisi nos subtiliùs, & feliciùs in contrarium nitamur. Primus est in *l. Diui. 6. §. licèt*, D. *de iur. codicill.* vbi Marcianus tractans de illo qui in confirmatione codicillorum adiecerat, vt non alias valere illos vellet quàm si sua manu signati essent & subscripti, Ait, Valere tamen codicillos ab eo factos postea, licèt neque ab ipso signati neque manu eius subscripti fuerint, quoniam, inquit, ea quæ postea geruntur, prioribus derogant. Quæ ratio vt nemo non videt generalis est, & pertinens ad confirmandam posteriorem quamlibet voluntatem etiam cui testator noluerit per priorem derogare, siue posterior illa declarata sit in codicillis eo testamento confirmatis, siue in alio posteriore testamento, Nam si codicilli post testamentum facti qui ex testamento ipso ita pendent vt ab eo vires capiant, derogant voluntati, quæ in contrarium expressa fuerat in testamento, etiam citra vllam specialem derogationem, quanto magis videri debet derogatum clausulæ derogatoriæ in priore testamento appositæ, per posterius testamentum quod neque pendet neque pendere vllo modo potest à priore? Rursus si in codicillis non potest præcedens clausula derogatoria facere vt videatur voluntas defuisse, cùm tamen nuda voluntate constent, nec vllam iuris sollennitatem exigant, quanto minus faciet clausula derogatoria in priore testamento adiecta, vt in posteriore quod rite ac sollenniter factum fuerit, credendus sit testator nullam habuisse testandi voluntatem? Agnoscunt interpretes esse hoc contrarium terribile vt loquuntur ad quod nihil omnino respondent quod placere possit, neque tamen ex eo moueri & persuaderi possunt vt errorem suum agnoscant. Afferunt autem plures solutiones post *glos. ad d. l. si quis. in princip. 22. de legat.* 1. sed quas omnes ipse etiam Bart. improbat, vt in alia omnium pessima & improbabilissima conquiescat. Prima illa est sequentem voluntatem emanantem simpliciter, id est sine speciali clausulæ derogatoriæ reuocatione valere quidẽ ipso iure, & ita esse accipiendũ quod scribitur in *d. §. licet*, sed tolli ope exceptionis ex *d. l. si*

quis. Bartolus reprehendit & rectè quia Marcianus in *dicto* §. sic loquitur, vt non dubitet quin sequens voluntas declarata in posterioribus codicillis quibus fuerat in testamento derogatum, plenum effectum habere debeat. Et è contrario nullum de necessitate exceptionis opponendæ verbum est apud Hermogenianum in *d.l. si quis*. Secunda solutio est, multum interesse an verba derogatoria ponatur in eodem testamento in quo legatur, an in alio testamento, vt priore casu necessaria sit specialis reuocatio, *d.l. si quis*. posteriore verò nõ sit necessaria *d.§. licet*. Bartol. etiã reprehendit ex *d.l. si quis*. vbi dicitur nihil interesse an testator qui in testamento ita scripserat *Cui bis legauero, semel deberi volo*, postea legauerit sæpius in eodem testamento an in codicillis postea factis. Vnde inquit, siue legetur in testamento in quo fuerũt verba derogataria siue in codicillis posteà factis, siue in alio posteriore testamẽto [hoc enim omnino sensit Bartolus, licèt nõ addat] requiritur reuocatio specialis. Sed hæc reprehẽsio nõ est recta: quia quod legatur in codicillis post testamentum factis, & consequenter eo testamento confirmatis perinde habendũ est acsi eo ipso testamẽto relictũ esset, propter singulare ius codicillorũ testamentariorũ, vt quæcunq; in his scribuntur, perinde habeãtur ac si in testamẽto scripta essent *l.2.l. ab intestato.16. ad fin*. D *de iur. codic*. Nam & inde est quod in huiusmodi testamẽtariis codicillis legata dari possunt, quæ alioqui certum est non posse dari in codicillis ab intestato factis *l. illud* 13. *§. tractari. eod. tit*. At quod in posteriore testamento legatur, nõ potest videri legatum in priore, quia non pendet posterius testamentum à priore cũ è contrario prius per posterius subuertatur. Ideóq; fatendũ est nil esse necesse ad eneruandam clausulam derogatoriã in priore testamento appositam vt ea per posterius testamentum specialiter reuocetur, in eóque nostros errare, qui abutuntur responso Hermogeniani in *d l. si quis* vt quod ibi scriptum est de clausula derogatoria posterioris legati, protrahant ad clausulam derogatoriam posterioris testamenti, Etiam admisso eo quod nos cũ Cuiacio neganimus in præcedẽtibus, vt tota illa clausula quæ requirit specialem clausulæ derogatoriæ reuocationẽ Hermogen. sit, non Triboniani. Verumtamen neque istorũ solutio bona est. Nã neq; tunc cùm in eodem testamẽto adest clausula derogatoria legati & legatum, necessaria est vlla specialis reuocatio si iuris rationi plus quàm Triboniani iudicio tribuamus, Deinde vt maximè id verũ esset, tanto magis cõtra hos pugnaret responsum Marciani in *d.§. licèt*. Etsi enim tractat Marcianus de clausula in testamento apposita per quã voluerit testator derogare codicillis post testamentũ factis, tractat tamen de codicillis eo priore testamento confirmatis, & cõsequenter qui tales sunt, vt quicquid in iis scriptũ est, in ipso testamento scriptũ intelligatur vt iam diximus. Tanto magis ergo secundũ istorum distinctionem necessaria esset specialis reuocatio, quã tamẽ Marcianus nullã requirit, ne quidem generalẽ, extra tacitã illã quæ posteriorem voluntatem semper concomitatur vt deroget priori. Itaque impingunt isti in eundem errorẽ in quem etiam Bartolus, quod non vident habenda esse pro scriptis in testamẽto quęcunque scribuntur in codicillis testamento confirmatis. Tertia solutio est referre an clausula derogatoria ponatur antequã legetur vel postea. Ridiculè, non solùm quia tam in *d.§. licèt*. quàm in *d.l. si quis*, tractatur de clausula derogatoria quę præcesserit. Sed etiam cùm clausula derogatoria sequitur, non po-

non poteſt eſſe locus quęſtioni an reuocata illa ſit per legatum aut aliam voluntatem poſteriorem cùm tota reuocationis tacitæ inducendæ ratio pendeat ex eo quod poſteriora derogant prioribus vt Marcianus ait. *Quarta* ſolutio fuit Oldradi & Andrææ de Piſis quos refert Bartolus, Conſtituendā eſſe differentiam inter verba derogatoria ſollennitatis & derogatoria voluntatis, quæ fuit vetus illa diſtinctio Iacobi de Aretio ſuperius à nobis relata. In §. licet fuiſſe verba derogatoria ſollennitatis quæ ſollennitas eſt iuris publici, ideóque talem clauſulam derogatoriam reuocari per ſimplicem contrariam voluntatem quia de facili res redit ad ſuam naturam *l.ſi vnus.27.§ pactus ne peteret.D. de pact. At in d. l.ſi quis* fuiſſe verba derogatoria circa legatum ſeu voluntatem legandi, quam teſtator poteſt tollere ſicut vult, cùm à ſua libera voluntate dependeat & ideo requiri ſpecialem reuocationem. Hanc verò ſolutionem tanquam omnium optimam probat Zaſius ad *l.ſi mihi & tibi.12.§.in legatis.de leg.1.* Sed parū ſubtiliter vt mihi videtur. Nam,quod bene obſeruat Bartolus, non ita ſcripſerat teſtator apud Marcianum, *Volo quod in codicillis meis requiratur iſta ſollennitas quod ego me ſubſcribam & mea manu ſignem*,quibus verbis videretur derogaſſe ſollennitati tantùm non etiam voluntati, ſed vlterius procedendo dixerat velle ſe vt non alias codicilli valerent quos poſtea facturus eſſet, quàm ſi ab eo ſignati, manúque eius ſubſcripti eſſent, quæ verba ſine dubio ſunt derogatoria voluntatis: ob ídque concepta diſpoſitiuè quatenus derogant voluntati, condicionaliter autem duntaxat quatenus derogant ſollennitati vt argutè Bartolus ratiocinatur. Cuius ſententirm ſecutus Paulus *Caſtrenſ. ad d.§.in legatis* ait quòd ſi quis in priore teſtamento diceret, *nolo aliud teſtamentum facere poſſe niſi cum decem teſtibus*, ea clauſula nihil operaretur, neque impediret quominùs valeret, poſterius teſtamentum etiam quod coram ſeptem tantum teſtibus factum eſſet, quoniam ea clauſula ſollennitati tantùm derogaret quod fieri non poteſt. Sed ſi vltra prædicta verba teſtator ſubiungeret, *& ſi contingat me aliud facere teſtamentum in quo non ſint adhibiti decem teſtes nolo illud valere*, tunc operaretur,& valeret clauſula ad ſubuertendum poſterius teſtamentum quia eſſet derogatoria voluntatis In quo tamen fallitur,reſpondétque apertiſsimè,contra *d.§.licet.* Nam ſi ſi nihil nocet teſtatori quod in teſtamento legem ſibi dixerit adhibendæ alicuius ſollennitatis in codicillis qui ex ratione iuris nullam ſollennitatem habent, nec exigunt, quanto minùs ei nocebit, quod legem ſibi dicere voluerit maioris ſollennitatis adhibendæ in teſtamento quod ſuas habet eáſque certas & perpetuas ſollennitates? An non æquè contra leges cautio illa eſt, cùm quis non vult valere poſterius teſtamentum paucioribus quàm decem teſtibus munitum,atque ſi è contrario præciperet valere teſtamentum quod quinque vel quatuor tantùm teſtes haberet? Eiuſdem nimirum potentię eſt ſtatutis ſollennitatibus aliquid addere,vel detrahere, nec alterius eſt addere quàm eius qui poſſet detrahere vel contrà. Itaq; licet Marcianus ſupradicto loco non loquatur de clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti ſed de derogatoria poſteriorum codicillorum. Ex eo tamen fortiſſimum & inuincibile argumentum pro nobis ſumitur quantū ad clauſulam derogatoriā teſtamenti,quia cùm codicilli teſtamentarij per teſtamētū antè factū confirmati ab ipſo pendeant vt diximus, nec vires habeant à

iure sollennitates, multo maior ratio esset vt ea clausula derogatoria in testamento adscripta noceret codicillis, quàm vt noceat testamento posteriori quod & suas habet à lege sollennitates, & à testamento priore nullomodo pendet. Atqui non nocet clausula derogatoria codicillis postea factis etiamsi fuerit derogatoria voluntatis. Ergo multo minùs nocebit posteriori, testamento. Quòd si ex illo Marciani responso probatur apertissimè nihil operari clausulam derogatoriam nec si fuerit derogatoria voluntatis tantùm, quanto apertius probabitur, quod & Oldradus & Iacob. de Aretio & antiqui illi fatebantur nihil operari debere clausulam derogatoriam, quæ sit derogatoria sollennitatis? Et tamen communior interpretum opinio est, tùm quoque cùm sollennitati tantùm derogare testator voluit, valere clausulam derogatoriam, nisi specialiter reuocetur, quod & Bart. ipse concludit ad *leg. omnes populi. in 3. qu. est. in princip. de iust. & iur. Salycet. in leg. sancimus. Cod. de testam. post gloss. ad dict.* §. in legatis quo absurdius nihil sanè dici potest. Etsi enim verum quod Salycetus obiicit eiusmodi clausulam derogatoriam sollennitatis perinde reuocari specialiter posse, acsi esset derogatoria voluntatis. Vt inferat, Non igitur ex ea tolli testatori liberam & cum solitis sollennitatibus testandi facultatem, non eo minùs tamen verum est in eo lædi autoritatem legum quod vel pluribus vel paucioribus sollennitatibus illa testandi facultas constringitur, quod priuatorum cautionibus contra jus publicum fieri certè nullomodo potest *leg. testandi. 13. C. de testam. leg. nemo potest. 55. de leg. 1. dict. leg. vltim. D. de suis & legit.* Neque tamen video quid sit quod tractare nostri possint de clausula derogatoria sollennitatis in specie *dict. §.* licèt, cùm ibi Marcianus agat de codicillis qui nullam habuerunt olim iuris sollennitatem quia nec legibus cogniti erant vt *Iustin. scribit in tit. de codicill. Instit.* Ac sanè in ea specie fatendum est testatorem, neque addere neque detrahere quicquam voluisse sollennitati codicillorum quæ nulla est, sed tantùm voluisse addere sollennitatem vt faceret sollennes, vt ita dixerim, codicillos quales à iure cogniti nulli sunt. Superest igitur vt videamus qui tandem Bart. & alij ad Marcianum respondeant, vt suum illud de clausula derogatoria commentum tueantur. Respondent verò post *glos. in dict. §. licet.* debere Marcianum intelligi ex Hermogeniano, valere nimirum codicillos post testamentum factos non obstante clausula derogatoria in testamento adscripta, sed ita demum si ea clausula specialiter fuerit reuocata. Sed quis non videt quod Cuiacius fatetur *lib. 14. obseruat. cap. 7.* hanc subauditionem plus nimio habere licentiæ? Nihil siquidem prorsus est apud Marcianum ex quo possit vel minima coniecturæ occasio capi quòd in ea specie testator expressim & specialiter reuocauerit voluntatem quam expresserat in testamento. Quinetiam ratio qua Marcianus mouetur contrariam suadet interpretationem: *quoniam*, inquit, *posteriora derogant prioribus.* Ita innuens moueri se ex eo quod posterius factum potius quàm quod posterius dictum sit. Sufficit enim factos esse post testamentum codicillos neque à testatore signatos neque manu eius subscriptos, vt appareat testatorem voluisse per hæc posteriora derogare prioribus, etiamsi non addiderit specialem reuocationem, quandoquidem nihil interest factis an verbis voluntas declaretur, *leg. Pomponius scribit. 9. D. de negot. gest. leg. non tantum. 5. D. rat. rem haber.* Imò potentior est voluntatis declaratio quæ ex facto colligitur,

ligitur, quàm quæ fit verbis. Alia igitur interpretatio & responsio pro interpretibus quærenda est, aut fatendum sententiam nostram Marciano placuisse, nec eam tantùm in cathedra pulchram esse vt Cinus dicebat, sed etiam in foro probandam, in quo deflendum maximè est quod hucusque tam sæpe pronunciatum sit & quotidie pronuncietur pro errore isto interpretum contra manifestissimam iuris rationem in tot testamentorum euersionem, & iacturam tot hereditatum iis ablatarum qui posteriore testamento scripti reperiantur, quasi nihil iuris habeant illi pro quibus omnes leges clamant. Illud non est prætermittendum æquè nugatores esse istos qui dicunt apud Marcianum fuisse testatorem ignorantem quem Hermogenianus ponit scientem. Nam & id æquè commentitium est, & ab ea ratione qua Marcianus moueri se dicit, alienum.

ERROR DECIMVS.

De sententia & ratione l.vlt.in princip.de legat.2. & l.conficiuntur.8. §.vltim.D.de iur.codicill.

LOCVS hic alius est, qui pro sententia nostra vrget contra interpretes, vt appareat clausulam derogatoriam etiam in legatis nullius esse momenti. Quidam testamento filium & vxorem suam heredes instituerat, & cauerat vt si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret. Postea epistolam scripserat in qua & quicquid in peculio habuerat filius ei donauerat, & adiecerat præcipua hæc eum suiq; iuris & post mortem suam habere velle: quæ tamen epistola non fuit obsignata. Quærebatur an quæ epistola continerétur ad filium pertinerent. Respondit Scæuola in *l.vlt.in princip.de legat.2.* si fides epistolæ constaret deberi, quę testator in ea dare se velle significauit. Non igitur validitas epistolæ impeditur per clausulam illam in testamento appositam quę omnibus scripturis non obsignatis derogasse videbatur. Et ita interpretes quoque omnes sentire coguntur. Sed respondent voluntatem testatoris derogatoriam in ea specie non sumi nisi tacitè à contrario sensu, indéq; fieri vt per tacitam quoq; voluntatem contrariam reuocetur, nec speciali indigeat reuocatione. Aliud igitur respõsurũ fuisse Scæuolam si verba derogatoria fuissent expressa, putà si testator disertis verbis cauisset ne qua ipsius epistola scripturáve alia valeret nisi quæ esset obsignata. In quo quàm euidenter fallatur ex eo intelligimus, quod si talia testatoris verba proponerétur esset hic casus ille ipse de quo respondit Marcianus in *l.Diui.6.§.licet. de iur.codicill.* de cuius loci sententia scripsimus capite superiore. Et tamẽ nõ dubitat Marcianus quin clausula derogatoria eo casu nullius planè sit momenti, etiam nõ fuerit specialiter reuocata. Non ergo bona distinctio est an clausula derogatoria expressa sit, an tacitè à contrario sensu collecta. Eritq; multo commodius ne dicã tolerabilius ad eã cõfugere diuinationẽ ad quã iidẽ interpretes confugiunt vt effugiãt Marcianũ, cùm ponunt adiectã fuisse in posteriore scriptura specialẽ prioris volũtatis reuocationẽ. Quod tamẽ si quis velit dicere, replicabo idipsum quod iam supra dixi circa speciẽ Marciani, nihil esse apud Scęuolã vt neq; apud Marcianũ, ex

quo possit coniici reuocatam fuisse siue specialiter siue generaliter priorem voluntatem. Ac proinde subauditionem hanc plus nimio habere licentiæ vt Cuiacius loquitur *lib. 14. cap. 7.* ita vt non tã subauditio vel suppletio quàm nugatoria diuinatio dicenda sit. Sed & falsum est quod Accursius, Bart. & alij volunt in specie *d. l. vlt. in princip.* nullam esse clausulam derogatoriam nisi à contrario sensu. Cùm enim neq; codicilli neq; aliæ vltimæ volũtates post testamentũ conditæ aliter valeãt, quàm si cõfirmatio facta sit in testamẽto, apparet cõfirmatione facta codicillorũ certi generis, putà quos testator ipse obsignasset, nullo esse opus argumento à cõtrario sensu: vt alterius generis codicillis derogatũ dici possit, sed sufficere quòd nõ sint cõfirmati: atq; ita nihil interesse an posteriorib. codicillis alterius generis expresse derogatũ sit, an verò per solã nõ cõfirmationẽ. In eãmq; rẽ elegãs est respõsũ Pauli in *l. conficiũtur.* 8. §. *vlt.* D. *de iur. codicill.* vbi scribit ille si quis certi generis codicillos confirmauerit, putà. *Quos nouissimos fecero*, non vtiq; statim quæ codicillis dãtur videri cõsistere, quãdiu alij quoq; fieri possũt, & ideo si alij postea fiãt legata in priorib. data nõ deberi, nec valere. Cur enim nõ valẽt nisi quia nõ fuerũt cõfirmata, etiãsi neq; expresse neq; tacite fuerit iis derogatũ? Nec est quod quis cum Bartolo respõdeat, apud Paulũ duo internenisse, scilicet primam voluntatem derogatoriam tacitè, & codicillos posteriores, per quæ duo simul coniũcta videãtur codicilli medio tẽpore facti nõ valere quasi fuerint in pẽdẽti. Nã quod ad primã illã volũtatẽ tacitè derogatoriã attinet, iã diximus nullã hîc esse: cùm nec vlla necessitas subsit eã inducẽdi, sufficiente non cõfirmatione quæ minùs quàm derogatio est, quia est quid merè negatiuũ aut priuatiuũ, derogatio autẽ quælibet siue expressa sit siue tacita, est quid positiuũ. Quod verò addit Bart. de codicillis posterioribus per eos fuisse reuocatos codicillos anteriores ridiculũ est. Nõ enim euenit in codicillis quod in testamentis vt nemo possit cũ pluribus decedere, quia codicillos plures facere quiuis potest *d. l. Diui. §. codicillos.* Et ideo non quemadmodũ qui facit posterius testamẽtũ hoc ipso reuocat prius, ita dici potest ex posteriorũ codicillorũ cõfectione anteriores reuocatos intelligi, nisi quatenus haberẽt cõtrariã volũtatem, putà si quod in anterioribus datũ fuerat, in posterioribus adẽptũ proponeretur. Hoc nãq; est quod nos perpetuũ esse volumus, vt per posteriorẽ voluntatẽ priori derogetur. Sed non est hic sensus Pauli in *d. §. vlt.* quin ille potiùs vt nihil eorũ valeat quæ in prioribus codicillis relicta sunt, etiãsi nihil per posteriores fuerit derogatũ, quia vt nõ valeãt priores codicilli sufficit nõ fuisse illos cõfirmatos, licet nec fuerint abrogati. Nihil ergo interest an testator certi generis codicillos duntaxat confirmauerit, an verò etiam addiderit expressim se non alterius generis vllos codicillos valere velle. Vtroq; enim casu alterius generis codicilli non valẽt, nõ tanquã iis aut expresse aut tacitè derogatũ sit, sed tãquã qui nõ fuerint cõfirmati. Dices cur ergo in specie *d. l. vlt. de leg. 2.* valẽt omnia quæ data fuerũt in epistola nõ obsignata cùm testator nõ aliã scripturã cõfirmasset quàm quæ obsignata reperiretur? In specie autẽ *d. l. conficiũtur.* 8. §. *vlt. de iur. codicill.* nõ valẽt codicilli anteriores, propterea quòd solos nouissimos testator confirmasset? Hîc ego acumẽ & subtilitatẽ interpretum nostrorũ desidero, ex quibus nemo hunc nodum dissoluit. Puto autẽ multùm referre, an testator cõfirmauerit codicillos nouissimos, & postea plures fecerit vt in *d. §. vlt.* an verò eos codicillos confirmauerit quos sua manu obsignaret, postea verò

ea verò codicillos non obsignatos, aut quod idem est, vice codicillorum e-pistolam non obsignatam reliquerit, vt in *d.l.vlt.in princip.* Priore casu non valere codicillos anteriores tanquam nullomodo confirmatos licèt nec abrogatos. Posteriore autem casu valere codicillos etiam non obsignatas, & quidem quod magis est, tanquam cogfirmatos. Differentiæ ratio est, quia testator qui post codicillos nouissimos confirmatos facit plures codicillos, nihil facit propter quod videri debeat recedere à priore voluntate, cùm neque intellectu possint percipi vlli codicilli nouissimi nisi ex comparatione priorũ. Itaq; nihil causæ est cur non prima illa voluntas seruanda sit quæ cõfirmauit certi dũtaxat generis codicillos, id est nõ quoslibet, sed eos tãtũ qui nouissimi essent. At is qui post confirmatos eos tãtùm codicillos, quos obsignatos relinqueret, codicillos cõscripsit, nec obsignauit, aliquid facit ex quo apparet voluisse illum recedere à priore voluntate. Cur enim codicillos fecisset nisi vt valerent? Cur verò non obsignatos, nisi quia voluit etiam non obsignatos valere? Sciens nimirum necesse non esse ad codicillorum validitatẽ vt vel testatoris manu scripti sint vel ab eo signati *d.l.Diui.§.codicillos*, vbi ob hanc causam Marcianus statim subiicit [quod mallẽ vnico contextu legere quàm discreto] Licèt in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit vt non aliàs valere illos velit, quàm sua manu signatos & subscriptos, tamen valere quoscũq; fecerit etiã nõ signatos neq; ab eo subscriptos, quòd ea quæ postea geruntur, derogent prioribus. Deniq; qui cõfirmat codicillos nouissimos, nõ excludit cõfectionẽ, sed tantùm confirmationẽ plurium codicillorum, quãuis si vnos tãtùm codicillos faceret nõ minùs essent illi futuri nouissimi, quippe quos alij nulli sequerẽtur *l. qui duos.9.D.de reb. dub.l.ex duobus.34. de vulg. & pup.subst. l. proximus. 92. l.in vulgari.162.de verb.signific.* Qui verò confirmat codicillos tãtùm eos qui erũt obsignati excludit nõ tantùm confirmationẽ, sed etiam confectionem aliorum nõ obsignatorum. Alioqui dicendum esset cogitasse illũ de codicillis inutilibus frustra faciendis, quod tamẽ nunquã præsumendũ est. Cùm ergo eo tẽpore quo cõfirmauit codicillos eã habuerit voluntatem, vt nõ alios codicillos vnquã faceret quàm qui valerẽt, rursum vt nõ alij valerẽt quàm qui essent obsignati, necessariò cõsequens est vt si postea faciat codicillos nõ obsignatos siue memor siue immemor prioris voluntatis, recedat omnino ab illa priore voluntate. Quo admisso illud etiam cõsequens fit, vt posterior voluntas potior esse debeat, valeántq; codicilli etiã nõ obsignati, quoniã huic volũtati præter id quod vltima est etiam ius patrocinatur quod non exigit obsignationem codicillorum vt valere possint. Itaque hoc casu succedit ea propositio quam Hermogenianus tradit in *l.si quis in principio. 22. de leg.3.* Neminem posse sibi eam legem dicere vt à priore voluntate recedere non possit, quod & scriptum est in *l.quod autem.7.§.penult.D.de donat.int.vir.& vxor.* Est enim hoc ius non tantùm eius voluntatis quæ in testamento declarata sit, sed alterius quoq; cuiuslibet vltimæ voluntatis, vt ambulatoria sit ad supremum vsque vitæ exitum *l.cùm hic status.32.§.pœnitentiam eod.l.4.D.de adim.legat.* Replicabis fortasse. Fieri non posse vt quis certi generis codicillos confirmet, quin cogitet de aliis codicillis inutiliter faciendis, etiam cùm nouissimos confirmat, siquidem pluribus factis codicillis inutiles omnimodo reperiuntur qui priores facti erũt *d.l.conficiuntur.§.vl.* Ego verò hoc nego, quia cùm primos codicillos facit is qui postmodum facit alios, nõ id agit vt

quàm vt obsignati sint. Id enim tunc verè diceretur, cùm testator codicillos suos quoslibet, aut simpliciter confirmasset, non etiam cùm ad nouissimos confirmationem restrinxit, quo casu priores qui non reperiuntur confirmati non possunt valere, tanquam nullam testatoris voluntatem habentes, neque primam neque vltimam. Non primam, quia de nouissimis tantùm codicillis confirmandis, vt diximus, actum fuit. Non vltimam, quia per posteriores codicillos nihil fit, ex quo possit dici recessum à priore voluntate, non magis quàm per priores, sed tantùm ab eo quod prioribus codicillis cõtinebatur: cùm esset in potestate testatoris nõ solùm facere vt priores illi codicilli essent nouissimi, nullis aliis postea factis, sed etiamsi alios codicillos facere voluisset, in posterioribus omnia illa addere quæ prioribus data erãt, vt ita neque à voluntate declarata in confirmatione codicillorum, neque ab eo quod in prioribus codicillis constitutum fuerat vlla ex parte recessum dici posset. Postremo nec illud dici potest quod dicebat vetus ille interpres Petrus quem Bart. refert ac probat, in specie *d. l. vlt.* verba illa quę clausulam derogatoriam, siue expressam, siue tacitam inducere videntur adiecta fuisse ad augmentum, vt inducant fideicommissum, ideòque non debere inducere diminutionem. *l. legata inutiliter. 19. de legat. 1.* Nam negari non potest, quin testator qui eos tantùm codicillos confirmat quos obsignabit, in ea voluntate sit tunc temporis, vt alios qui obsignati non erunt valere nolit, perinde acsi expressim id cauisset, cùm non alij valere possint quàm qui sunt confirmati: itaque fatendum est adiectionem illam de obsignatione codicillorum, non esse factam ad augmentum, sed potiùs ad diminutionem & restrictionem. Et quod nihilominùs eos qui obsignati nõ sunt, dicimus valere adeóq; tanquam confirmatos, non ideo fit quasi sua sponte valere possint citra confirmationem, sed quia mutauit voluntatem, quam mutare & voluit & potuit testator, cùm quos fecit codicillos non obsignauit: adeò semper verum est posteriora prioribus derogare. In illo etiam errat Bartolus quod Scæuolam sic interpretatur, vt ad probandam fidem epistolæ quinque testes necessarios esse putauerit, quod non ita est. Primus enim Theodosius in *l. vlt. C. de codicill.* induxit vt in codicillis, & alia qualibet vltima voluntate extra testamentum, non pauciores quàm quinque testes requirantur. At Scæuolę temporibus sufficiebat, vt quoquomodo constaret epistolam manu testatoris scriptã fuisse, siue per duos testes id probaretur. *l. vbi numerus. 12. D. de testib.* siue per literarum comparationem. Nullam enim iuris sollennitatem olim habebant codicilli, quam hodie vnam hanc habent, vt sine quinque testibus expediri non possint, non magis quàm testamenta sine septem. Non fuit in hac quæstione Iacobus Cuiacius multò subtilior Bartolo cæterísque veteribus interpretibus. Etsi enim nobiscum benè sentit in eo quod vult non alia ratione moueri Scæuolam, in *d. l. vlt. in princip.* quàm quòd potuerit testator prudens, & sciens mutare voluntatem. In eo tamen errat, quod vt probet testatorem in ea specie scientem & prudentem à priore voluntate recesisse hoc vnum intuetur, quod testator ille non satis habuit filio peculium palàm donare, sed etiam adiecit se id præcipuum suísque iuris filium suum, & post mortem suam habere velle: quæ tamen omnia enixam quidem patris erga filium voluntatem probant, sed non mutationem voluntatis, vt aliam epistolam valere pater vellet, quàm quæ esset obsignata. Cùm necesse sit omnia scribi quæcunq; in epistola continentur priusquàm obsignetur. Nihil autem

vetet etiam post declaratam adeo enixis verbis tantam patris erga filium voluntatem superesse adhuc necessitatem obsignandæ epistolæ ex eiusdem patris voluntate: quem proinde credibile est, si aliud nihil pro filio adferas, quàm quod epistola continetur, hoc ipso quod epistolam obsignare noluit recessisse ab iis omnibus quæ per epistolam in filium contulerat, & pœnitentia ductum maluisse nihil agere, quàm sollennitatem voluntati suæ à seipso præscriptam complere. Debuit ergo potiùs dicere Cuiacius, quod & nos dicimus, Probari in hac specie mutationem voluntatis ex eo solo, quod testator qui priùs cauerat, vt ea demum epistola vice codicillorum valeret quam obsignatam relinqueret, postea tamen epistolam fecit quam non obsignauit. Alterutrum enim prorsus necesse est, vt dicamus, Vel recessisse illum à priore voluntate, vel epistolam inutilem & illusoriam facere voluisse, quorum illud facilè potuit facere, hoc verò non nisi absurdè ac ridiculè. Etsi enim ius ciuile, neque codicillos, neque epistolas agnoscit, neque aliam vltimam voluntatem quàm quæ sollenni testamento declarata sit, non eo minus tamen verum est habere hominem à lege, vt posit condere vltimam voluntatem etiam per codicillos, quia si lex primùm facultatem hanc sollenniter testandi non dedisset, nunquam vsus codicillorum, aut inductus, aut confirmatus fuisset. Tantóque maius beneficium videri debet quod à legibus habet is qui moritur cum minùs sollenni voluntate, quod scit voluntatem suam etiamsi nullas habeat sollennitates, nihilominùs ratam fore. Igitur perinde illuderet legibus, & iuri nostro quisquis vellet facere codicillos derisorios aut epistolam inutilem, atque si vellet sollenniter testando subtrahere tamen sibi voluntatem testandi, vt nihil egisse videretur. Nisi quod tam multæ sollennitates in testamento adhibitæ, tanto magis demonstrant, non frustra, sed seriò id agi quod adeò sollenniter agatur. Id enim non tantùm testamentis conuenit, sed omnibus actibus sollennibus commune est, vt qui sollennitates adhibuit, nunquam posit dicere voluntatem sibi defuisse id agendi quod agere se dixit. Omnes namque sollennitates sunt à lege, cui manifestissimè & impudentissimè hac ratione illuderetur. Quare nec Scæuola in *d. l. vlt.* respondit ea tantùm valere quæ pater in filium tam enixè contulisset, sed omnia quæ per epistolam dari se velle significauit, vt intelligamus responsi rationem non ex patris erga filium adfectione petendam esse, sed ex mutatione voluntatis propter conscriptam post testamentum epistolam quæ non fuerit obsignata. Neque verò in hanc speciem cadit illa distinctio quam adhibet Hermogenianus in *d. l. si quis. in principio. de legat.* 3. an testator sciens epistolam conscripserit eámque non obsignatam reliquerit. Nemo enim ignorans aut epistolam, aut codicillos facit, qui non intelligat his modis condi vltimam voluntatem quæ omnimodo valitura sit, si nihil desit ex ijs quæ ad validitatem ius requirit. At quamuis similiter verum sit neminem ignorantem legare, facilè tamen fieri potest vt quis ignorans sæpius leget, id est non memor se iam eidem legasse, siue rem eandem legauerit, siue diuersam. Hoc enim est quod iam in præcedentibus monui, scientiam quam requirit Hermogenianus in *dict. leg. si quis.* neque ad clausulam derogatoriam quæ præcesserit referri debere, neque ad actum ipsum legandi, vt ab interpretibus & à Cuiacio factum est, sed ad memoriam prioris legati, vt proinde distinctio ista scientiæ vel ignorantiæ, non aliter locum habeat quàm in specie *dict. leg. si quis.*

quis.& leg.si ita sit adscriptum. 14. *de legat.*1. hoc est cum is qui initio testamenti sic scripserat, ***cui bis legauero, semel deberi volo***, postea eidem legauit sæpius, & quæritur an legatum sæpius debeatur. In eoque errauit euidenter Cuiacius, existimans apud Hermogenianum dici testatorem ***scientem***, pro eo quod ille interpretatur, ***scientem prudentem.*** Quasi supradicta verba, ***cui bis legauero, semel deberi volo***, sint hominis diffidentis suæ non tantùm memoriæ, sed etiam constantiæ, dum veretur ne suasionibus fortè ac blanditijs amicorum non possit resistere, vt præmuniat se statim ab initio, sibíque præcaueat in posterum ne ea res ipsi heredíue ipsius fraudi sit. Hoc verò non ita est. Si quis enim sic loquitur suæ diffidens memoriæ prudenter quidem facit, cùm facilè contingat homini præsertim moribundo & mortis cogitatione turbato, vt eidem sæpius leget, cui tamen semel tantum dari velit, ignorans scilicet ac immemor se iam legasse quod supra diximus esse in dubio præsumendum ex ***d.l. si ita sit adscriptum.*** sed si diffidat suæ constantiæ putétque ea ratione posse se assequi vt quamuis sciens leget sæpius, non tamen nisi semel legatum debeatur, quin prius ille recuperet voluntatem sæpius vltro legandi, is proculdubio errore labitur, vt in simili loquitur ***Iurisc. in l. si alij*** 19. ***D. de vsufr. legat.*** Etsi enim animum non habeat sæpius legãdi, sæpius tamen legatum debebitur quod sæpius relictum fuerit, si modo sciens & memor se iam legasse, iterum leget. Huic namque potest imputari cur id faciat, quod lex non ad alium finem patitur fieri nisi vt legatum debeatur: quod ei soli non posis imputare, qui per obliuionem prioris legati addit posterius, nullum proinde habens animum sæpius legandi, ***leg. Seia.*** 20. ***in princip. de instruct. & instrument. legat.*** At quid si in specie, ***dict. leg. vltim. & l. Diui.*** 6. ***§. licet. de iur. codicill.*** testator ita dixisset, ***Si quas scripturas non obsignatas reliquero, eas neque scribo, neque relinquo.*** Dicerem eo casu non valituras illas quæ non obsignatæ reperirentur, siue epistolæ essent, siue codicilli: quia non potest mutatio voluntatis colligi ex eo facto quod ille ipse qui facit, neget se facere velle, ex ***leg. si mihi & tibi.*** 12. ***§. in legatis. de legatis prim.*** Ita multùm interest, an verba testatoris derogatoria ad factum, an ad ius referantur. Si ad factum, operantur ne testator postea faciendo id quod se non facere dixerat, quicquam fecisse videatur, dummodo faciat in eodem testamento. Hoc enim necesse est ad inducendam repugnantiam & contradictionem, quæ alioqui nulla esse potest pluribus factis testamentis, cùm statim atque posterius perfectum est, tollatur prius. Si verò ad ius relata sint, nihil operantur, quia interueniens factum contrarium priori voluntati, contrariam quoque voluntatem demonstrat, vt à nobis in superioribus explicatum fuit. De clausula derogatoria circa leges & Principum constitutiones alius tractatus est, in quo placet mihi quod supradicto loco Cuiacius notat sufficere, vt quisquis posteriorem legem facit aut constitutionem, habeat voluntatem prioris abrogandæ, licèt nullam subiiciat specialem prioris derogationem. Nulla enim alia lege quàm propria voluntate constringitur, ne legem nouam facere & veterem abrogare posit, siue populus ille sit, siue Princeps. Quod in priuato secus est qui non potest, non velle quod leges volunt. Leges autem omnes volunt, vt quisquis vltimam voluntatem condit præsertim sollennem: postea non posit dicere voluntatem

ſibi in eo actu defuiſſe, nec cuiquam liberum eſſe patiuntur aliquid deriſoriè agere circa vltimas voluntates, ſi nihil deſit ex iis quæ à iure ad voluntatis confirmationem requiruntur.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXVIII.

ERROR PRIMVS.

De clauſulæ derogatoriæ reuocatione, an ſpecialis eſſe debeat, an verò ſufficiat generalis.

OCIOSA & ſuperuacua erit hæc quæſtio apud eos qui ex ſuperiore Decade didicerint clauſulas derogatorias, per quas mutandæ voluntatis libertas quoquomodo conſtringatur, vel reſtringatur, nullius eſſe momenti. Sed quia tamen non tantum nobis tribuimus, vt tam inueteratum errorem ſcriptis noſtris tam citò profligatum iri ſperemus, cæteros errores circa clauſulã derogatoriã inductos qui ex primo illo fluxerunt, proſequemur, vt ex iis quoque qui adhuc in poſterum errare volent, ſi qui erunt tam imprudentes, hoc tamen à nobis habeant etiam inuiti, vt minùs errent. Ex iis omnibus qui volunt eam eſſe clauſulæ derogatoriæ vim & poteſtatem, vt impediat ſecundi teſtamenti validitatem cùm fuit derogatoria duntaxat voluntatis, nemo eſt qui non fateatur, poſſe tamen illam expreſsim reuocari. Nam & qui poſt Salycetum ad *l. ſancimus. C. de teſtam.* defendunt valere huiuſmodi clauſulas, tum quoque cùm expreſsim derogatoriæ ſunt ſollennitatis, adeóque facultatis, & vt loquuntur, poſsibilitatis teſtandi, non alia ratione mouentur, quàm quòd expreſsim quoque reuocari quandoque poſsint, ſi velit teſtator ſaluam ſibi pro arbitrio teſtandi voluntatem ſupereſſe. Quærunt itaq; qualem eſſe oporteat clauſulæ derogatoriæ reuocationem, vt valida ſit & efficax. In eo autem conſentiunt expreſſam eſſe oportere, nec tacitam ſufficere. Sed cùm tribus modis exprimi quid poſsit. In genere, in ſpecie, & in indiuiduo dubitãt, an generalis reuocatio ſufficiat, an verò ſpecialis neceſſaria ſit adeoque indiuidua. In genere tunc reuocationem fieri volunt cùm in ſecundo teſtamento

stamento adiicitur vulgaris illa clausula quæ hodie ex stilo Notariorum adiici solet in omnibus etiam primis testamentis, *Cassans & irritans quodcunque testamentum pracedens*, aut quod effectu idem est, *non obstante quocunque testamento.* In specie verò, cùm testator ita scribit, *non obstante quacunque clausula derogatoria in priore testamento apposita.* In indiuiduo denique si verba ipsa clausulæ derogatoriæ referantur & exprimantur hoc modo, *non obstante clausula derogatoria concepta sub tali formula verborum.* vt ex communi aliorum sententia tractat Marcus Antonius Natta, *consil. 639. nu. 8.* vbi concludit neque generalem reuocationem sufficere neque indiuidualem illam requiri, sed adhibendam esse specialem. Per textum in *leg. si quis in principio. 22. D. de legat. 3.* in illis verbis, *si specialiter dixerit*, vbi etiam Bart. & alij quos refert & sequitur Socin. ad *leg. si mihi & tibi. 12. §. in legatis num. 5. & 6. de legat. 1.* Quod aiunt non requiri indiuidualem vt vocant, sed sufficere specialem, sicut ab omnibus admittitur, ita verissimum est & extra omnem dubitationem: quia si clausulam derogatoriam in indiuiduo reuocari oporteret, nihil esset faciliùs quàm vt obliuione verborum quæ exprimenda essent eriperetur testatori facultas mutandi testamenti, cùm nihil sit labilius hominis memoria *l. peregrè. 44. in princip. D. de acq. possess.* Itaque si testator in secundo testamento dixerit, *non obstante quocunque testamento per me condito & clausulis derogatoriis in eo appositis.* volunt omnes reuocationem istam valere tanquam specialem post Bart. ad *d. l. si quis. num* 10. vbi ponit casum in fortioribus terminis si testator condicionaliter tantùm meminisset verborum derogatoriorum hoc modo, *etiamsi in eo testamento essent quædam verba derogatoria.* Item si clausula derogatoria sic esset concepta. *Quòd si aliud testamentum fecero, nolo valere nisi sit obseruata talis solennitas. Etsi in eo fuerint apposita verba reuocatiua istius clausulæ nolo valere*, quia, inquit Bart. quocunque modo sint facta verba reuocatoria si prioris voluntatis faciunt mentionem & etiam qualitatis testamenti sufficit ad reuocationẽ quòd sit reuocata clausula derogatoria, nec necesse est quod verba singulariter exprimantur. Multo magis idem dicendum erit si in posteriore testamento ita scriptum sit, *non obstantibus quibuscunque verbis in primo testamento appositis etiamsi de talibus verbis oporteret specialem fieri mentionem quorum tenorẽ hic haberi voluit pro expressis.* Qui casus est de quo ita consuluit & respõdit Feder. de Senis *cons. 47. incip. habita super casu prædicto.* Bald. & Angel. in *l. omnes. 4. per ill. text. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* vbi idem esse volunt, etiamsi clausula reuocatoria in posteriore testamento sic concepta sit, *non obstante aliquo alio testamento etiamsi de eo fieri deberet mentio specialis.* Quæ tamen species à superiore dissimilis est nec videtur carere dubitatione cùm aliud sit reuocari specialiter prius testamentum. Aliud verò reuocari specialiter clausulam derogatoriam positam in priore testamento: nec sufficiat reuocari specialiter testamentum in quo fuit clausula derogatoria si non ipsa etiam clausula reuocetur. Nam & inde est quod in illa quæstione si testamentum vnicum præcesserit, an sufficiat in posteriore adhibitam fuisse clausulam illam, *non obstante alio quocunque meo testamento*, vt clausula derogatoria bene reuocata intelligatur, etsi Bartolus affirmatiuam partem secutus est *dict. numer.* 10. quasi generalis relatio ad testamentum quod est vnicum ha-

beri debeat pro speciali relatione ex *leg. 1. & 2. de liber. & post. leg. si optio. 13. D. de optio. legat.* contraria tamen sententia receptior est, teste Alex. *cons. 25. incip. viso testamento. vol. 3.* Non alia meliore ratione quàm quia ipsum quidem prius testamentum hoc casu specialiter reuocatum esse videatur, at non ipsa etiam clausula derogatoria apposita in eo testamento: vt subtiliter ratiocinatur Socin. ad *dict. §. in legatis. numer. 5. & 8.* vbi notat ex Aretino, testamentum dupliciter posse considerari. Primò respectu formæ &, vt ipse loquitur, contextualitatis, & hoc respectu dici vnum *leg. si is qui. 25. D. qui testam. facer. poss. iunct. leg. heredes palam. 21. §. vltim. eod. leg. cum antiquitas. 28. Cod. de testam.* Secundò, respectu plurium contentorum in testamento, & tunc quot sunt dispositiones tot posse dici testamenta cùm testamentum dicatur testatio mentis: Ex quo infert quòd testamentum tanquam genus prædicatur de dispositionibus contentis in eo, scilicet institutione heredis legatis, clausula derogatoria & aliis contentis tanquam de suis speciebus, & quælibet dispositio, putà legatum prædicatur de suis indiuiduis. Et consequenter quod clausula illa, *non obstante quocunque testamento*, etiamsi vnum duntaxat testamentum de facto præcesserit [de iure namque plura præcedere non posse certum est] licèt sit specialis quantum ad testamentum, non est tamen specialis sed generalis quantum ad clausulam derogatoriam, ob idque nec sufficit, Per textum in *dict. leg. si quis.* Mihi tamen tota hæc distinctio & traditio suspecta est. Quamquam enim specialem reuocationem Hermogenianus exigit in *dict. leg. si quis*, si modò Hermogeniani sunt verba illa quibus decipiuntur interpretes, & quæ nos post Cuiacium docuimus in præcedentibus esse Triboniani. Non tamen exigit specialem reuocationem clausulæ derogatoriæ, vt Socin. & alij præsupponunt, sed tantùm specialem reuocationem prioris voluntatis, id est, vt verba ipsa legis explicant, quòd testator dicat pœnitere se præcedentis voluntatis, & disponat contrà quàm prius disposuerat. Hoc enim est quod lex ait, *& voluisse vt legatarius plura legata accipiat.* Et quamuis in clausula derogatoria posterioris tantùm legati difficile sit, vt reuocetur prior voluntas, quin clausula ipsa derogatoria pariter reuocetur. In ea tamen de qua nunc agimus, id est, quæ sit derogatoria posterioris testamenti quid vetat testatorem dicere quod pœniteat se prioris voluntatis, etiamsi non addat specialem clausulæ derogatoriæ reuocationem? An non satis specialiter dicit se pœnitere, cùm non modò aliud facit testamentum, sed etiam alium heredem? Nam si apud Hermogenianum, sufficit vt testator qui ita scripserat, *Cui bis legauero semel deberi volo*, postea dicat velle se, vt legatarius plura legata accipiat, ne possit dubitari quin eum pœnituerit prioris voluntatis, etiam nulla clausulæ derogatoriæ expressim facta mentione, Cur non sufficiet ad reuocandam clausulam derogatoriam in priore testamento appositam, quod factum sit aliud testamentum in quo specialiter reuocatum sit prius, quantumuis clausula derogatoria in priore contenta generaliter tantùm non etiam specialiter reuocata proponatur? An forte fieri potest, vt non recedat à priore testamento is qui condit posterius, aut vt non recedat à priore voluntate qui recedit à priore testamento? Quòd si is qui post testamentum à se sollenniter conditum præbet se adrogandum, vsque adeò à priori voluntate re-

tate recedere intelligitur, vt quamuis postea moriatur sui iuris nullo alio facto testamento, si tamen scriptus heres bonorum possessionem secundùm tabulas petat, doli mali exceptione submouendus sit, quia dando se in adrogationem testator cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transtulit vt Papin. ratiocinatur in *leg. penult. §. vltim. D. de bon. poss. secund. tabul.* quanto magis à priori voluntate recessisse credendus est quisquis aliud testamentum fecit, aliúmque fortunarum suarum successorem elegit, tametsi de clausula derogatoria neque in genere neque in specie quicquam dixerit? sed quanto apertius si testamentum ipsum in quo clausula derogatoria continebatur, specialiter reuocauerit? Pœnitentiam enim illam, quam apud Hermogenianum Tribonianus exigit, quid necesse est probari verbis, si probetur facto ipso? Aut etiamsi verbis probanda esset, quibúsnam aliis opus est quàm ex quibus appareat pœnitere testatorem prioris testamenti? Aut quando potest apparere manifestiùs, quod eum pœniteat quàm cùm non contentus aliud facere, testamentum reuocat expresim prius per posterius? Sed neque verum est quod vult Socinus testamentum in genere prædicari de omnibus contentis in testamento tanquam genus de suis speciebus, & tot esse testamenta quot sunt dispositiones quæ in testamento continentur. Esset enim falsa propositio si quis diceret legatum aut tutelam esse testamentum: Multo magis ista, *Clausulam derogatoriam in priore testamento adscriptam esse prius testamentum.* Aestimatur enim testamentum ex sola institutione à qua necesse est vt vires capiant, & legata & clausulæ omnes testamentariæ: Et consequenter fieri non potest, quin reuocato specialiter testamento, ipsa quoque heredis institutio per æquipollens specialiter & expresim reuocata intelligatur. Nec rursus vt reuocata institutione non etiam cætera omnia reuocata existimari debeant, quæ pendent ab institutione. Ergo & clausula derogatoria quam vtique nemo dixerit posse saluam, & efficacem consistere nisi saluo subsistente testamento. Sed etsi verum esset quod Socinus vult clausulam derogatoriam in priore testamento adscriptam posse separatim dici testamentum, ob id solùm quòd sit testatio mentis, [quasi verò sicut omne testamentum ex allusione vocabuli est testatio mentis, ita è conuerso omnis testatio mentis testamentum sit] hoc ipso statim consequens fiet, vt ad eam reuocandam sufficiat prius testamentum per posterius saltem expresim & specialiter reuocatum esse. Alioqui paulatim eò vsque absurdi progrediemur, vt dicamus reuocato priore testamento per posterius, etiãsi nulla in priore fuerit clausula derogatoria, nihil tamen reuocatum fuisse si non institutiones quoq; & legata & cætera omnia reuocẽtur, quæ priore testamento continebantur. Nam secundũ Socini sententiã facilè cuiuis licebit cauillari reuocatũ quidẽ esse testamẽtũ, sed tot fuisse testamẽta quot fuerunt dispositiones in priore illo testamẽto, ideóq; non tã testamẽti quàm testamentorũ reuocatiõnẽ fieri debuisse. Quòd si verũ est & omnes fatentur, reuocato testamẽto nihil aliud exigi vt omnia quæ in eo cõtinentur, reuocata intelligantur, eo saltẽ casu quo nulla sit in testamẽto clausula derogatoria, quidni eadẽ ratione fatebimur clausulã derogatoriã si qua in eo testamẽto reuocato adscripta sit, reuocatũ quoq; intelligi debere? Cur.n. potẽtior esse debeat, quàm legata, & cætera in eodẽ testamento contenta, sine singula pro

vnius testamenti partibus accipias, siue pro totidem testamentis separatis? Nam quod in priore testamento adiecta sit, vel non sit clausula derogatoria, ad id tantùm prodesse potest vt reuocato priore testamento ipsa, etiam clausula derogatoria, si qua inserta fuit, reuocata dici debeat, quæ si nulla fuisset vtique reuocari non potuisset. At non etiam vt impediat reuocationem testamenti ne ipsa quoque simul cum testamento reuocata videatur. Ita enim fieret vt prius testamentum quod alioqui per secundum foret ipso iure reuocatum defenderetur, virésque suas acciperet ex clausula derogatoria, quæ tamen ipsa pendeat à testamento. Atqui ita vt principale confirmaretur per accessorium, & totum per partem: quæ omnia quàm absurda sint si Iureconsultos consulamus, docebit satis ratiocinatio Papiniani in *l. quod per manus.* 10. *D. de iur. codicill. & Pauli in l. ex pupillari.* 44. *de vulg. & pup. subst.* Nec ad rem pertinebit si quis obiiciat clausulam derogatoriam non tantùm posse considerari tanquam partem testamenti, sed etiam quasi protestationem quandam præambulam quæ declaret voluntatem & consensum in posteriore testamento deesse. Sic verò consideratam non esse necessarium vt pendeat à testamento, cùm possit protestatio fieri & plerunq; commodiùs, etiam extra testamentum. Nam respondeo illa etiam quæ extra testamentum fieri potuerunt si in testamento facta sint, necessariò corruere & reuocari, reuocato alitérve corruente testamento, vt cernere est in fideicommissis, quæ certum est & ab intestato relinqui posse: & tamen cùm in testamento relicta sunt si testamentum corruat, nullomodo deberi nisi à legitimis successoribus fuerint repetita *l. generaliter.* 24. *§. ex testamento. D. de fideic. libert. l.* 1. *C. eod. l. ea quam.* 14. *C. de fideic.* quia quisquis fideicommissum in testamento simpliciter relinquit videtur id animo agitare, vt ita demum velit illud valere si testamentum quoque valeat *l. si iure.* 18. *de legat.* 3. Præposterum igitur est ac proinde ridiculum dicere, Impediri reuocationem prioris testamenti ob clausulam derogatoriam in eo appositam, cùm prius esse debeat vt testamentum non sit reuocatum, quàm vt clausula derogatoria in ipso adscripta debeat aliquid operari. Sed illud euidentius absurdum, dicere Non pœnitere testatorem specialiter prioris voluntatis, cùm expressim eum pœnitet prioris testamenti, Aut non pœnitere illum prioris testamenti, cùm posterius condit, quod sit iure perfectum. Nam vel necesse est, vt putet posse quem decedere cum pluribus testamentis, quod tamen ne quidem ex clausula derogatoria colligi potest, quippe quæ supponit non nisi vnum testamentum valere posse, Vel vt posterius testamentum condendo sollenniter, illudat manifestè non modo testibus, sed etiam legibus: quorum neutrũ sanè lex ferre potest, quæ tamen sola hac in re consulenda est, cùm sola tribuat & indulgeat ius testandi. In eoque manifesta est differentiæ ratio inter clausulam derogatoriam posterioris legati in eodem testamento relicti & clausulam derogatoriam posterioris testamenti, vt superiore Decade ostendimus, quia non sicut potest in eodem testamento eidem sæpius legari, pluráque legata in eodem testamento relinqui in specie *d. l. si quis.* Ita potest fieri vt quis decedat cum duobus testamentis. Proinde mirum non est quod nos volumus, etiam admisso eo quod interpretes putant & nos negamus, vt clausula posterioris legati derogatoria specialiter & expresim reuocanda sit: Non ideo tamen fieri consequens vt clausulam posterioris testamenti de-

ti derogatoriā ſpecialiter in poſteriore reuocari oporteat, cùm citra vllā ſpecialem expreſsionem reuocetur ſatis per ipſius teſtamenti prioris, reuocationem, teſtamentum verò prius per poſterius. Concludamus igitur ad reuocandum teſtamentum prius in quo talis clauſula inſerta fuerit, non modò ſufficere generalem reuocationem, ſed neque neceſſariam illam eſſe, ſufficiente ſola poſterioris teſtamenti poteſtate propter coniunctam iuris autoritatem: Nec quicquam referre quibus verbis clauſula derogatoria concepta ſit: Nec rurſus an vnum teſtamentum præceſſerit an plura. Adeóque nec an in poſteriore teſtamento facta ſit aliqua mentio prioris, an nulla. Quod ſi admiſſo interpretum errore fateamur clauſulam derogatoriam poſterioris teſtamenti alicuius eſſe ponderis, vt expreſsè illam reuocari oporteat, hoc ſaltem aſſecuti videmur vt iam appareat generalem quamlibet reuocationem ſufficere, nec ſpecialem requiri. Nam ſi nullam requiri probauimus, multo magis probatum relinquitur ſufficere generalem. Nec me mouet quod Socinus obijcit ex *leg. 1. §. inter. D. ad leg. Cornel. de falſ.* vt probet aliud eſſe confirmari teſtamentum aliquod generaliter, quod ſit cùm vna ſubſcriptione confirmantur omnia quęcunque teſtamento continentur. Aliud verò confirmari ſpecialiter aliquid quod in eo contineatur, per ſpecialem ſcilicet ſubſcriptionem: Inferens ex eo, pari ratione generalem teſtamenti derogationem & reprobationem dici debere, cùm teſtamentum ipſum reuocatur & generaliter omnia in eo contenta, Specialem verò ſi quid ex iis quæ in teſtamento continentur ſpecialiter reuocetur. Etenim reſpondeo non eandem eſſe hac parte adprobandi & reuocandi teſtamenti rationem. Adprobationem teſtamenti generalem non ſemper ſufficere ſed interdum ſpecialem requiri, vt in ſpecie *diſt. §. inter*, cùm extraneus ſibi aliquid in alterius teſtamento adſcripſit, quia fieri facilè poteſt, vt toto reliquo ſubſiſtente teſtamento, illa tamen clauſula falſa ſit per quam ſibi extraneus adſcripſit, quomodo illam pro falſa habet lex Cornelia, ſi non ſpeciali adprobatione ſuſpicio iſta falſi purgetur. At fieri nunquam poteſt, vt reuocato generaliter teſtamento, non etiam reuocata intelligantur omnia, quæ in teſtamento fuerant conſtituta, quia ſi teſtamentum ipſum non valet propter reuocationem, nihil quoque valere poteſt eorum omnium quæ eo teſtamento continentur. Quid ergo poteſt prodeſſe, ſpecialiter reuocari clauſulam derogatoriam, aut qua ratione poteſt neceſſaria videri talis reuocatio ſpecialis, ſi teſtamentum ipſum ſpecialiter nedum generaliter reuocatum proponatur, per poſterius teſtamentum, in quo præſertim alij fuerint heredes inſtituti, quàm qui fuerant in priore?

ERROR SECVNDVS.

Si in secundo testamento apposita sit clausula, non obstante tali testamento manu talis tabellionis recepto, & de aliis casibus. Et ad l. sancimus.25.C.de testam.

HABVIT hic casus dissentientes nobiliores interpretes. Bartolus enim ad *leg. si quis in principio. num.8. de legat.3.* putat non sufficere huiusmodi reuocationem. Nisi clausula derogatoria in priore testamento posita simpliciter fuerit concepta in hunc modum, *si aliud testamentum fecero nolo valere*, nullis aliis verbis additis quæ facere debeant, vt specialiori opus sit reuocatione. Baldus verò in *leg. humanum. Cod. de legib.* sufficere omni casu talem reuocationem tanquam quæ satis specialis sit hoc ipso quod tam specificam habet relationem ad prius testamentum: quam sententiam alij quoque secuti sunt quos refert Socin. ad *leg. si mihi & tibi.12.§.in legatis.numer.9.de legat.1.* Ipse verò valde dubius, quod iis euenire necesse est qui à iuris ratione aberrantes fluctuant in errore, non facilè potest decernere in quam partem propensior esse debeat. Ait enim considerandum esse quod aut volumus secundum testamentum præualere, quasi apposita sit sufficiens clausula reuocatoria hoc ipso quod facta est relatio specifica ad prius testamentum. Et hoc, inquit, est falsum, quia dicitur esse generalis non specialis. Aut volumus dicere secundùm testamentum præualere, quasi tunc dicatur clarè constare de mente testatoris ex eo quia multùm specificè retulit se ad certum testamentum manu certi tabellionis conscriptum. Et tunc fortè non esset absurdum dicere, quòd secundum præualeret, quia, inquit, ista est vna maxima in hac materia secundùm Doctores, quòd vbi possumus coniecturare testatorem voluisse secundum testamentum valere non curamus qualiter clausula reuocatoria apposita fuerit. Itaque vt nihil concludat, hoc vnum concludit, quod hodie Doctoribus nostris frequentissimum est, Esse rem hanc ex earum numero quas arbitrarias vocant, & in hac quæstione posse iudicem ex variis circunstantiis aliquando in vnam, aliquando in alteram partem moueri. Circunstantiæ autem quæ iudicem maximè debeant mouere, vt pro secundo testamento pronunciet, iuxta ea quæ idem Socin. tradit *num.15. & seqq.* hæ potissimum sunt. Si inter primum & secundum testamentum intercesserit decennium. Ex *leg. sancimus.27. vbi Bald. & alij. Cod. de testam.* quæ induxit vt prius testamentum quamuis perfectum tollatur per posterius etiam imperfectum tam ex contraria voluntate quàm ex cursu temporali, quamquam nulla ibi mentio fit clausulæ derogatoriæ in priore testamento appositæ, vt nec alio vllo iuris loco. Item si post primũ & ante secundum testamentum interuenerint graues inimicitiæ inter testatorẽ & heredem in priore testamento institutum. *arg. l.3. in fin. D. de adim. legat. l. in confirmando.8. l. vtilitatem.10. D. de confirm. tutor.* Item si magna sit adfectio testatoris erga personam in posteriore testamento scriptam. Ex Baldo in *leg. si iure. Cod. de manum. testam.* Rursum si testator in secundo testamento dixerit velle se secundum testamentum omnino valere, & quod in eo contenta sortiantur effectum. Iuxta opinionem Baldi *consil. 196. incip.* Reperitur

quòd

quòd quidam dixit *lib.3.* vbi ait perinde hoc esse ac si specialiter testator expressisset de clausula derogatoria cùm nihil aliud requiratur vbi constare potest de mente testatoris. Ex traditis per Ioan. Andr. in *cap.1. de constit. in 6.* Postremò si testator in secundo testamento dixerit velle se illud esse præcisum. Nam & hoc verbum volunt nostri habere vim clausulæ derogatoriæ, secuti Iacob. de Aret. in *leg. omnes populi. de iustit. & iur. Abbat. in cap. ex parte. de rescript. Ioann. Andr. in cap. 1. ad fin. de excess. prælat. lib. 6.* Ego verò sicut omnibus istis casibus in quibus fatentur nostri testamentum posterius valere cum ipsis sentio, quia nec aliud sentirem etiamsi ex supradictis omnibus circunstantiis quarum aliquam ipsi requirunt, nulla prorsus interueniret. Ita non possum facere quin ridiculum esse putem dubitare. An in ea specie quam proposuimus præualere debeat omnimodo posterius testamentum. Quidni enim præualeat etiam secundùm ipsas interpretum traditiones cùm tam aperta sit hoc casu reuocatio, & tam specifica prioris testamenti, per designationem personæ tabellionis qui testamentum excepit? Aut quis tunc dubitationi locus relinquitur an testator senserit de eo testamento reuocando? Neque rursus video quomodo possint ista stare, quæ tamen Socinus & alij pro compatibilibus habent, vti non modò testamentum prius sed ipsam quoque clausulam derogatoriam in testamento illo priore appositam specialiter reuocari oporteat, Et vt sufficiat constare de mente testatoris, quòd velit secundum testamentum valere. An non enim semper constat & quidem clarissimè, quoties posterius testamentum iure perfectum est cùm nullomodo fieri queat vt subsistat vtrumque testamentum, aut vt non ex iuris ratione prius testamentum per posterius perfectum euertatur, etiamsi nulla prorsus facta sit mentio prioris testamenti? Quanto magis ergo si expressim siue specialibus siue generalibus tantùm verbis fuerit reuocatum? Aut si hoc quoque casu voluntas in posteriore testamento deesse intelligitur propter præcedentis clausulæ derogatoriæ potestatem, quid obsecro prodesse potest ad posterius testamentum confirmandum quod testator dixerit velle se illud præcisum esse, aut omnino valere & quod in eo contenta effectum sortiantur? Cur non enim perinde liceat dicere in iis posterioris testamenti verbis non minùs quàm in cæteris deesse voluntatem si clausula derogatoria non sit specialiter reuocata? Aut quis testator est qui non perinde credendus sit velle, vt posterius suum testamentum valeat & sortiatur effectum etiam cùm de eo nihil cauit; atque cùm expressim & specialiter id dixit. An fortè quisquam est tam stultus & ridiculus qui testamentum sollenniter perficiat ideo tantùm, vt nihil agat. Quid verò vnquam egerit vel aget seriò is qui in re tam sollenni, tam honorifica histrionem velit agere dum fingit se agere testatorem. Quòd si quando secundum testamentum factum est coram Principe vel coram iudice, omnes consentiunt tolli primum per secundum, vt Bald. Alex. & alij notant in *dict. leg. sanctimus*, quia coram iudice ac fortiùs coram Principe præsumatur cessare omnis suspicio machinationis, & impressionis, vt tractat Socin. *dict. §. in legatis. numer. 13. ex leg. 1. Cod. de præd. cur. lib. 10.* quidni eadem erit potestas & autoritas legis quæ Principis vel Iudicis, cùm nisi præsente lege & suas sollennitates adhibente testamentū fieri nō possit. Quamuis enim lex in eo differat à iudice & à Principe quod neque videt neque videtur,

vt præsentem vim vel dolum, aut impedire aut coercere possit, an non tamen æquè sufficienter consulit testatori, ne quo tempore testatur vim vllam dolúmue pati possit cùm iubet adesse septem testes, masculos, puberes & ciues Romanos, qui vnico contextu testamentum fieri videant, neque quicquam se præsentibus, aut vi aut dolo malo fieri patiantur? Nam & ob eam causam constitutum est, vt testes, qui in testamento propter sollennitatem adhibentur, durare debeant donec suprema contestatio peragatur, vt Vlpianus scribit in *l. qui testamento. 20. §. & veteres. D. qui testament. facer. poss.* Ne scilicet dubitari possit in toto illo actu testandi, qui vnicus & indiuiduus est nihil interuenisse quod à legibus bonísue moribus abhorreat. Adeò vt si vel vnus ex testibus eo in loco vbi testamentum factum est inuitus detentus sit, non valeat testamentum *dict. l. qui testamento. §. vltim.* quia lex non tantùm testatoris, sed testium quoque liberam vult esse voluntatem. Dices posse facilè contingere vt interueniat vis & dolus ante factum testamentum, licèt non interueniat in actu ipso testandi, & coram testibus. In eam verò rem comparatum esse vsum clausulæ derogatoriæ, vt se præmuniat testator aduersus fraudes vel blanditias, quas sibi vel ab aduersariis, vel ab amicis aut consanguineis timet. At ego eadem ratione contendam, Neque illud testamentum posterius debere præualere quod factum sit coram iudice vel Principe, si in priore fuerat adiecta clausula derogatoria, quoniam præsentia iudicis vel Principis, excludit quidem suspicionem omnem præsentis doli, metúsue, ne quicquam præsente Principe vel iudice dolo malo, aut per vim metúmue factum videatur, [quam in rem solet etiam sufficere præsentia amicorum. *l. transactionem. 35. C. de transact.* quidni etiam multo magis præsentia septem testium in testamento adhibitorum, qui vt plurimùm ex amicioribus eligi solent] sed non excludit vim vel fraudem, quæ interuenerit antequàm ad iudicem vel ad Principem iretur, quandoquidem eodem dolo metúue, quo quis ad iudicem vel ad Principem ire cogitur, vt contra voluntatem suam testetur, etiam prohibetur ne apud iudicem vel Principem audeat conqueri de dolo illo, metúue sibi illato, cùm sciat non posse sibi semper adesse iudicem vel Principem ad vim fraudémue arcendam, quam ab aliis sibi timet. Non igitur maior ratio est, vt clausulæ derogatoriæ specialis reuocatio necessaria sit in eo posteriore testamento, quod sollenniter factum sit coram septem testibus qui legis, totiúsque populi maiestatem repræsentant, quàm in eo quod coram iudice vel Principe factum proponatur. Sed & interpretibus nostris illud valde obstat, quod iam diximus eos fateri post Baldum ad *dict. l. sancimus.* Clausulę derogatorię reuocationem speciale n necessariam non esse, si secundum testamentum factum sit integro decennio post primum. Nec enim Iustiniani constitutio in *dict. l. sancimus.* vllam tribuit vim posteriori testamēto post transcursionem, vt ipse loquitur decennij facto, nisi quantam ipso iure haberet posterius testamentum, quod ritè factum perfectúmque esset sequenti die post prius, vt ex legis verbis apparet. Ergo si clausula derogatoria in priore testamento apposita non impedit posterius testamentum etiam per quod non fuerit specialiter reuocata, si factum illud sit post decennium, neque impediet aliud posterius quodlibet quocunque tempore factum dummodò iure perfectum. Neque responderi pro interpretibus potest, Iustiniani constitutionem ęquiparare testamentum posterius quod iure perfectum sit, te-

sit, testamento imperfecto quod conditum sit post lapsum decennij, sed si testamentum secundum sit & iure perfectum, & præterea lapsu decennij fauorabile, æquum esse vt in hoc plus iuris habeat quàm aliud testamentum perfectum quodlibet, vt citra vllam specialem reuocationem possit prius testamentum euertere, quod priorem clausulam derogatoriam habebat. Nam replicabo, immo verò non posse maiorem esse fauorem testamenti secundi perfecti post lapsum decennium, quàm eius quod fuerit perfectum altero, aut tertio die post primum: siquidem testamento perfecto, neque perfectius aliud, neque proinde fauorabilius vllum intelligi potest, præsertim verò ex solo lapsu temporis, cùm è contrario, quo antiquius est primum testamentum eo fauorabilius videri debeat, si nulla eius reuocandi causa noua probetur emersisse. Quanquam nec causam reuocandi testamenti aliquam superuenisse satis est, vt debeat haberi pro reuocato, quia non est testamentum ex earum rerum genere quæ nuda voluntate, aut constitui possint aut reuocari. *l. penult. §. vlt. D. de bonor. poss. secund. tabul. §. penult. Instit. quib. mod. testament. infirm.* multo minùs ex sola coniectura mutatæ voluntatis, inducta ex inimicitiis quæ superuenerunt: quamuis sufficerent illæ ad inducendam tacitam legati vel fideicommissi ademptionem. *dict. l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de adim. legat.* At neque in tota illa Iustiniani constitutione verbum vllum est, ex quo possit colligi id egisse Iustinianum, vt posteriori testamento clausulam tacitam inesse velit ad prioris testamenti reuocationem. Maximè verò si ponas in priore testamento adesse clausulam derogatoriam, quę aliquo casu vel tempore debuerit habere effectum. Quod enim hodie posterius testamentum factum post decennium etiam minùs sollenniter, tollit prius, non fit ex potestate vltimę voluntatis tanquam reuocatorię, sed sola potestate constitutionis Iustinianeæ quę inuita iurisprudentia nouum hoc ius induxit. Cùm ergo ea constitutio non loquatur de testamento sollenniter facto post decennium, quia nec indigebat vlla constitutione noua testamentum tale, vt primum testamentum quantumuis sollenne rumperet ipso iure: nihil causę est cur sine lege debeamus fauere testamentis secundis post decennium ritè factis potiùs quàm cęteris ante decennium bene ordinatis. Illud verò adhuc absurdius est iis nos fauere quantum ad inducendam tacitam clausulam reuocatoriam, clausulę derogatorię in priore testamento contentę, cùm in ipso etiam legis casu, hoc est, posteriore testamento existente imperfecto, nihil tale à Iustiniano constitutum reperiatur. Potest sanè lapsus decennij prodesse ad impediendum effectum clausulæ derogatoriæ in priore testamento adhibitæ. Eo prętextu quod per lapsum decennij obliuionis pręsumptio inducatur, vt notant nostri ad *l. peregre. 44. D. de acquir. possess.* Sed hęc ratio non tam inducit tacitam reuocationem clausulę derogatorię [quomodo enim tacitè illam reuocasse videri potest qui nec expressè potuit reuocare propter obliuionem?] quàm tollit eius reuocandę necessitatem, quoniam arctaretur quis ad impossibile si cogeretur eam clausulam specialiter reuocare, cuius nullomodo meminisset. Deinde quid si ex facto proponatur, probetúrque testatorem posterioris testamenti tempore non tantùm fuisse memorem prioris, sed etiam clausulę derogatorię in eo adscriptę, quam tamen non reuocauerit specialiter in posteriore? Cessabit hoc casu fauor temporis quod ad pręsumptionem obliuionis inducendam, quia semper & in omnibus pręsumptio cedit probationi veritatis.

Et tamen æquè verum erit iuxta interpretum sententiam, per posterius testamentum nullam habens clausulam reuocatoriam euersum fuisse prius quod habebat derogatoriam. Nimirum propter concurrentem vt illi volunt lapsum decennij cum potestate perfecti & posterioris testamenti. Non igitur solus prætextus obliuionis quæ ex decennio præsumitur, probabilem facere potest hanc interpretum sententiam, quæ nec Iustiniani constitutione noua, neque alia vlla, vel veteris, vel noui iuris lege adiuuatur. Aut si Iustinianum id egisse volumus, vt posterius testamentum tacitam intelligatur habere clausulam derogatoriæ reuocatoriam, cùm post decennium factum est sollenniter, peto indicari mihi quodnam sit hac de re verbum in tota cōstitutione, aut rationem aliquam adferri, cur minùs fauorabile sit testamentum iure perfectum, quod antè quàm quod post decennium factum sit. Illud sanè in tota hac quæstione summopere notandum est, quod Socinus ex intentione, vt ipse loquitur Doctorum omnium notat *d. num. 25.* sumendā esse hanc conclusionem generalem, quod ex quibuscunque coniecturis iudici constare posset quod testator voluit secundum testamentum præualere, tollitur primum, licèt secundum etiam esset simpliciter factum, quia tota hæc materia est fundata in præsumpta voluntate testatoris. In quo nec ego dissentio, nisi quod hoc amplius volo, Frustra quæri ab iis coniecturas mutatæ voluntatis, vbi neque in ratione iuris, neque in verbis posterioris testamenti vlla ambiguitas est, quominus voluerit testator prius testamentum per posterius reuocare. *l. Ille aut ille. 23. §. 1. de legat. 3.* absurdúmque esse plus hac in re tribui coniecturis etiam aliunde quàm à testamento ipso petitis, quàm tribuatur expressis & disertis verbis posterioris testamenti.

ERROR TERTIVS.

De testamento per vim vel dolum condito in fauorem dolosi.

QVONIAM in præcedentibus diximus, vt clausulæ derogatoriæ potestatem elideremus, cùius vsum nostri induxerunt aduersus metum futuri doli, aut futuræ coactionis quam sibi quis timeat, vel ab amicis, vel ab aduersariis: valere testamentum etiam per vim & impressionem factum, dummodò sit sollenne. Ex eóq; apparere nunquam posse fieri, vt qui sollenniter testatus est audiendus sit, si dicat testandi voluntatem sibi defuisse [is enim maximè audiendus esset, qui se per vim vel dolum alterius coactum probaret, vt testaretur] de illo nunc disputare cogimur, an testamentum valeat quod factum sit per vim dolúmue, aut eius ipsius qui heres institutus est, aut alterius cuiuslibet. Ne alioqui obscurum per obscurius, adeóque quod magis turpe esset, falsum per falsius probasse videamur. Quanquam enim communis ea est nostrorū sententia post Bart. ad *l. vlt. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coeg.* siue per vim, siue per dolum alterius testari quis coactus sit, aut testamentum mutare prohibitus, valere nihilominùs ipso iure testamentū ita vt adiri ex eo hereditas possit, sed hereditatem ab institutis tanquam indignis ablatam fisco applicari, exclusis illis qui si testamentum nullum factum esset, ab intestato venturi fuerant.

rant. Non desunt tamen qui contra putent huiusmodi testamenta per vim vel dolum extorta nullius omnino esse momenti. Inter quos Iason quem refert, & sequitur ex recentioribus Hispanis subtilissimus Fernandus Vasquius. §. 17. *numer*. 5. *& seqq.* vbi contrariam aliorum sententiam tam multis rationibus confutat, & iis quidem ad quas nemo hucusque responderit, vt tandem concludat sibi eam ridendam potiùs quàm confutandam videri. Nos contrà, qui pro communi non tam interpretum quàm prudentum opinione pugnamus, quid in vtramq; partem adferri possit, videamus. Ac primùm pro nobis illud euidenter facit, quòd quibus locis Iureconsulti aut Imperatores tractant de illo, qui per vim, vel per dolũ prohibuit aliquem testari, vel coegit, semper habent eum pro indigno, denegántque ei actiones hereditarias, vt locum faciant fisco. *l.* 1. *&* 2. *si quis aliq. test ar. prohib. D. & C.* Quorum omnium nihil dici posset, si testamẽtum ipso iure non valeret. Quas enim actiones habere posset ex inutili testamento is qui esset institutus? Si verò nullas haberet, quænam obsecro eidem denegari possent? Prætor enim cuius est actiones concedere vel denegare, inspecto nimirum iure vetere quo actionum & formularũ impetratio nondum erat sublata per Cõstantini & Theodosij leges quę extant sub *tit. C. de formul. & impetr. act. sublat.* sicuti non alias actiones cõcedere põt, quàm quę vel ciuili, vel prętorio, vel saltẽ extraordinario iure cõpetunt, ita neq; alias denegare. Prius siquidẽ est vt actio cõpetat, quã vt vel detur à prętore vel denegetur. Et rursus, quomodo posset hereditas auferri heredibus in eiusmodi testamẽto institutis, tanquã indignis, quã ipsi nunquã habuissent? Nã & ob eã causam totus tit. *de his qua vt indign. D. & C.* sic accipitur ab interpretibus omnibus & rectè, vt quę indignis auferũtur omnia fisco applicẽtur: nimirũ propterea ꝙ ea necesse est indignis primũ acquiri ex testamento, per quã acquisitionẽ extincto semel iure illorũ, qui alioquin erant venturi ab intestato, nihil superest quod de illis postea tractari possit, aut cur aliquã iis iniuriã facere videri fiscus debeat, qui nihil sibi vindicat nisi quod ipsi nunquã fuerant habituri, quippe per acquisitionẽ iam ex testamento factã exclusi. Est enim verissima & perpetua in omnibus pręsertim ordinariis intestatorũ successionibus regula illa quam & interpretes nostri extra certos casus probant. Personam quę à successione semel exclusa fuerit semper ac perpetuò manere exclusam: nec sanè vllus casus excipiendus esset, si non inductæ essent hodie quædam exclusiones temporariæ per statuta locorum & per iuratas renunciationes, quibus filię præsertim dotatæ excluduntur à parentum intestatorum successionibus fauore masculorum, & quandiu masculi supererunt, de quibus Bart. ad *l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Itaque progressus quidem fit à successione testati ad successionem intestati, antequàm successio ex testamento acquisita sit. *l.* 1. *D. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber.* Sed postquàm successum semel est ex testamento nunquam succedi potest ab intestato, sicuti nec fieri regressus à successione intestati ad successionem testati, nisi cùm ea lex fuit testamenti, vt in *l. si quis ita.* 82. *D. de hered. instit.* Cùm igitur ex testamento quod per vim dolúmue factum est, adiri possit hereditas & acquiri, vt deinde heredi tanquam indigno auferri possit & fisco applicari fatendum necessariò est valere ipso iure testamentum, quoniam inauditum est adiri posse hereditatem ex eo testamento quod non valeat, cùm hereditatis delatio semper præcedat aditionem. *leg. delata.* 153. *de verbor. significat.* lex autem

cuius solius est hereditatem deferre, nunquam deferat ex eo testamento quod ipsa non confirmauerit moriente testatore, nec rursus confirmet vnquam testamentum quod minus sollenniter factum proponatur. *leg. lege obuenire. 130. eod. tit.* Nec responderi potest quod Vasquius respondet, leges illas quæ auferunt hereditatem scriptis heredibus tanquam indignis, vt eam applicent fisco, siue testari alium quis coegerit siue prohibuerit ad eum casum coarctandas esse quo sint illi veri quidem heredes, sed alio iure quàm ex eo testamento, putà si iidem illi qui ab intestato successuri erant coegerint testatorem, vt heredes eos scriberet cùm alium scribere vellet: quo casu cessante quoque causa testamenti quod ipsi per vim extorserint, remanent nihilominùs heredes saltem ab intestato, vt proinde posit iis meritò tanquam indignis auferri hereditas, quam neque ex testamento neque ab intestato haberent, si vim non fecissent. Nam potest quidem hæc interpretatio in eos cadere qui aliquem testari prohibuerunt, siue ipsius hereditatem ab intestato hac ratione consecuti sint tanquam legitimi successores, siue ex alio priore testamento quod immutatum fuisset si prohibitio testandi nulla interuenisset. At non potest cadere in eos qui testatorem testari coegerunt. Non solùm quòd vix fit, vt hæc coactio per eos fiat qui possint succedere ab intestato cùm nullo isti egeant testamento ad succedendum, possitque iis sufficere si prohibeant testari volentem ne testetur: Verùm etiam quia ratio nulla esset, vt heredibus scriptis auferretur tanquam indignis hereditas quam non haberent quasi scripti & ex eo testamento, sed tanquam legitimi & ab intestato. Ibi enim pœna esse debet vbi delictum est. Delictum autem istorum nullum fuit circa successionem intestati, sed tantùm circa successionem testamentariam, cùm testatorem cogendo, vt testaretur tanto magis fecerint ne ab intestato hereditas deferri posset, secuta præsertim ex eo testamento aditione. Hactenus ergo puniri debent ne lucrum aliquod ex eo testamento retinere posint, non etiam, vt iis tanquam legitimis heredibus hereditas auferatur, quippe quam nec ab intestato habuerint, nec habere vnquam potuerint à quo tempore sibi eam ex testamento acquisiuerunt. Quamquam si omissa causa testamenti hereditatem illam ab intestato posidere vellent, vt fiscum excluderent, non deberet ea res fraudi esse fisco, in cuius iniuriam consilium malum quod ab initio iniissent mutare postea non potuissent iuxta regulam iuris *leg. nemo potest mutare. 75. de regul. iur.* Alioquin esset ineptissima illa ratio auferendæ iis legitimæ successionis, quòd patremfamilias per vim testari coegissent: Nec alio casu bona esse potest quàm quo per vim prohibita facultate testandi acquisiuerit quis sibi ius succedendi ab intestato. Itaque si legibus agamus, expeditum est valere testamentum etiam quod vi dolóve alterius factum fuerit. Si verò ratio iuris quærenda est, à qua meo iudicio incipere semper debet quisquis veram legum sententiam assequi velit. Iam docuimus in præcedentibus actum testandi tam sollennem esse, vt cùm in eo adhibitæ sunt omnes iuris sollennitates non sit postea permittendum siue testatori siue alij cuilibet, vt dicat testandi voluntatem in eo actu defuisse. Et quamuis ea res non purget dolum metúmve, si quis præcesserit factionem testamenti, quin perinde vindicandus sit in persona eius, qui vel dolum admisit, vel vim metúmve intulit, sufficit tamen ad hoc ne dici posit, testamentum

sine

ſine voluntate teſtandi factum eſſe: non quòd coacta voluntas hoc caſu voluntas dici debeat, in quo ſcilicet ſi quando vnquam aliàs debet eſſe libera, ſed quia neque coacta poteſt dici inſpecto eo tempore in quo tam ſollenniter declarata fuit, ac præſente quodammodo ipſa lege, cuius vicem ſollennitates iuris obtinuerunt. Nam ſi poneres in actu ipſo teſtandi vim dolúmve interueniſſe, quod non aliter fieri poſſet quàm ipſis quoque teſtibus vim illam dolúmve participantibus, ſiue faciendo, ſiue patiendo, equidem non dubitarem quin teſtamentum ipſo iure nullius eſſet momenti, cùm vel vni ex teſtibus vim factam eſſe ſufficiat eo tempore, vt teſtamentum infirmetur *d.l.qui teſtamento.20.§.vlt.D.qui teſtam.facer.poſſ.* Quanto magis ſi eo tempore teſtator ipſe, aut vim aut dolum patiatur? Sed aliud eſt de ea vi tractare quæ teſtamentum præceſſerit, ad quam pertinet diſputatio noſtra, aliud verò de illa quæ in actu ipſo teſtamenti interuenerit, de qua nunc non tractamus. Ponimus enim teſtamentum ſollenniter factum fuiſſe. Implicat verò contradictionem, vt ſollenniter factum ſit, & vt vis aliqua, ſiue teſtatori, ſiue teſtibus impreſſa fuerit eo tempore quo fiebat, cùm ſit hæc vna ex teſtamentorum ſollennitatibus, vt teſtes non ſolùm adeſſe, ſed etiam à teſtatore ipſo rogatos eſſe oporteat. Cui ſollennitati nihil tam contrarium eſſe poteſt, quàm ſi vel inuiti teſtes detineantur, vel inuitus teſtator vt eos roget per vim adigatur. Ex quibus facillimum eſt ad omnia Iaſonis & Vaſquij argumenta reſpondere. Primùm enim obiiciunt quod Vlpian. ſcribit in *d.§.vlt. l.qui teſtamento.* Si teſtes inuiti detenti ſint ibi vbi teſtamentum factum eſt, non valere teſtamentum. Quanto minùs ergo valebit, inquiunt, ſi non teſtibus, ſed teſtatori facta vis probetur? Nos verò fatemur bonam eſſe ratiocinationem à teſtibus ad teſtatorem, ſed non ſimiliter ab ea vi, & coactione de qua loquimur, ad eam de qua Vlpian. in *d.§.vlt.aut contrà.* Vis facta, ſiue teſtibus, ſiue teſtatori in actu ipſo teſtandi, impedit ſanè validitatem teſtamenti, ſed non ea per quam coactus quis fuit, vt ſumeret conſilium teſtandi, ſi poſtea ſollennitates omnes interuenerunt, ne alioqui eueniat, vt & teſtibus & legibus illudere videatur is qui non ſolùm teſtandi voluntatem qualemqualem præfefert, ſed etiam liberam, & talem vt in teſtium poteſtate non ſit ſuſpicari vim aliquam dolúmve in eo actu interuenire. Præſertim cùm fieri etiam poſſit, vt qui teſtandi conſilium nunquam cepiſſet ſi vis ei facta non fuiſſet, poſtea teſtatus ſit ſeriò & ex animi ſui ſententia. Quod quoniam in ipſius mente poſitum eſt, quam inueſtigare lex non poteſt, aut percipere melius quàm ex verbis factíſque teſtatoris, quid aliud facere poteſt niſi vt credat ſeriò teſtari ſic voluiſſe illum, qui & iis verbis vſus eſt quibus teſtamenta concipiuntur, & eas prætereà ſollennitates adhibuit, quas adhibere coguntur ij demum qui ſeriò & iure teſtari volunt, qui denique nullam eo tempore & coram teſtibus ſignificationem dedit contrariæ voluntatis, aut violentiæ ſibi illatæ. Quamquam ea res, vt dixi, non excuſat factum illius qui poſtea probatur intuliſſe vim, vel dolum admiſiſſe, vt is qui omnino non teſtari, aut aliter teſtari voluerat ſic teſtaretur, quominus id quod tam improbè malóque more contra leges geſtum eſt, ipſis etiam legibus vindicetur. Et ſanè quid eſſet incertius iure teſtamentorum ſi eorum validitas impediri poſſet ex ea vi quæ aliquando illata fuiſſet ante teſtamentum, & de qua nihil vnquam teſtes audiuiſſent vel ſuſpicari potuiſſent? Ma-

ximè cùm si qua vis, vel metus dolúsve inferatur ad testandum, in occulto id fieri soleat, & tam cautè, vt eius probatio non nisi difficillima esse posit. Atqui constanter veteres prudentes decreuerunt, iura testamentorum ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno aut arbitrio aut facto pendêre *leg. illa institutio. 32. D. de hered. institut.* Adeò vt neque ex ipsius testatoris arbitrio pendêre posint. Etsi enim positum est in arbitrio testatoris an testari velit, nécne, & an hunc, an illum heredem instituere. Si tamen testetur sollenniter non est in ipsius arbitrio an testamentum valeat, nécne. Et quod de iudicibus scribit Papin. in *leg. ordine. 15. D. ad municip.* facti quidem quæstionem in potestate ipsorũ esse, sed iuris autoritatẽ non esse, idem de testatoribus quoq; omnibus dici potest, iuris autoritatem ad quã pertinet vt testamenta vel confirmet vel infirmet in eorũ arbitrio nõ esse nisi hactenus, vt in eorũ potestate sit, sollennitates necessarias vel adhibere, vel non adhibere, quod facti est non iuris. Quod verò iidem Iason & Vasquius adferunt ex vulgaribus illis testamentorum regulis, Testamentum esse voluntatis nostræ non alienæ iustam sententiam, & sic dictum à testatione mentis, deberéque liberum esse testatori cuilibet testandi arbitrium, *leg. 1. Cod. de sacros. eccles.* quorum omnium nihil videtur posse conuenire ei testamento quod per vim dolúmve alterius factum probetur, quippe cui non tam testatoris quàm eius qui vim dolúmve intulit voluntas causam & formam dedisse videatur, facillimè ex supradictis dissoluitur. Lex enim non potest non habere pro voluntate testatoris omnem illam voluntatem quam testator suam esse dicit coram testibus, & inter ipsas iuris sollennitates, neque curat quid ante testamentum factum sit, sed quid in ipso testandi actu fiat, quia neque ex iis quæ præcesserunt æstimatur testamentum, sed ex momentanea illa & indiuidua supremi iudicij contestatione, in qua satis est, neque vim neque dolum præsentem interuenisse, sed adhibitas esse illas sollennitates quibus contenta lex est, vt de viribus testamenti dubitari non possit. Propter quam causam solet hodie in omnibus ferè testamentis adhiberi cautio illa, vt testator dicat coram testibus se neque vi neque dolo sed sponte & vltro testari. Quæ clausula licèt non excludat probationes doli ante testamentum adhibiti præsertim quia notarij magis quàm ipsius testatoris verba illa esse creduntur, prodesse tamen debet ad hoc vt præsentem vim dolúmve coram testibus non fuisse passum testatorem appareat, quod satis est ad validitatem testamenti. Minùs autem me mouet quod obiicitur de matrimonio, Non valere illud si alteruter coniugum coactus probetur *cap. gemma. de sponsal.* Est enim hac parte longe dispar ratio matrimonij & testamenti, quia matrimonium est coniunctio quæ fit non tantùm à lege diuina sed etiam à Deo ipso, quem non potest latere secretum coactæ voluntatis, quique ideo coactam illam voluntatem habet pro noluntate tum quoque cum ab hominibus libera & spontanea esse creditur. At in testamentis ordinandis sola legis autoritas se interponit, lex autem nescit coactam esse voluntatem illam, quam testator ipse spontaneam dicit, neque credit posse fieri vt non sit eo tempore voluntas libera & seria quæ tot sollennitatibus munitur. Illa fortior obiectio videtur, quam Vasquius ait posse solam sufficere tanquam quæ naturali potissimùm nitatur æquitate, quòd absurdum sit, & iniquum legitimos successores propter quos nolebat testator facere testamen-

testamentum vt heredes illos habere posset, affici damno & amittere hereditatem ob improbum factum eius, qui patremfamilias inuitum adegit ad testandum, nec quicquam causæ esse cur prætextu heredis instituti qui certè indignus est, emolumentum hereditatis legitimæ aufferatur iis qui nihil peccauerunt. Ne aliter posito iure fatendum sit alieno odio alium prægrauari, quod Iustinianus iniquum esse ait in *l. si quis suo. 33. § legis. C. de inoff. test am.* Sed respondendum est hanc obiectionem, supponere pro vero id quod nos tanquam falsum negamus, testamentum vi dolóve malo extortum nullius esse momenti. Nam si non valeret ac nihilominùs hereditas fisco applicaretur, fieret sanè iniuria legitimis heredibus qui ex alieno facto damnum hereditatis incurrerent. Sed cùm valeat testamentum, atque ita exclusa sit successio intestati, cui nimirum locus esse non potest subsistente testamento ex quo adiri possit hereditas, non habent legitimi heredes de quo conquerantur, nisi de ipso testatore, qui testando etiam per vim dolúmue alterius, fecit tamen ne possent illi vnquam succedere ab intestato. Habent certè etiam quod de illo conquerantur qui vim metúmue intulit, Hactenus nempe vt per actionem de dolo consequantur quanti sua interest, in quo precium saltem amissæ hereditatis continebitur *l. Lucius. 88. §. Sempronia. de leg. 2.* Sed aliud est, eos de indemnitate consequenda, aliud verò de iure testamenti aut legitimæ successionis, disputare: neque apertior in hanc rem textus quærendus est, quàm in responso illo Scæuolæ quod extat in *dict. §. Sempronia.* vbi cùm proponeretur Semproniam substitutam heredi instituto legata accepisse sub ea conditione si heres non esset. Illa verò contenderet dolo malo heredis instituti factum esse, quominùs testatrix volens eam primo gradu heredem scribere, mutaret testamentum. Non ponit Scæuola dubitatum ex ea causa fuisse de viribus testamenti an valeret necne, sed tantùm de indemnitate quam per actionem de dolo Sempronia vrgebat: vnde etiam est quod ibi Scæuola respondet, Semproniam etiamsi in actione illa De dolo non obtinuerit, legati tamen quod in eo testamento ipsi relictum fuerat persecutionem saluam habere, quia vt ibidem verè notat Baldus, non tam testamentum ipsum quàm personam heredis impugnasse intelligitur, ob ídque nec commodum testamenti amittere debet. Atqui certum est in toto hoc tractatu nihil prorsus interesse, an vis adhibita sit dolúsue in eo vt quis testari cogeretur, an in eo vt vel omnino testari, vel testamentum quod ante fecisset mutare prohiberetur. Omni ergo casu testamentum valere fatendum est, solámque de dolo actionem ei qui ex alterius improbitate læsus sit, superesse. Nisi quod nostri etiam dant condictionem ad duplum ex Iustiniani *Nouell. 134. vt nulli iudic. cap. 3. §. & hoc peruenit.* locum illum intelligentes nec absurdè non tantùm de iudicibus, sed & de alio quolibet, propter verba illa quæ in hanc rem sunt apertissima *vel alij cuilibet.* Nec enim priuato cuiquam permittendum est quod ipsis etiam iudicibus interdicatur, licèt nonnulli ex nostris interpretibus de illo dubitarint, vt videre est apud Iason. in *l. 1. C. si quis alio test. prohib.*

ERROR QVARTVS.

Si non existente soluendo eo, qui dolo malo testari quem prohibuit vel coegit, pars læsa velit agere contra fiscum.

PLANE quod addit Bart. ad *d.l. vlt. num. 2. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coeg.* Si is qui dolo malo vel per vim alium testari prohibuit vel coegit, non sit soluendo ad indemnitatem ei qui læsus fuerit præstandam, regressum læso dandum esse contra fiscum. arg. *l. vlt. in princ. D. de eo per quem fact. erit. & l. planè si filium. 94. §. 1. de legat. 1.* etsi magnum temperamentum est ad corrigendam eam iniquitatem quam huic sententiæ Vasquius obiicit, mihi tamen nullomodo probabile videtur. Nec enim potest legitimus heres agere contra fiscum, quin hoc ipso fateatur fiscum aliquod ius habere in ea hereditate, qui porrò in ea nullum habere potest, quin valeat testamentum, nec rursus valere testamentum quin extinctum sit ius omne succedendi ab intestato. Cúmque præmium & commodum fisci pœna sit heredis instituti, qui nec ob aliam causam tenetur actione de dolo ei quem læsit, nisi vt dolus ipsius coerceatur, quid obsecro causæ est, cur pœna fisco applicata ex legibus, eidem fisco auferri debeat in subsidium ad præstandam indemnitatem ei cum quo fiscus, neque contraxerit, neque quasi contraxerit, & cui fiscus neque sit, neque vnquam fuerit obligatus? Exempla verò quæ sumit Bart. ex *d. l. vlt. de eo per quem fact. erit. & ex d. l. planè. §. 1.* valde dissimilia sunt. Nam in specie *d. l. vlt.* in subsidium tenetur is qui in iudicio sistere debuit, si is cuius dolo malo factum est ne sisteret, non sit soluẽdo: ne alioqui vt lex ait ipse qui reus est lucrum faciat, & actor damno adficiatur qui habuit eum obligatum, vt in iudicio sisteret. At fiscus non potest dici reus cùm nihil debeat, & absurdum sit pœnam eum subire, siue principaliter, siue in subsidium ex facto illius, ex quo lucrum potiùs pœnæ nomine cõsequatur. In specie autem *d. l. planè. §. 1.* is ad quem hereditas ex emptione serui heredis scripti peruenerit, ex causa cogendus est fideicommissum præstare, id est si dominus serui heredis scripti, idémque venditor soluendo non erit, quia verum est eum possidere hereditatem quæ fuerat per fideicommissum relicta, nec æquum est venditionem serui esse fraudi fideicommissario qui anterius ius habuit, quominùs fideicommissum sibi debitum consequatur. At nullum est nec vnquam fuit ius legitimorum heredum in ea hereditate, quæ ex testamento quamuis per vim dolúmve facto delata est alteri, & postmodum in pœnam coactionis ad fiscum deuoluta. Nulla igitur ratio est propter quam fiscus in subsidium teneri debeat, non magis quàm vt principaliter, quantumuis non soluendo sit is qui nec factus est talis, nisi vt fiscum faceret locupletiorem. Et certè lex videbitur imposita verbis magis quàm rebus si quod dicimus heredi scripto auferri, tanquam indigno hereditatem & applicari fisco sic intelligatur, vt tamen potior causa esse debeat venientium ab intestato quàm fisci eo casu quo is cui fiscus aufert, non sit soluendo ad præstandam legitimis heredibus indemnitatem. Tandémque in effectu recidet hæc sententia in illam Iasonis & Vasquij existimantium legitimos heredes fisco præferri debere. Quod tamen quàm absurdum sit ex illo etiam intelligi potest, quod in hac heredi-

hereditate ad fiscum deuoluta, non modò reipsa nullum vnquam ius fuit legitimorum heredum, sed neque probabili spe, quia improba est spes quæ admixtam habet sollicitudinem de hereditate viuentis *leg. 2. §. interdum de vulgar. & pupill. substit. l. ita tamen. 27. §. à patre. D. ad S C. Trebell.* etiam in personis liberorum *l. 1. §. si impubere. D. de collat. bonor.* qui tamen penè ad propria bona venire dicuntur *l. 1. §. largius. D. de success. edict. l. in suis. 11. D. de liber. & posthum.* Facit etiam contra Bartolum quod est in iuris regula, Pœnas depensas repeti non solere *l. pœna. 42. D. de condict. indeb. l. si pignore. 22. in princ. & §. 1. D. de pignor. act. l. id quod pœna. 74. D. de solut. l. quod à quoquam. 46. de regul. iur.* Etsi enim regula iuris habet non debere pœnam eidem restitui à quo exacta fuit. Ita innuens non fore absurdum vt alteri restituatur, In proposito tamen vt absurdum videri debeat, à fisco eam restitui legitimis heredibus, illud facit quod legitimos heredes vincebat is cui fiscus abstulit hereditatem, cùm essent legitimi heredes exclusi per testamentum antequàm fiscus admitteretur. Itaq; potest hoc casu fiscus tueri se contra legitimos heredes vulgari etiam illo brocardico, *Si vinco vincentem, vos multo magis vinco vos. vulg. l. de accessionibus. 14. D. de diuers. temp. præscript.*

ERROR QVINTVS.

De legatis in eo testamento relictis, quod per vim dolúmve alterius factum sit, aut mutari prohibitum.

HANC quæstionem proponit Bart. ad *d. l. vlt. num. 3. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coeger.* quæ licet non magnam videri possit habere difficultatem, à nobis tamen prætermittenda non fuit, quia pertinet ad ea quæ contra Iasonem & Vasquium disputauimus apertissimè confirmanda. Disputat autem Bart. in vtramque partem. Ac primùm pro legatariis, vt probet etiam ex testamento per vim facto legata deberi ex *l. 1. §. 1. D. eod.* vbi Vlpianus scribit si dominus dolo fecerit ne mutaretur testamentum in quo seruus eius scriptus erat, quamuis manumissus adierit hereditatem, nihilominùs actiones ei denegari cùm & liberis eius si quid datum fuerit denegari debeant, etsi non fuerint in potestate. Sed si legatum, inquit, ei relictum sit, idque restituere sit rogatus, consequens erit dicere admitti eum ad legatum, quod non ipse habuisset, sed ad alium sit translaturus. Valet igitur hoc, casu fideicommissum in eo testamento relictum, & propter fideicommissum etiam legatum fideicommissi onere adfectum. Item ex *l. 2. §. vlt. eod.* vbi Paulus ait si fidei eius qui dolum admisit, commissum est, vt hereditatem restitueret, eam hereditatem caducam fieri cum suis oneribus, vt commodum legis falcidiæ fiscus sentiat, dodrantis autem fideicommissarius. Posteà contra legatarios idem Bart. obiicit, cùm testamentum per vim dolúmve factum est, non magis legatarios quàm heredes habere voluntatem testatoris, & ideò æquè indignos esse qui legata consequantur. Neq; ad rem pertinere quod illi ipsi nec vim, nec dolum admiserint. Propterea quòd non idcirco debeant esse melioris condicionis ne ex dolo alieno lucrentur. Tandem concludit, distinguendum esse, An constet per vim dolúmve factam esse heredum institutionem, nec

aliud quicquam præterea, An vero testatorem coactum, deceptúmve totam illam voluntatem condidisse, vt priore casu solæ institutiones corruant, legata verò debeantur & fideicommissa quæcunque in eo testamento data fuerint: posteriore autem casu legata quoq; & fideicommissa intercidant, etiamsi neq; legatariorum neque fideicommissariorum dolus interuenisse probetur. Quæ Bartoli distinctio si vera est, vt est, illud omnino inferri ex ea potest contra Iasonem & Vasquium. Valere ipso iure testamentum etiam per vim extortum: Nam si non valeret, quomodo legata ex eo vel fideicommissa deberi vlla possent? Erit fortasse qui pro iis respondeat [ipsi enim nihil respondent] supradictos iuris locos ex quibus probat Bartolus legata valere & fideicommissa, non pertinere ad illum casum, quo testamentum vi dolóve malo factum fuerit, sed ad illum potiùs quo quis post factum sollenniter ac liberè testamentum prohibitus sit per vim aut dolum ne id mutaret, cùm mutare vellet. Quo casu nec Vasquius ipse negat valere prius testamentum ex eoq; adiri hereditatem posse, sed aufferri postea scripto heredi tanquam indigno, qui scilicet non videatur retinuisse voluntatem, quam defunctus mutare voluerat si prohibitus non fuit. Nec sanè potest negari quin hæc interpretatio conueniat Vlpiano, cuius verba illa sunt, *si dominus dolo fecerit ne mutaretur testamentum, d.l.1.§.1. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coeger.* Sed si verum amamus, non conuenit Paulo in *d.l.2.§.vlt.eod.* cuius verba ista, *si fidei eius, qui dolum admisit, commissum est*, præter id quod sunt generalia, & consequenter ad hunc quoq; casum conditi per vim testamenti adaptanda, tantum abest, vt ad aliam illam speciem prohibitæ mutationis testamenti restringi debeant, vt nec illam complecti possint, quia quoties scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quòd testator aliud testamentum facere mutata voluntate voluit & impeditus ab ipsis est, ab vniuerso priore iudicio recessisse intelligitur, vt idem Paulus scribit in *l.si scriptis. 19. D. de his quæ vt indign.* Quid enim probabiliter credi potest non fuisse mutaturus eorum omnium quæ testamento continentur, qui testamentum ipsum mutare voluit, nec potuit? Aequissimum ergo est vt hoc casu neque legata neq; fideicommissa vlla debeantur. Nisi fortè ex facto proponatur testatorem non nisi institutiones mutare voluisse, quomodo interpretandum & accipiendum necessario est quod Vlpianus tractat in *d.l.1.§.1.* ne alioqui pugnet cum Paulo, cuius sententia non procedit nisi in dubia eius, qui testamentum mutare voluit, voluntate. Sicque Vlpiani sensus erit & verus & apertus. Prohibita per heredem institutum eiúsve dominum testamenti mutatione nihil quidem deberi posse ex iis quæ siue domino siue seruo eiúsve liberis quamuis in potestate non constitutis datum fuerit siue institutionis titulo, siue legati: Sed excipienda tamen ea legata quæ testator ab eo transferri voluerit in alium ex causa fideicommissi. Eo nimirum casu quo non possit dici mutata voluntas testatoris erga fideicommissarium, siue liquidò id constet, siue per probabiles coniecturas ex personarum qualitate & adfectione arbitrio iudicis æstimandas. quæ omnia neq; Bartolus, neq; alius quisquam ex interpretibus videtur bene explicasse. Non enim distinguunt an relicta sint legata in eo testamento quod per vim factum sit, an in eo quod fuerit mutari prohibitum. At apud Paulum qui in *d.l.2.§.vlt.* simpliciter ponit fidei eius commissum esse qui dolum admiserit, vt hereditatem alij restitueret, & valere tale fideicommissum etiam post hereditatem fisco applicatam, vt perinde à

inde à fisco restitui debeat hereditas detracta falcidia, atq; per heredem institutum fuisset restituenda, si indignus non fuisset. Nihil est quod melius aut probabilius dicere possimus quàm de illo Paulum loqui, cuius dolo malo coactus fuerit testator vt testaretur, siue nunc primùm, siue secundo loco. Vterq; enim casus ad edictum pretoris pertinet, quoniã vtroq; modo par & æqualis iniuria fit testatori siue nũc primùm cogatur facere testamẽtum ne ab intestato habeat heredes illos quos alioquin habere voluisset, siue facto iam testamento aliud facere compellatur vt alium instituat heredem quàm qui ab eo fuerat electus in priore. Nec inter hos casus alia differentia est nisi quod cùm quis nunc primùm testari cogitur fit iniuria legitimis heredibus qui ab intestato fuerant successuri. Cùm verò secundum testamentum per vim extorquetur, fit iniuria heredibus in primo institutis qui etiam extranei esse potuerunt. Cæterùm si quis intelligere Paulum velit de illo casu, quo quis per vim dolúmve prohibuerit duntaxat ne quis nũc primùm testaretur [iam enim alium casum illum exclusimus quo prohibitus sit testator iterum testari & mutare voluntatem] numquam assequetur vt tractari possit de fideicommisso de quo tamen Paulus tractat in *dict. l. §. vlt.* Nemo enim prohibendo alium testari seipsum onerat fideicommisso: Nisi fortè volumus eum qui prohibitus sit testari non fuisse prohibitum facere codicillos in quibus ab intestato fideicommissum hereditatis reliquerit. Sed quamuis hoc fieri possit, vt qui prohibitus fuit testari ab agnato proximo iam fecerit codicillos quibus eũ onerauerit fideicommisso ab intestato, non potest tamen hæc interpretatio subsistere, quia sicut is qui facto iam testamento aliud facere voluit & prohibitus fuit ab vniuerso iudicio, quod in priore testamento declarauerat recessisse intelligitur, ita vt neq; legata neq; fideicommissa vlla ex priore illo debeantur, nisi quorum aliunde constet durasse voluntatem vt supra diximus ex *d. l. si scriptis. 19. D. de his quæ vt indign.* Ita & qui factis ab intestato codicillis testamentum postea facere voluit, ac ne faceret impeditus est, ab omni ea priore intestati voluntate recessisse credendus est. Nec causa vlla est suspicandi fore vt si testatus fuisset, reliquisset ab instituto herede quem prædilexerat illud ipsum fideicõmissum quod reliquerat à legitimo herede minus dilecto. Nam à minus dilecto ad magis dilectum non valet argumentatio in odiosis, sed in fauorabilibus tantùm *leg. Publica. 36. §. 1. D. de condic. & demonstr.* In proposito igitur dicendum esset fideicommissum non deberi quod in codicillis ab intestato factis relictum esset, quia neque legitimi heredis lucro cederet hæc interpretatio qui cùm & oneratus esset, & præterea testamentum fieri prohibuisset, nullo fauore dignus videri posset, at lucro fisci, cui sufficit ad vincendum fideicommissarium etiam cui nihil possit imputari vt ab vniuerso priore iudicio testator recessisse videatur. Deinde quemadmodum, *tit. si quis aliq. testar. prohib. vel coeger.* de testamento loquitur non de codicillis, quamuis ad codicillos quoq; per vim dolúmve factos aut fieri prohibitos eadem iuris & æquitatis ratione extendatur. Ita & de fideicommisso quod in testamento non quod in codicillis relictum sit intelligi debet quod Paulus scribit in *d. l. 2. §. vlt.* rogatum fuisse illum qui dolum admiserat, vt hereditatem restitueret. De illo igitur casu quo dolum grauatus admiserit, non in prohibendo testatore ne vel nunc primùm vel iterum testaretur, sed in cogendo eo vt testaretur. Quo tamen admisso illud necessariò relinquitur, Valere

testamentum etiam vi dolóve malo extortum, ex quo scilicet alioqui neque legata neque fideicommissa vlla deberi possent. At rursus Iasonem & Vasquium replicantes audio. Posse fieri vt vis facta sit in cogendo testatore ad testandum, sed per eum qui fuerit successor futurus legitimus ab intestato. Quod cùm euenit non negant isti hereditatem quę ad hunc institutum eundémque legitimum heredem non testamenti, sed intestati iure pertinet, eidem auferendam esse & fisco applicandam, & quidē cum oneribus suis. Sed non ideo nostram possunt effugere obiectionem, quæ non in eo est quod hæc hereditas fisco applicetur cum suis oneribus, sed in eo quod inter cætera hereditatis huius onera à fisco subeunda computatur fideicommissum eo testamento relictum, quod tamen non posset dici onus hereditatis si testamentum non valeret, quia nec fideicommissum valere posset. Nisi proponeres fuisse illud à legitimis quoq; successoribus repetitum, quod tamen nisi expressim factū sit nunquā in dubio præsumēdum est *l.1. D. de iur. codicill. l. generaliter. 24 §. ex testamento. D. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Quamquā & cùm ea clausula apposita est prius probari debet nō valere testamētū, quàm vt clausulæ effectus aliquis esse possit, quæ scilicet expressam condicionem illam semper habet si testamentum non valebit. Taceo quod vix etiam casus ille potest contingere vt testari quis per vim cogatur ab eo qui legitimus heres futurus sit ab intestato. Quid enim hic indiget testamento ad succedēdum? Nisi rursus fingas adesse alium agnatum æquè proximum, qui ab intestato hereditatis partem esset ablaturus. Sed in ea specie si verum esset quod Iason & Vasquius volunt, non valere testamentum per vim factum, nec eo minùs posse succedi ab intestato, eueniret vt hereditas ad vtrumq; agnatum pertineret, ac proinde, vt tota hereditas caduca fieri non posset, sed pro illius tantùm parte qui vim fecisset, quia fratris factum in hoc edicto fratri non nocet vt Paulus ait in *d. l. 2. §. fratris.* Atqui Paulus ponit totam hereditatem esse caducam, ita vt commodum totius quadrantis fiscus habeat ex persona heredis, dodrantis autem fideicommissarius. Non ergo ad hanc speciem adaptari responsum Pauli potest. Sunt qui putent ad hanc quęstionem pertinere responsum Papin. in *l. cùm quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* contra quos disputabimus in *Error. 7. Decadis huius.*

ERROR SEXTVS.

Si quis aliquem testari coegerit in fauorem tertij ignorantia.

MIRI, sunt ne dicam ridiculi plerunq; interpretes nostri, qui de iis etiam dubitant, de quibus apertas habemus aut prudentum aut Imperatorum leges. Talis hæc quæstio est quam Accursius in *l. 2. C. si quis aliq. test ar. prohib. vel coeg.* dicit esse sabbatinam, id est, argumentabilem in vtramque partem, si quis alium testari coēgerit in fauorem tertij, an hereditas fiat caduca, quemadmodum fieret haud dubiè si ille ipse institutus esset qui vim fecisset. Quāquam enim extat in hanc rem apertissimum Alexandri Imperatoris rescriptum in *leg. 1. eod. tit.* quo significatur nihil interesse an testator compulsus

sit ab

ſit ab eo ipſo qui heres inſtitutus eſt, an à quolibet alio, vt eos ſcriberet heredes, quos nolebat. Non deſunt tamen qui putent eo caſu quo teſtator per vim coactus ſit, vt alium quàm coactorem ipſum heredem ſcriberet, non ſolùm valere teſtamentum, ſed etiam ita valere, vt hereditas non ſit ei auferenda tanquam indigno, ſi modò vim illam ab alio factam ignorauit, nec dolum participauit. Quam ſententiam Accurſius primus induxit ad *dict. l.1.* quam ſequitur & probat Iaſon. ad *dict. l.1. numer. 3. in fin.* Alij contrà volunt hoc etiam caſu teſtamentum nullius omnino eſſe momenti, tanquam quod non habeat voluntatem teſtantis, non magis quàm ſi ille ipſe qui vim feciſſet inſtitutus proponeretur. Quod fortiter defendit Vaſquius *§.17. num. 5.* contra Iaſonem ipſum, quem tamen opinionis ſuæ & ſocium, & autorem laudauerat in ea ſpecie de qua ſupra diximus, cum teſtamentum per vim factum eſt in fauorem heredis inſtituti. Tertia verò Bartoli & aliorum opinio eſt exiſtimantium valere quidem hoc teſtamentum ipſo iure, ſed tamen indiſtinctè applicari hereditatem fiſco, & aufferri heredi inſtituto tanquam indigno, ſiue vim dolúmue participauerit, ſiue non. Quæ opinio, ſicut inter cæteras media eſt, ita [vt ſolent eſſe quæ mediæ ſunt] æquiſſima & veriſſima mihi videtur. Nam teſtamentum valere certum eſt ex iis quæ ſupra diſputauimus aduerſus Iaſonem, quibus ni Iaſon ipſe conſentiat, errorémque ſuum agnoſcat, planè non video, quid ad eas Vaſquij rationes reſpondere poſſit, quas ille ipſe Vaſquio ſuppeditauit contra nos in eo caſu quo vis teſtatori facta ſit ab herede inſtituto. Nulla enim diſſimilitudinis ratio reddi poteſt, cur teſtamentum per vim extortum magis minúſue debeat valere vno caſu quàm alio. In eóque pro Vaſquio contra Iaſonem ſentio, ſed contra vtrumque in eo quod volo vtroque caſu valere teſtamentum, ſi non in ipſo actu teſtandi, & inter ſollennia vis adhibita proponatur. Cùm è contrario Vaſquius vtroque caſu velit eſſe teſtamentum nullius momenti, Iaſon verò vno caſu valere, alio non valere. Sed Iaſonis error grauior in eo eſt, quod, quo caſu valere vult teſtamentum fauore nimirum heredis inſtituti, qui ipſe neque vim, neque dolum admiſerit, nec participauerit, excludit etiam fiſcum, nec vult heredi ſcripto aufferri hereditatem tanquam indigno. Motus ex eo tantùm, vt apparet, quod non poſſit videri indignus is qui fraudem, neque fecit, neque ſciuit. Quæ tamen ratio mala eſt: Indignus enim eſt in hoc tractatu, quiſquis non retinuit voluntatem defuncti, licèt nullus in eam rem dolus ipſius interuenerit, aut qui teſtatorem defunctum detulit, quamuis & præmium ex ea cauſa meruerit. *l.1. l. cùm tabulis.16. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* Atqui non poteſt dici eum qui ſcriptus eſt in teſtamento, per alterius vim extorto habere defuncti voluntatem, non magis quàm ſi vim ipſe feciſſet. Vtroque enim caſu æquè verum eſt ſcriptum eſſe heredem illum quem teſtator habere noluerat, vt propoſitum eſt in *dict. l.1. C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Vtroque igitur caſu heres ſcriptus indignus eſt indiſtinctè, ſiue vim ipſe fecerit, ſiue alius pro eo, ſiue ſciente, ſiue ignorante. Neç moueri Iaſon debuit ex *l. nihil intereſt. 5. C. de eo quod met. cauſ.* quaſi ex ea probetur vim ab alio illatam non nocere niſi ſcienti. Nam immo verò certum eſt in edicto illo nihil referre à quo vis facta ſit metúſue illatus, nec an ſciente illo qui conuénitur an ignorante: quia verba edicti in rem concepta ſunt. *l. metû. 9. §.1. & vlt. l. item ſi cum. 14. §. in hac actione. D. eod. l. ſed & ex dolo. 15.*

§. vlt. D. de dolo. vt non improbabiliter possit quis suspicari in *dict. l. nihil interest.* legendum esse *insciente*, pro *sciente*, vt & in *l. si seruus. 34. D. de vsucap.* Sed quamuis nihil immutaretur: aliud tamen est de edicto *quod metu caus. disputare.* Aliud verò de hereditate scriptis heredibus auferenda tanquam indignis. Cùm indignus sit quisquis non habet voluntatem defuncti, quæ res cadere potest in ignorantem perinde ac in scientem, vt iam dixi. Illa melior ratio videtur, quam Accurs. ad *d. l. 2 adducit*, quòd dolus vnius non debeat alteri nocere, ex *l. metum. 9. §. animaduertendum. vers. sed licet. D. de eo quod met. caus. l. & eleganter. 7. in princ. D. de dolo. & reg. l. non debet alteri. 74. de regul. iur.* Adeò vt in illo ipso edicto de quo agimus, neque fratris factum fratri noceat, neque legatariis factum heredis instituti. *l. 2. §. fratris. & seq. D. si quis aliq. testar. prohib.* Verùm iam olim Bartolus bene respódit. Immo verò dolum alterius mihi nocere, si sit immediata causa acquisitionis meæ, indéque esse quod mei procuratoris dolus mihi nocet, si ex eius dolo lucrú consequi velim. *l. procurator. 11. D. de dol. except. l. 1. §. si quis tamen. & seq. D. de vi & vi armat.* Et in proposita quęstione instituto seruo, vel filiofamilias, si postea dolo malo, vel domini, vel patris prohibitus sit testator ne testamentum mutaret, eum dolum nocere seruo manumisso, & filiofamilias emancipato, vt actiones ei perinde denegari debeant, atque si dolum ipse adhibuisset, apertè scribit Iulianus in *l. vnic. D. quib. non compet. bonor. poss.* vbi ait non contineri hunc casum verbis edicti, vt intelligamus ita eum respondere ex iusta ad edictum interpretatione. Nec simile est quod dolus heredis instituti qui testatorem coegit ad testandum non nocet legatariis, vt diximus capite præcedenti. Hoc enim tunc verè dicitur cùm vis facta est testatori circa institutionem tantùm non etiam circa legata. At nos eum casum tractamus, quo quis vnius dolo coactus sit ad alium heredem instituendum. Atque ita etiam Bart. noster respondit. Ad supradictos verò iuris locos, quibus in contrarium niti quis velit, vt probet cum Accursio dolum vnius alteri non nocere. Respondet idem Bart. non esse in iis speciebus dolum alterius immediatam causam acquisitionis meæ, sed mediatam duntaxat. Immediatam verò, meam operam in *dict. vers. sed licet.* meum contractum in *dict. l. & eleganter.* Non malè. Sed potuit etiam & meliùs respondere, Multùm referre an quis dicat, dolum alterius mihi nocere, vt damnum aliquod incurram, an verò hactenus ne lucrum ex eo commodúmue consequi possim. Priore sensu verum est dolum vnius alteri nunquam nocere, posteriore verò non item. Nam neque hoc casu tam dicendus est nocere quàm non prodesse, quod longè diuersum est si quis benè & partitè loqui velit. Aliud enim est nocere, aliud non prodesse, sicut è contrario, aliud prodesse, aliud non nocere. *l. iuris ignorantia. 7. cùm duab. seqq. D. de iur. & fact. ignor.* Est namque *non prodesse*, medium quoddam inter *prodesse*, & *nocere*. Et similiter *non nocere*. Iuris autem regula quæ vix vllam exceptionem patitur, illa est, Dolum vnius alteri, neque prodesse, neque nocere. *l. vlt. C. de acquir. poss. l. bona fide. 27. §. 1. D. ad SC. Velleian.* vbi Papinianus ait, Cùm ex contractu serui, qui cum muliere contraxit agens dominus exceptione Senatusconsulti submouetur, non tam videri factam deteriorem domini conditionem per seruum, quod ratio iuris nó admitteret. *l. melior. 133. de reg. iur.* quàm nihil domino fuisse quæsitum. Sic & in proposito dicendum est, cùm propter dolum eius qui testatorem coegit, vt me heredé institueret, auffertur mihi tanquam

indigno

indigno hereditas non tam fieri conditionem meam deteriorem ex dolo alterius, quod iniquum esset, quàm nihil mihi ex ipsius dolo acquisitum esse, quia nec acquiri quicquam debuit. Nec enim hodie inuenirem me institutum si dolum ipse non admisisset. Alioqui si poneres talem esse me qui etiamsi nihil ille dolo fecisset, fueram tamen successurus, aut tanquam proximus agnatus, aut tanquam priore alio testamento iam institutus, aliud sanè dicendum esset, nec mihi eripienda esset hereditas, ne dolus alienus nõ modò non prodesset, verùm etiam noceret. Quod & Bartolus bene sensit ad *d. l. vlt. num. 7.* vbi ait quod dicitur, Dolum eius qui testari aliquem coegit, vel prohibuit non debere proximiori nocere, tunc verum esse cùm causa proximitatis causatur à sanguine & consanguinitate, vt ipse loquitur, non etiam cùm à dolo tertij qui extraneum heredem institui fecit. Vnde etiam est quod idem Bart. tractat in *l. 1. §. si dominus. eod. tit.* Si maritus prohibuerit vxorem facere testamentum licèt eo proposito, vt mulieris liberi etiã communes possent ei succedere ab intestato, non tamen id nociturum filiis, quominùs possent succedere ab intestato, & quidem cum effectu, id est, ita vt non sit aufferenda iis hereditas tanquam indignis, quia non succedunt hoc casu ex facto & dolo patris, sed ex potestate legis quæ ipsa nihil dolo fecit, licèt dolus patris huic legitimæ successioni præbuerit non tam causam, quomodo tamen Bart. loquitur & malè, quàm occasionem. Aliud itaque esset si mater institutis priore testamento liberis aliud testamẽtum facere voluisset ad alios heredes sibi eligendos, & à marito prohibita fuisset. Tunc enim dolus mariti noceret liberis, ne ex priore testamento possent succedere, nisi ad amittendam hereditatem eámque fisco applicandam, quoniam in hac specie nihil præbet causam successioni testamentariæ præter dolum mariti, cùm si is testamentum mutari non prohibuisset, succedi hodie non posset ex priore illo, quod mutatum reperiretur. Quare ad rem non pertinebit, si quis pro liberis obiiciat fuisse illos æquè successuros ab intestato etiamsi prius testamentum pro se non haberent. Nam si secundum testamentum factum fuisset quo mater alios sibi heredes destinabat, non magis legitimæ successioni quàm priori testamento locus vllus relictus fuisset. Quamquam hoc ipsum quod volo post Bart. liberis hoc casu aufferendam hereditatem esse tanquam indignis, puto sic accipi oportere, si succedere voluerint ex priore illo testamento, quod mater voluerat mutare. Non item si omissa causa testamenti ex quo sciant non posse se hereditatem retinere, malint succedere ab intestato. Nec enim possunt videri fraudem fisco facere, qui potius sibi consulunt ne ex dolo patris, fraudem ipsi damnúmque patiantur. *leg. quia autem. 6. §. si patronus. D. si quis omiss. caus. testament. l. cùm pater. 77. §. Titio fratri antepen. de legat. 2.* Neque verò posset vlla diuersitatis ratio satis probabilis adferri inter hunc casum, & illum quo maritus vxorem nunc primum testari prohibuisset, vt vno casu magis quam alio aufferenda sit legitima hereditas liberis tanquam indignis, quàm scilicet vtroque casu habent ex lege non ex dolo patris, licet per occasionem doli paterni. Quin etiam absurdum esset deteriorem haberi conditionem liberorum ob id solùm quòd priore matris testamento fuerint instituti, si modò non ex illo testamento velint succedere, sed ab intestato. Quod tamen dignum fuit obseruatione, & animaduersione ad Bartolum, qui in hoc certè mancus fuit ad *dict. §. dominus.* Sed videtur suppleuisse ad *leg. vltim. numer. 11. versic.*

item prædicta vera eod.tit. vbi eadem quæstione proposita de marito qui prohibuit vxorem vel testari vel mutare testamentum ad hoc vt omnes filij succederent. Concludit non nocere id liberis quominùs ab intestato succedant. Etsi non videtur ad rem pertinere quod ille rationis loco addit, tam patrem prohibentem quàm matrem esse in æquali gradu liberis ideóq; ex pari illa coniunctione tolli omnem doli suspicionẽ ex *l.penult.§.1. D.de rit. nupt.* Maximè, inquit, hodie & nouo iure quo mater necesse habet liberos suos in aliquo instituere.*Nouell.115. vt cùm de appellat.cognosc. §. aliud quoque capitulum.* Nam etsi prohibitio non à patre facta esset sed ab alio, qui aut nullam aut minorem adfectionem haberet erga liberos, non aliud tamẽ iuris foret,quia perpetuo verum est quod idem Bart.tradit in *dict.vers. item prædicta.* prohibitionem tertij quisquis ille sit non posse nocere succesfuris ab intestato. Deinde quid attinet ex pari illa parẽtum erga liberos adfectione patrem excusare à doli præsumptione,cùm ponamus dolo malo patris factum esse ne testamentum à matre mutaretur,ad hoc vt filij omnes succederent siue ex priore testamento siue ab intestato. Alioqui nec esset locus quęstioni cùm nec ei edicto locus sit nisi dolo eóque manifestissimo interueniente. Non est autem quod quis in hac specie liberis obiiciat, quod nos in præcedentibus disputauimus non posse omissa causa testamenti in fraudem fisci ab intestato succedi. Tunc enim id obtinet cùm idem ille est qui & dolum admisit & succedere vult ab intestato, siue dolum admiserit in cogendo testatore vt testaretur, siue in prohibendo eo ne testamentum mutaret. Ita namque fieret vt in fisci iniuriam consilium mutaret, quod iuris regula fieri non patitur,ne quidem in iniuriam priuati. *l. nemo potest mutare. 75. de reg.iur.* At nos eum casum tractamus in quo nullus ex parte liberorum dolus interuenerit, ac proinde in quo non possit iis obiici quod mutent consilium in fraudem fisci. Quibus sanè eo magis fauendum est, quod cùm sint liberi pene ad propria bona veniunt quando parentibus succedunt, siue ex testamento succedant siue ab intestato *l. 1. §.largius. D.de success.edict.* Etsi neque in aliis ab intestato succedentibus aliud erit si fortè ponas prohibitum quem testari aut mutare testamentum ad hoc vt prohibiti frater aliúsve agnatus proximus saluam haberet succedendi facultatem siue ex priore testamento siue ab intestato, dum tamen cautionem illam agnatus proximus adhibeat vt succedat non ex testamento ne locũ faciat fisco, sed ab intestato.

ERROR SEPTIMVS.

Si frater fratrem testari, aut testamentum mutare prohibeat, an aliis fratribus noceat. Et quid de legatariis.

HVIC etiam quæstioni viam aperuerunt interpretum nostrorum contentiones. Etsi enim Paulus in *l.2.§.fratris. D. si quis aliq.testar.prohib.* apertè scribit fratris factum fratri non nocere, obseruant tamen interpretes post Accursium ad illum locum posse duobus casibus fieri vt quæri oporteat an factum fratris noceat fratri. Vno si frater fratrẽ nunc primùm, & vt loquuntur de nouo testari non coegerit, sed prohibuerit, vt ab intestato fratres omnes superstites succedere possent. Altero, si cùm vnus ex fratribus priore fratris testamento solus esset institutus,

institutus, eundem fratrem volentem testamentum mutare prohibuerit ne mutaret. Prior casus nullam certè habet dubitationem. Quoties enim quis ab initio testari prohibetur, vera est & indubitata distinctio quam tradit Bart. ad *l. vlt. num. 9. eod. tit.* Aut eum qui prohibet esse proximiorem & talem qui solus ab intestato successurus sit. Aut non esse proximiorem sed vel remotiorem, vel vnum ex proximioribus, quòd alium habeat vel à quo anteuertatur, vel cum quo concurrat. Si proximior sit factum ipsius non ei tantùm nocere sed cæteris quoq; omnibus quos ille in causa legitimæ successionis anteuertit, vt hereditas ei tanquam indigno auferatur, & fisco applicetur *l. 1. in princip. eod.* Si verò vel parem habeat in gradu vel anteriorem, sibi quidem eum nocere, sed aliis non nocere. Sed tamen adhuc dubitat ipse Bart. & contra distinctionem hanc obiicit illud ipsum quod nos ex eiusdē Bartoli sententia disputauimus in superioribus, si quis testatorem cogat vt alium etiam ignorantem instituat heredem locum esse edicto, ex eoq; fieri locum fisco vt heredi scripto hereditas tanquam indigno auferatur. Atqui si quis impedit testari volentem ne testetur, is videtur illum cogere vt hereditatem relinquat venientibus ab intestato. Siquidem succedentes ab intestato non alio iure aut colore succedunt, quàm quod tacitè instituti videantur *l. 3. in princip. l. conficiuntur. 8. §. 1. D. de iur. codicill.* Fratris ergo factum etiam hoc casu fratri nocere æquum est. Neq; verò habet Bart. quod ad hāc obiectionem respondeat, nisi quòd procederet si constaret testamenti factionem prohibitam ei fuisse qui volebat alios heredes instituere quàm legitimos successores: Sed quod diximus ex vnius prohibitione non impediri ius ab intestato succedentium in anteriore aut eodem gradu constitutorū, eo demum casu locum habere quo probetur quod quis alium prohibuerit testari simpliciter, cùm fieri poterat si testamentum fecisset, vt legitimos heredes instituisset. In quo tamen vereor ne Pauli sententiam Bartolus nimis restringat. Fratris enim factum fratri non nocere indistinctè Paulus ait, neq; video cur ad nouam hanc Bartoli distinctionem recurrendum sit cùm ad obiectionem illam quæ distinctioni causam præbuit responderi facilè possit ex iis quæ proximo capite diximus: Multum interesse an coactus sit testator, vt heredem extraneum institueret qui non erat successurus ab intestato, An verò prohibitus sit testari, vt legitimo successori locus aperiretur. Priore casu apertè fit contra edictum, quia extraneus ille institutus non potest consequi hereditatem ex tali testamento quin prosit ei dolus eius, qui testatorem coegit. Posteriore verò nihil fit contra edictum quia dolus coactoris nō tam præbuit causam legitimæ successioni, quàm occasionem, cùm legitimus successor succedat ex beneficio legis immediatè, quod beneficiū ignoranti eripi ob dolum alterius, non modò absurdum esset, verùm etiam iniuriosum. Præsertim cùm fieri potuerit vt is qui coactionis tempore voluntatem habebat condendi testamenti ad excludendos ab hereditate legitimos successores, postea fuerit voluntatem mutaturus, siue ante, siue post factum testamentum, & quibuscunque aliis heredibus legitimos prælaturus. Neq; verò tam generaliter & absolutè verū est, quod pro vero assumit Bartolus. Legitimos heredes tacitè institutos videri, nec alio iure succedere quā quasi scriptos. Id enim tunc quidē verè dicitur, cùm paterfamilias fideicommissum aliquod ab iis relinquit ab intestato vt in *d. l. 3. d. l. conficiuntur. de iur. codicill. l. ab exheredato. 126. de legat. 1.* Sed quid si inuitus quis decedat inte-

status, qui scilicet testari vellet ad extraneos heredes eligendos si posset, nec tamen testandi habeat facultatem, fortè non habens sufficientem copiam testium vt in *d.l.conficiantur. 8.§.codicilli.* Aut quid si iam cœpto testamēto primisq; heredibus nominatis, cùm in eo esset vt secundos iamiā nominaret, obmutuerit, atq; ita imperfecto testamēto decesserit vt in *l. si is qui testamētum.25. D.qui testam.facer.poss.* Quid deniq; si putabat iā decessisse filiū aut fratrem aliúmve qui tamen mortis tēpore & viuus & proximus agnatus reperiatur, aut si alium ab intestato heredē habeat, quàm de quo habēdo cogitabat, vt in *l.qui graui.11.cum duab seqq.l.ab intestato.16.l.pen.D.de iur.codicill.l.cū pater.77.§ cùm existimaret.de legat.2.* His omnibus casibus nemo dixerit ab intestato succedi ex tacita patrisfamilias defuncti voluntate, cùm è contrario, aut cōtra aut saltē præter eius voluntatē succedatur: Neq; tamen eo magis auffertur hereditas legitimis successoribus tāquā indignis eo prætextu quod non habeant defuncti volūtatē, quippe quibus sufficit quod à lege vocati sint, nec iusta aliqua defuncti volūtate à beneficio legis exclusi. Eadē igitur ratione dicēdū est. Etiāsi quis per vim aut dolū prohibuerit ne frater testaretur ad hoc, vt hereditas iure intestati ad legitimos heredes deuolueretur, quā testaturus paterfamilias volebat in extraneos transferre, nō ob id tamē aufferēdā esse legitimis successorib. hereditatē tanquā indignis, cùm nō eā habeāt quasi vel expressè vel tacitè instituti, sed tāquā legitimi hoc est à sola lege vocati, cuius beneficio neq; ipsi indignos se reddiderint, qui nihil dolo malo egerūt, neq; ex alterius facto indigni fieri potuerint, quomodo potuissent si extranei fuissent ac per alterius vim dolúmve instituti: quia indignitas heredis tunc demū æstimatur ex eo quod non habeat ille pro se defuncti voluntatē, cùm potuit & debuit succedere ex volūtate, nō autē cùm ex lege: quæ scilicet nullā volūtatis aut expressæ aut tacitæ cōcomitantiā requirit, dū ne per contrariā eámq; iustam voluntatē impediatur. *Posterior*, casus quē initio capitis proposuimus dubitabilior est si vnus ex fratribus cùm priore fratris testamento solus esset institutus, eundē fratrē volentem mutare testamentum prohibuerit ne mutaret. Circa quem casum distinguit rursum Bartolus more suo, nec aptiùs & feliciùs quàm soleat. An is qui prohibuit esset institutus in primo testamento, an non. Vt si neque ipse neq; ipsius vel filius vel seruus fuit institutus, eius prohibitio non impediat succedere institutos in primo. Ex notat. in *d.l.1.in princip.si quis aliq. testar. prohib.vel coeg.& ex d.l.2.§.fratris.* Nisi constaret, inquit, quod testator volebat mutare testamentum respectu heredis instituti, & alium instituere, quo casu perinde esset acsi testatorem coegisset vt illum heredem institueret. Quid namque interest an te compellam vt Titium instituas, an vt in facta iam Titij institutione perseueres? Si verò ipse prohibens erat institutus in primo testamento, subdistinguit. Bart. an esset ille institutus cum aliis an solus. Si cum aliis, admittit dolum ipsius aliis non nocere, si modò nihil ipsi dolo fecerint ex *dict.leg.1.§.vltim. & d.§.fratris.* Nimirum si non constet voluisse testatorem mutare testamentum etiam quod ad institutiones illorum qui nihil dolo fecerunt. Si verò solus erat institutus, iterum subdistinguit, An æquè solus esset successurus ab intestato, an cum aliis: Si solus aufferri hereditatem ei tanquam indigno, & applicari fisco *ex dict. l.1.in princip. D.eod.* Si verò cum aliis. Esse quidē nōnullos qui putēt factū ipsius aliis nocere nō debere quominùs succedant ab intestato vel in totum si sint proximiores,

vel pro

vel pro parte si impari sint gradu succedendi ex *d. §. patris.* Sed magis esse vt fisco locus fiat ac si testatorem quis cõpulisset vt se institueret *vt in l.1. C. eod.* Ratione illa iam allata, quod nihil planè interesit an te compellam vt heredẽ me instituas, an vt in facta institutione perseueres: Ego verò sicut posteriorem huius distinctionis partem, totámque subdistinctionem probo, ita priorẽ nullomodo probare possum. Tametsi enim is qui per vim dolúmue malum prohibuit ne testamentum mutaretur non fuerit heres institutus nec eius aut filius aut seruus, sed alius quilibet, tamen non dubito quin perinde locus sit fisco ad auferendam scriptis heredibus etiam ignorantibus hereditatem, perinde atque si coactus ab eo fuisset testator vt eosdem illos heredes institueret. Nam quẽmadmodum in posteriore subdistinctionis parte nullã agnoscit Bartolus differẽtiam, & hoc rectè, an qui solus heres institutus fuit, cùm ab intestato alios coheredes esset habiturus testatorem compulerit vt se institueret, an verò eum prohibuerit ne priorem institutionem mutaret, Ita nec dici potest quicquam interesse an te cogam vt alium instituas, an te prohibeam ne institutionem mutes quam mutare velles: Vtroque enim casu euenit vt cogam te habere heredem & quidem ex testamento, illum quem habere nolles. Et consequenter vt heres priore testamento scriptus non habeat voluntatem defuncti, cùm tamen non succedat nisi ex voluntate. Qui verùs & proprius casus est eius indignitatis inducendæ quæ fisco locum faciat, vt proximo capite dicebamus. Ponimus siquidem heredes istos priore illo testamento institutos successisse ex testamento, siue potuerint siue non potuerint succedere ab intestato. Nam si ab intestato succedere vellent tanquam agnati proximi & legitimi successores, vt fiscum excluderent, & ne admitterent hereditatem ob tertij dolum quem non participassent, vtique, putarem licere hoc eis debere, quandoquidem hoc casu fraudem non tam facere quàm excludere viderentur, vt docuimus in præcedentibus. Nec facit contra nos pro Bartolo quod ille obijcit *ex d. l.2. §. fratris*, factum fratris fratri non nocere: Nam vt idem ipse Bart. fatetur ad finem suæ distinctionis, nõ potest locus ille accommodari ad eum casum quo frater fratrem prohibuerit ne mutaret testamentum, in quo alius frater, aut ille ipse qui prohibuit fuisset institutus, sed ad illum duntaxat quo frater fratrem prohibuerit ne de nouo testaretur. Quinimo cùm illo etiam casu quo frater fratrem prohibuit de nouo testari, Bartolus velit fratris factum fratri nocere si constet testatorum fuisse patremfamilias in fauorem aliorum si prohibitus nõ fuisset, quidni hoc idem admittit ille, cùm frater fratrem prohibuit testamentũ mutare? Siquidem fieri non potest vt nolit mutare institutionem qui vult testamentum mutare, cùm testamentum ex institutione æstimetur. Itaq; exceptio illa quam addit *Bart. nisi constaret*, inquit, *quod testator volebat mutare primum testamentum respectu heredis instituti & volebat instituere alium*, planè inepta & ridicula est. Debueràtq. potius Bartolus scribere, Eo casu quo quis alium testari prohibet qui volebat mutare testamentum, prohibitionem illam nocere scriptis in primo testamento, nisi constaret quòd nolebat testator mutare testamentum, respectu heredis instituti, sed respectu substitutorum aut legatariorũ, aut fideicommissariorum: quod sanè in dubio præsumẽdum non est, cùm qui dicit testamentũ nõ tã substitutiones siue directas, siue precarias, aut legata aut fideicommissa eo nomine intelligat, quàm institutiones. Idem esset si cõstaret testatorem, qui in primo testamento plures heredes institu-

erat, voluisse mutare testamentum quod ad institutionem quorundam, non etiam aliorum. Eo námque casu testandi prohibitionem ab alio factam non oporteret nocere ijs quorum respectu non cogitasset testator de mutanda voluntate, sed ijs tantùm circa quos voluntatem mutasset. Neque nouum est vt edicto locus sit pro parte heredum cùm plures fuerunt instituti, Nam etsi ex institutis quidam duntaxat dolo malo fecissent ne testamentum mutaretur nō noceret ea res cæteris qui nihil dolo malo fecissent *d.l.1.§.vlt.eod.* Nisi constaret testatorem etiam quod ad alios voluisse mutare voluntatem, vt Bart. interpretatur. Et rectè. Essent enim eo casu indigni illi qui non retinuissent voluntatem ex qua tamen successissent, non minus quàm si coactus fuisset testator, vt eos institueret heredes *d.l.1.C.eod.* Minus vrget pro Bartolo quod ille obijcit, Factum prohibentis non nocere legatarijs & fideicommissarijs etiam extraneis *l.1.§.sed si legatum.& l.2.§.vlt.d.eod.* vt inferat, Nec igitur institutis extraneis nocere non debere. Primùm quia si esset bona ratiocinatio, sequeretur: Neque nocituram extraneo heredi instituto eam vim, quam quis adhibuisset in testatore cogendo vt eum institueret, quia neque legatarijs & fideicommissarijs noceret *d.l.2.§.vlt.* Et tamen fatetur Bart. nec si vellet posset negare quod nos pro eo contra Iasonem in præcedentibus probauimus, Nocere instituto extraneo quantumuis ignoranti eam vim quam alius fecerit ad cogendum testatorem vt hic institueretur ex *d.l.1.C.eod.* Non est igitur bonum argumentum à legatarijs & fideicommissarijs ad heredes. Et ratio diuersitatis est, quia testamentum, vt iam diximus, æstimatur ex institutione non ex legatis aut fideicommissis aut alijs quæ in testamento relinquuntur. Deinde, quod ait Bart. dolum prohibentis non nocere legatarijs & fideicōmissarijs, qui scilicet dolum non participauerunt, etsi verum est in eo casu quo quis compulsus sit ad testandum siue pro ipso coactore siue pro alio quolibet, non tamen æquè potest admitti eo casu quo dolus admissus sit in prohibendo ne mutaretur testamentum, [qui tamē casus est quē nunc tractamus] quoniā quisquis testamentū mutare voluit is in dubio credēdus est ab vniuerso priore iudicio recessisse. *l.si scriptis.19.D.de his quæ vt indign.* id est non tantùm quod ad institutiones, sed etiam quod ad legata, fideicommissa, & cętera omnia. In eoq; iam supra monui errasse Bar. ad *d.l.vlt.num.11.& 12.* vbi sine vlla casuum istorum distinctione, vult legata valere, nisi probetur cōtraria voluntas testatoris, quę tamen è contrario probanda est à legatariis, quod testator voluerit legata salua manere cùm cogitauit de mutando testamento. Ad quem casum dixi coarctandum esse quod in contrarium videtur scribere Vlp. in *d.§.sed si legatum.* Nec obstat responsum Papiniani in *l.cùm quidam.12.eod. tit.de his quæ vt indign.* vbi cùm tractaretur de eo qui per posterius testamentū inualidū à priore recesserat, legata nihilominus valere scriptū est in fine legis. Obseruandū enim est quod nemo obseruat, aliam esse speciem quæ apud Papinianū proponitur in principio legis, aliam quæ in fine. In principio tractatur de illo qui testamentum non solùm mutare voluerit, sed etiam mutauerit institutis in secundo testamento iis quos instituere non potuerat. In fine autem legis de illo cuius tanquam indigni nomen testator cancellauerat. Et ad hanc nimirum posteriorem speciem pertinet, quod à Diuo Marco constitutum Papinianus refert, vt legata salua manerent, adeoque quod magis est saluas ei conseruandas esse præceptiones, si non contraria testatoris voluntas probaretur. Nempe, quia

quia non potest videri ab vniuerso priore iudicio recessisse is qui heredis nomen duntaxat cancellauit, quomodo recedit ille qui condit aliud testamentum, adeóque qui vult condere si modò per vim dolúmue alicuius prohibeatur ne id facere possit. Cancellatio enim est facti, ex quo nihil potest inferri nisi quatenus factum & cancellatum est. Itaque cætera quæ in eodem testamento non cancellata reperiuntur nihilominùs valent, propter eas rationes quas attulimus *lib.18. Coniect.* At non similiter possunt valere legata in priore testamento relicta, cùm testator aliud testamentum facere volens, ab vniuersa priori recedit voluntate. Dixi *aliud testamentum facere volens*, non modò quia hic casus est de quo disputamus, sed etiam vt intelligamus. Referre maximè, an testator reuera fecerit aliud posterius testamentum, sed inualidum, an verò, testamentum duntaxat mutare voluerit, nec tamen mutauerit, quia per vim dolúmue alterius fuerit impeditus. Priore casu nihil est propter quod legata valere minùs debeant, cùm prius testamentum non sit ruptum, vt lex ait: nam & institutiones conseruarentur si testator secundum testamentum inualidum fecisset simpliciter, non adiecta suæ voluntatis declaratione quod priore testamento institutos pro indignis & malè meritis haberet, vt bene hac parte Papinianum interpretatur Bart. ad *d. l. cùm quidam. ex l. cancellauerat. D. de his quæ in testam. delent. & l. hereditas. 4. C. de his quib. vt indign.* Alioqui certum est, si posterius testamentum non valeat, vsque adeo primum subsistere, vt neque heredibus hereditas, neque legatariis legatum quasi indignis auferatur, vt nec fideicommissariis fideicommissum, quia quod ad institutiones pertinet, ex nuda voluntate non infirmantur. *l. militis. 38. §. veteranus. D. de testam. milit.* Cætera verò omnia etsi nuda voluntate infirmari possent, non tamen pro infirmatis habentur. Ideo quòd credendus sit testator ita demum à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit, vt Pomponius ait in *l. si iure. 18. de legat. 3.* Nisi ad reuocationem minùs sollennem testamenti sollennis accedat lapsus decennij ex *l. sancimus. 21. C. de testam.* Quod cùm ita sit, apparet rationem illã Papiniani qua vtitur contra heredes *qui non habuerunt supremam voluntatem* [si tamen ea verba rationis loco accipienda sunt, ac non potiùs pro demonstratione illorum duntaxat heredum quos testator habuit pro indignis] non ex eo solo posse vim sumere quod testamentum posterius factum sit, inualidum, nisi etiam illud accedat, vt eos expressè indignos testator dixerit, saltem reuocata expressim priore institutione, vt maximè aliud nihil contra eos requirere quis velit. Cùm enim posterius testamentum quod minimè valet, non faciat quin supremum sit illud quod alioqui primum esset, necessariò illud etiam consequens est, vt suprema voluntas dici debeat illa quæ eodem testamento continetur: ac proinde vt eo demum casu possit dici heredes priùs scriptos supremam voluntatem non habere, quo testator voluntatem suam mutatam esse declarauerit aliter quàm per posterioris testamenti inutilem confectionem. In summa nihil hoc casu distant institutiones à legatis & fideicommissis, quia æquè fieri è contrario posset, vt saluis institutionibus legata fierent caduca, itémque fideicommissa, legatariis & fideicommissariis, siue omnibus, siue quibusdam reputatis indignis, ac malè meritis, nulla tamen circa heredes tali facta declaratione. At cùm quis posterius testamentum nullum fecit, sed tantùm facere voluit facturúsque fuit, si per vim dolúmue prohibitus non fuisset, dicimus videri testatorem in dubio recessisse ab vniuerso

priore iudicio, nec minùs quantùm ad legata & fideicommissa, quàm quod ad institutiones. In eoque peiorem facimus conditionem & heredum & legatariorum & fideicommissariorum, quàm si factum esset posterius testamentum inualidum. Quoniam qui testari voluit & prohibitus fuit, credendus est vtiliter ac iure testaturus fuisse si prohibitus non fuisset: quo facto vtique nihil eorum omnium quæ priore testamento scripta fuerant, valere potuisset. Quæ præsumptio non cadit in eum quem apparet, & testatum & inutiliter testatum fuisse. Non enim quid iste facere voluerit, aut potuerit inspiciendum est, sed quid iam fecerit. Fecit autem nihil, quia posterius testamentum non sollenne quod fecit nullum est, nulliúsque effectus: nisi testator expressim priorem voluntatem reuocauerit, vt indignos esse ostenderet, vel heredes, vel legatarios aut fideicommissarios. Eo namque casu prodesset testamentum ad hoc, vt ex illo quamuis nullo declararetur & probaretur voluntas. *leg. vltim. D de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt.* Quia ergo, si in posteriore testamento adiecta esset clausula illa quæ passim hodie adiici solet, *Cassans & irritans omnia testamenta, &c.* & posterius illud testamentum non iure factum reperiretur. An diceremus aufferendam tamen heredibus priore testamento scriptis hereditatem, itémque legatariis, & fideicommissariis relicta omnia, & quidem tanquam indignis? Nam ea clausula manifestam continens prioris testamenti derogationem, tametsi iure inutilem ad eneruandas vires prioris testamenti, hactenus tamen efficax videri potest, vt ostendat testatorem à priore voluntate expressim recessisse, nec voluisse vt suprema voluntas illa esset quam primo testamento declarasset. Verùm hoc non sufficit, vt heredes aut legatarios pro indignis testator habuisse videatur, si non aliunde id probetur *dict. §. veteranus. & dict. l. heredit as.* Nec enim sunt simpliciter indigni omnes qui non habent voluntatem, sed ij tantum quibus eam eripuit testator tanquam malè meritis & indignis. Præsertim cùm hæc clausula reuocatoria apponatur hodie tam sæpe, ne dicam semper, vt ex notariorum stilo, potius quàm ex testantis speciali iudicio adiici videatur. Quare nec possum non probare quod Viglius & alij tractant ad *§. posteriore. Institut. quib. mod. testament. infirm.* post Bartolum ad *leg. si iure.* 18. *numer.* 4. *de legat.* 3. inutilem esse notariorum cautionem quam in posteriore testamento solent adhibere ad rumpendum prius: quia neque potest vtilis esse ad rumpendum prius, quod nimirum per posterius rumpitur, & quidem ipso iure etiamsi nihil de eo dictum sit in posteriore, si posterius valeat. Neque ad aufferendam heredibus in priore testamento scriptis hereditatem tanquam indignis, si posterius non valeat, nisi aliunde probentur indigni. *dict. §. veteranus. & dict. l.* 4. Atque ita intelligendus & explicandus est Papinianus in *dict. l. cùm quidam.* non quomodo apud Accursium, qui nihil hîc vidit.

ERROR

ERROR OCTAVVS.

Si per blanditias sine dolo malo factum sit secundum testamentum ab eo, qui alios heredes vtiliter instituerat in primo.

FATENTVR omnes cũ qui per blanditias citra vim & dolũ id egerit vt testatori hominis iudicium erga se prouocaret, non incidere in edictum *Si quis aliq. test ar. prohib. vel coeg.* Nam & hoc disertè scriptum est *in l. vlt. C. eod. tit. l. captatorias. 70. D. de hered. instit.* & eleganter Papinianus noster in *l. vlt. D. si quis aliq. test. prohib. Virum,* inquit, *qui non per vim nec per dolum quominus vxor contra eum mutata voluntate codicillos faceret intercesserat, sed, vt fieri ad solet, offensam ægra mulieris maritali sermone placauerat, in crimen non incidisse respondi, nec ei quod testamento datum fuerat, auferendum.* Sed tamen si quis per blanditias fecerit vt is qui priore testamento alium heredem instituit, iterum testetur, & blandientem ipsum instituat, Plerique putant, etsi secundum testamentum valeat dandam tamen heredi instituto in priore actionem si non de dolo [ponimus enim dolum nullum interuenisse, saltem in factum ad reuocandam hereditatem ab eo qui fuerit institutus in posteriore. Quam sententiam primus induxit Angel. ad *d. l. vlt. C. si quis aliq. test ar. prohib. & ad l. non enim. 4. D. de inoff. test am.* vbi refert alias iudicatum fuisse Perusij, dum esset ipse Vicarius Episcopi, Cùm quidam prius testamentum fecisset in quo religiosos quosdam instituerat, Postea verò quidam agnati ei persuasissent, quod erat malè factum instituere tales religiosos, quia talem hereditatem conuerterent ad malum, atque ita fecissent vt eos ipse institueret, Potiorem esse debere causam religiosorum ad succedendum ex priore testamento. Eámque decisionem & vtilem & notandam esse aiunt non illi tantùm, qui eiusdem sunt opinionis. Inter quos Barthol. Cepoll. Veron. *cautell.* 38. sed illi etiã qui contra sentiunt, in quorum numero Iason est ad tit. *C. si quis aliq. test ar. prohib. num. vlt. post glos. ad l. quicquid vbi etiam Cin. C. arbitr. tutel.* qui nolunt probari dolum malum heredis in secundo testamento scripti vt hereditas ab eo auocari possit. Ego autem neque his neque illis assentior: Nam quemadmodum si dolus nullus interuenerit non potest locus esse edicto prætoris contra eos proposito qui aliquem testari vel prohibuerunt vel coegerunt, quoniam verba edicti nominatim exigunt dolum sine cogentis sine prohibentis, ita cùm dolus aliquis probatur non solùm posterius testamentum valet, sed etiam ita valet vt ex eo hereditas, & adiri possit, & adita fisco applicari debeat, adeóque priùs etiam quàm adita sit tanquam quæ propter dolum in posteriore testamento adhibitum caduca facta sit vt bene Bart. notat ad *l. vlt. num. 15. D. si quis aliq. test ar. prohib. ex l. 2. §. vlt. eod. & ex l. cum quidam. 12. de his quæ vt indign.* Neutro igitur casu potest succedere aut hereditatem auocare is qui priore testamento fuit institutus. Nam si ius haberet succedendi eo quoque casu, quo dolus in mutando priore testamento interuenisset, non posset hereditas applicari fisco ex persona eius qui in secundo institutus fuisset, nec minus fisco quàm posteriori heredi præferendus esset Is qui in primo scriptus reperiretur, Ne alioqui à fisco iniuriam pateretur. Quòd si ne tum quidem cùm heres posteriore testamento

scriptus in dolo fuit hereditas tamen ad heredem priore testamēto scriptum pertinet, quanto minùs pertinebit si nihil dolo malo, sed per blāditias duntaxat factum esse proponatur? Generalis namque & perpetua propositio in hoc tractatu est, quo casu hereditas ad fiscum peruentura esset si vis dolúsue intercessisset, eodem casu dolo nullo interueniente hereditatem ad eum qui posteriore testamento scriptus sit pertinere, quia nihil tāquam indigno auferri potest, nisi quod ille, vel iam acquisierit, vel saltem acquirendi sibi ius habuerit. Parum siquidem refert, an hereditas ipsa, an ius tantùm hereditatis adeundæ ipsi eripiatur. Et è contrario, quo casu hereditas ad eum qui testamento priore scriptus est pertinere posset excluso non tantùm fisco propter deficientem dolum, dolíue probationem, sed illo etiam quem testator in posteriore testamento scripsisset. Eodem casu tametsi dolus interuenisset, fiscus tamen excluderetur, tanquam qui non plus iuris habere possit quàm haberet is qui indignus dicitur, si fiscus non esset. Atqui nec negat quisquam, nec negare potest, fisco locum fieri, siue coactus fuerit per vim dolúmue testator, vt nunc primùm testaretur, siue vt testamentum mutaret, vtrumq; enim æquè contra leges & contra bonos mores est. Fatendum ergo est, si dolus nullus interuenerit, nec proinde vis quæ sine dolo malo esse nunquam potest, hereditatem ad eum spectare debere qui fuerit in posteriore testamento institutus, & quidem cum effectu, vt nulla actione per eum qui in priore scriptus fuerat, auocari ab eo possit. Et verò quænam, obsecro, actio in hanc rem comparata dici potest? Non quidem actio de dolo, etsi eam quoque dat Angelus, quia certum est nunquam posse ei locum esse nisi vbi dolus interuenit, qui semper probandus est, non modò si agatur, sed etiamsi excipiatur de dolo. *l. dolum. 6. C. de dolo. l. quoties.* 18. §. *qui dolo. D. de probat.* Nec rursum actio in factum, quæ solet esse subsidiaria actionis de dolo, siue propter reuerentiam personarum, siue qua alia ratione de dolo agi non possit. *l. non debet.* 11. §. 1. D. *de dolo. l. si superstite.* 5. *C. eod.* Hanc enim actionem non quodlibet factum inducit, sed illud demum quod actione aliqua vindicandum videatur: quale istud non est, cùm iure suo vtatur qui succedit ex posteriore testamento valido, ac iure perfecto, nec alterius iudicium & beneuolentiam blandis sermonibus in se prouocare sit prohibitum dummodò dolus malus absit, vt initio capitis præfati sumus. Et verò si tum quoque cùm posterioris heredis dolus interuenit, non tamen datur actio, siue de dolo, siue in factum ei qui in priore scriptus fuerat ad hereditatem auocandam quippe quæ ad fiscum deuoluitur, sed ad hoc tantùm vt ei qui dolum passus est indemnitas præstetur, quemadmodum diximus in præcedentibus ex *l. Lucius.* 88. §. *Sempronia. de legat.* 2. Cur plus iuris habere debebit is qui priore testamento scriptus fuit, vt hereditatem auocare possit à posteriore herede cuius dolus nullus probetur? An non ei satis supérque cautum esset, indulta ipsi actione in personam pro indemnitate consequenda, quam habuisset si dolus interuenisset? At neque ratio vlla est, cur ad hunc quoque casum talis actio protrahatur. Etenim vt indemnitatem priori heredi, posterior præstare debeat, ea tantùm ratio facit, quod alioqui posterior heres ex dolo suo lucraretur. Quę sola ratio fuit inducendæ iam olim, & actionis & exceptionis doli. *l.* 1. *D. de doli except. l. ne ex dolo.* 12. *D. de dolo.* Atqui hæc ratio cessat in eo qui nihil dolo admisit, sed iure tantùm suo vsus est. Nulla ergo actione personali teneri potest, non magis quàm petitione hereditatis, cùm neque contraxerit

vel quasi

vel quasi, neque deliquerit vel quasi, nec denique aliud quicquam egerit ex quo siue legislator ciuilis siue prætor actionem aliquam prodiderit quæ dari possit. Illa autem exceptio quam ponit Iason, *nisi probaretur dolus malus secundi*, æquè inepta est. Dolus namque interueniens secundi heredis, tametsi eum obliget vt non solùm hereditatem tanquam indignus amittere debeat, sed etiam hoc nomine teneri ei cui dolo malo præripuit occasionẽ habendæ hereditatis vt nimirum indemnitatem ei præstet, *d.§. Sempronia.* Nullam tamen parere actionem potest, per quã possit is qui in priore testamento scriptus fuerat hereditatem auocare ab eo, qui in posteriore institutus fuit. Cùm è contrario faciat vt hereditas ad fiscum deuoluatur, atque ita impediat tanto magis ne heres priore testamento scriptus auocare illam possit. Nec enim facit quominus valeat ipso iure secundum testamentum, & euertat prius, ex quo proinde fieri nequit vt hereditas vnquam peti aut auocari possit. Quod verò Angelus pro sententia sua confirmanda adducit ex *d.l. non est enim. 4. D. de inoffic. testam.* parum videtur mihi ad rem pertinere. Nihil enim aliud ibi Caius scribit, nisi quod non est consentiendum parentibus qui iniuriam aduersus liberos suos testamento inducunt, cùm plerunque id faciant, inquit, malignè circa sanguinem suum inferentes iudicium, nouercalibus delinimentis instigationibúsve corrupti. Ex quo loco longè probabiliùs & aptiùs inferre possumus, ex solis blanditiis & instigationibus etiam quæ dolum adnexum habeant, non modò non impediri validitatem testamenti, sed neque posse testamentum euerti, si non aliud iuris auxilium concurrat, quomodo in ea specie concurrit querela inofficiosi testamenti, cuius tamen proponẽdæ nulla subesset necessitas exheredato filio sine causa & propter solas blanditias nouercæ, si blanditiarum allegatio & probatio sufficeret, quam non sufficere ex illo etiam apparet quod neque satis erat Caij temporibus propositam esse ab exheredato filio querelam, si non illud quoque probaret, immerenter se exheredatum *l. liberi. 28. C. de inoff. testam.* quod ius mansit vsque ad tempora Iustiniani qui probationem causæ exheredationis liberorum exigit ab heredibus patris in *l. omnimodo. 30. eod.* Quamquam ne locus ille Caij ad rem nostram faciat, illud etiam in causa est quod nos de iis blanditiis loquimur, quæ dolum nullum habeant admixtum: de quibus in *l. vlt. D. & C. si quis aliq. testar. prohib. Caius verò in dict. leg.* non est enim, de iis loquitur quæ non careant dolo malo & machinatione. Sic enim respondendum est non quomodo Bart. & Salycet. qui dicunt blanditias illas versari circa prohibitum. Nullo enim iure præterquam nouo ac Iustinianeo prohibita est exheredatio etiam quæ facta sit sine causa, licèt quæ talis est subuertatur facilè per querelam inofficiosi. Nec rursus quomodo Iason, quòd ibi blanditiæ tendebant in perniciem alterius instituti: Nam imò verò tendebant in perniciem filij qui exheredatus proponebatur, & in vtilitatem eius qui fuerat institutus.

ERROR NONVS.

De actione quæ competit fisco aduersus heredem indignum ad aufferendam ei hereditatem.

VALDE laborant nostri vt doceant quomodo sit practicandus [sic enim loquuntur] *titulus ille. D. & C. si quis aliq. testar. prohib. vel coeg.* & quænam actio danda sit fisco ad aufferendam heredibus siue scriptis siue legitimis hereditatem. De quo Bart. quærit ad *l. 1. in princip. num. 5. & ad l. vlt. num. 5.* D. *ill. tit.* Et vtroque loco concludit hunc rei gerendæ ordinem esse debere vt qui incidit in edictum accusetur eo nomine criminaliter, & feratur contra eum sententia per quam imponatur pœna extraordinaria, vt eo facto sententia contra ipsum habeat effectum confiscationis bonorum, & exinde conueniatur ille pro hereditate petitione hereditatis. Sicque accipiendum esse quod de hereditate ab indignis aliis aufferenda scriptum est in *l. 1. C. de his quib. vt indign. arg. l. in cognitione. 15. D. de SC. Silan.* Sic enim & Bart. & alij omnes vulgo existimant post glos. ad *d. l. 1.* petitionem hereditatis competere fisco aduersus indignum quemlibet ad aufferendam hereditatē. Etsi eam Accursij sententiam Bartolus mirari solebat, vt à Baldo ita referente se audiuisse testatur Paul. Castr. ad *d. l. 1.* Nec abs re. Falsa enim est vt mox probabimus. Quod ait Bart. de instituenda criminali accusatione non displicet. Crimen enim est, si quis per vim dolúmve testari alium vel cogat, vel prohibeat *l. 1. Cod. si quis aliq. test. prohib.* & consequentur criminosum est si quis committat id, propter quod ex illo edicto debeat conueniri *l. vlt. eod. l. vlt. D. eod.* Rursum quod addit de ferenda sententia super eiusmodi accusatione, perinde verum est. Quid enim prodesset institutam esse accusationem si sententia non ferretur? Sed quod subiungit de imponenda per eam sententiam pœna extraordinaria, non video quam habeat rationem. Sufficit enim pœna ordinaria, cùm ea siue legibus, siue constitutionibus Principum, siue edictis prætorum certa est constituta, nec quicquam causæ est cur ordinariæ extraordinaria iungatur, nec rursus cur aliud quicquam in sententia contineatur, nisi quod reus fecerit contra edictum: Nam & hoc casu etiamsi nihil reus de pœna subiecerit, tamen legis & edicti potestas aduersus eum exercebitur. Cùm facti quidem quæstio in iudicantis arbitrio sit, pœnæ verò persecutio non eius voluntati mandetur, sed legis autotitati reseruetur, vt ex Papiniano Marcianus tractat in *l. 1. §. 1. D. ad SC. Turpill. iunct. l. ordine. 15. in princ. D. ad municip.* Idq; adeò verum est vt si qua pœna grauior, & vltra legē imposita sit à magistratu, ea res profit condemnato ad existimationem eius conseruandam cuius alioquin iacturam incurrere deberet, quasi duriore sententia cum eo de ipsius existimatione transactum videatur, vt ait Vlp. in *l. quid ergo. 13. §. pœna grauior. D. de his qui not. infam.* Proinde statim atq; pronunciatum est reum fecisse in edictum, hoc ipso succedit pœna edicti, vt & reus indignus habeatur, & ei tanquam indigno hereditas aufferatur. Quod si hoc etiam in sententia iudex addere velit, vt pronunciet heredem indignum esse, quamquam nil necesse est, facilè tamen hoc ferri potest, immo fortasis melius fuerit, sed vt extraordinariam pœnam addat, nullomodo ferri potest. Illud verò multo minus quod

quod sequitur apud Bartolum. Eam sententiam aduersus condemnatum habituram effectum confiscationis bonorum. Quomodo enim fieri potest vt confiscationis effectum habeat sententia, quæ pœnam aliquam irrogauerit extraordinariam si nihil dixerit de confiscatione? Aut etiam, vt iudex possit confiscationis pœnam infligere, vbi lex aliam irrogat pœnam? Siue enim ius vetus inspicias, vix erat vt ex vlla causa irrogaretur confiscatio vniuersorum bonorum vt notant plerique ad *l.1.& vlt.D. de bon.damnat.* etsi de eo nihil nunc adfirmamus. Siue ius nouum intueamur certum est hodie non nisi ex certis causis iisque perpaucis licere Iudici confiscare, præsertim verò vniuersa bona. Inter eas verò causas hanc non esse si quid factum sit aduersus edictum prætoris, si quis alium *testar.prohib.vel coeg.* Inauditum enim est vt ex hac causa vel cõfiscatio bonorũ vniuersorũ vel alia vlla pœna extraordinaria vel ordinaria irrogetur, præter eã quæ heredẽ habeat pro indigno vt hereditas fisco applicetur. Alioquin frustra esset tractare aut pronunciare de heredis indignitate, cùm si confiscanda essent vniuersa ipsius bona, fieret vt illa etiam amitteret quæ aliunde quàm ex hereditate ipsa habuisset, & quorum tamen respectu indignus dici non posset. At rursum si Bartolus sic intelligit, vt iudex qui de crimine cognoscit ea demum bona confiscare debeat, quæ sunt ex ea hereditate, quid aliud obsecro est quod agendum supersit, aut propter quod petitio hereditatis, aliáve actio instituenda sit post sententiam, vt bona ad fiscum deuoluantur? Annon satis deuoluta sunt, si sint confiscata? Aut cur volumus iterum condemnari eum, qui ex eadem causa iam sit condemnatus? Sed quod in tota hac quæstione præcipuum est. Dico non posse iuris rationem pati vt heres institutus & per aditionem iam verus heres factus, petitione hereditatis à fisco conueniatur. Certissimum siquidem est hereditatis petitionem neq; dari alij quàm ei qui sit heres aut ex testamento aut ab intestato, neq; contra alium quàm eum qui vel totam hereditatem vel rem aliquam hereditariam possideat sine titulo, & pro herede tantùm cùm reuera heres non sit, aut pro possessore qui interrogatus cur possideat, nihil aliud respondere potest, quàm quia possidet *l.regulariter.9. cum seqq. D. de hered. petit.* Atqui cùm hereditas alicui aufertur tanquam indigno, neq; fiscus ideò fit heres *leg.inter eos. 51. §. vlt. vbi glos. D. de fideiuss. l.quoties.14. ad fin. D. de nouat.* neq; eo magis desinit heres esse is qui indignus pronunciatus est, cùm semel heres fuerit *l.ei qui soluendo.88. de hered.instit.leg.ex facto.43.§.Iulius Longinus. D. de vulg. & pupill. subst.* vbi Paulus disertè scribit. Eum qui in fraudem legum fidem accommodat, & adeundo heredem effici, & non desinere esse heredẽ, licèt res quæ ipsi relictę sunt auferantur. Ideóq; & ex secundis tabulis quibus pater filio suo impuberi substituerat. *Quisquis sibi heres esset*, in tantum posse indignũ hunc heredem esse in quantum scriptus esset. Satis enim punitum esse in eo in quo fecit contra leges. Nullo igitur iure aut iuris colore fieri potest, vt petitio hereditatis fisco aduersus indignum heredem accommodetur. Idq; ipsi etiam interpretes fateri coguntur, qui vt hanc obiectionem effugiant, admittunt petitionem hanc hereditatis directam non esse sed vtilem. Quod nominatim tradunt Alex. & Fulgos. ad *d.l.1.C.de his quib.vt indign.* Exemplo scilicet possessoriæ petitionis hereditatis quæ datur bonorum possessori *tot.tit.D.de possess.hered.petit.* aut fideicommissariæ, quæ datur fideicommissario *tot. tit. de fideic.hered.petit.* Neutra enim istarum directa est petitio

hereditatis,& ex iure ciuili,sed vtraque vtilis & prætoria quia neque bonorum possessor neque fideicommissarius iure ciuili heres est, sed vterque iure prætorio heredis loco habetur, quia vniuersales sunt successores *l. 1. & 2. D. de bonor. possess. l. 1. & 2. & pass. D. ad SC. Trebell. §. restituta. Instit. de fideic. hered.* Verùm non potest hæc interpretum subtilitas obiectionem nostram diluere. Primùm quia longè alia causa est fisci qui hereditatem indigno abstulit, alia verò bonorum possessoris, aut fideicommissarij vniuersalis. Isti enim iuris successores sunt, ob idque nimirum habentur loco heredum & hereditariis actionibus non quidem directis, sed tamen vtilibus & experiri & conueniri possunt. Fiscus verò etiam postquàm hereditatem indigno abstulit, non eo magis tamen iuris successor est. Idque omnino consequens est ei quod supradiximus non fieri illum heredem, quia si esset iuris successor, ita tamen vt neque idcirco bonorum possessor fieret neque fideicommissarius, non aliud quàm heredis nomen habere posset. Item ei quod diximus heredem qui post aditionem indignus pronunciatus est, nihilomagis heredem remanere: Hoc enim admisso necesse esset admittere duos eiusdem hominis heredes in solidum contra iuris regulam de qua in *l. quod contra. 141. §. vni duo. de reg. iur.* si indigno manente herede fiscus heredis etiam iure ac nomine censeretur. Indéque est quod creditoribus hereditariis fiscus numquam tenetur, neque ab iis conueniri vlla personali actione potest, tanquam qui tum quoque cùm hereditatem indigno abstulit non tam hereditatem quàm bona abstulisse existimetur. Nam & hereditas esse desinit per aditionem veri heredis fitque ipsius patrimonium, nec per ablationem & auocationem illam à fisco factam redire potest, ad pristinam causam hereditatis, quia non eam auffert fiscus hoc colore, quasi numquam pertinuerit, aut fingenda sit numquam pertinuisse ad heredem indignum. Sed è contrario tanquam in qua ius ille habuerit ad eam acquirendam, sed non ad retinendam. Itaque non elidit ius heredis indigni fiscus, at supponit potiùs & confirmat vt illud ipsum sibi applicet. Et ob eam nimirum causam, cùm creditoribus hereditariis nulla actio dari possit neq; contra fiscum, quia nulla competit, cùm non sit heres, neque contra heredem indignum cui fiscus abstulit hereditatem, quia licèt ipso iure competat tanquam contra verum heredem, iniquum tamen est & inhumanum actionem dari in eum cui bona ablata sunt *leg. vlt. §. vlt. D. quæ in fraud. credit.* non alia ratio superest consulendi creditoribus quàm si ex bonis fisco applicandis æs alienum ante omnia detrahatur, vt id demum fisco acquisitum intelligatur quod superit deducto ære alieno *l. 1. §. an bona. l. non possunt. 11. D. de iur. fisc.* Nam & extra hunc casum solemus bona dicere quæ deducto ære alieno supersunt *l. subsignatum. 39. §. 1. de verb. signific. l. mulier. 72. D. de iur. dot. l. 2. §. 1. D. de collat.* Ex eo igitur intelligimus petitionem hereditatis contra heredem indignum fisco dari non posse, ne quidem vtilem, nec rectam esse fisci & aliorum quibus vtilis petitio hereditatis indulgetur, comparationem, etiam ex parte fisci. Sed etsi bona esset comparatio ex parte fisci, illud tamen adhuc obstaret ex parte heredis indigni, vt petitione hereditatis à fisco conueniri non posset, quod ille ipse heres verus est vt diximus, ac proinde talis contra quem impossibile sit petitionem hereditatis dari quæ nec aduersus alium vllum datur cum titulo possidentem *l. 2. l. cogi. 11. C. de petit. hered.* quanto minùs contra verum heredem? Nam & similiter dicimus fideicommissariam hereditatis petitionem

titionem quæ ad exemplum petitionis ciuilis comparata est eosdémq; effe-ctus habet *l.1. D. de fideic. hered. petit.* numquam tamen exerceri posse in eum ipsum qui fideicōmissariam hereditatē restituit *l.vlt.§.penult.eod.* Népe quia non ab alio quàm qui verus heres sit restitui hereditas potest *d. l.1.D. ad SC.Trebell.l.mulier.22.§.vlt.eod.* restitutio autem non facit vt desinat ille heres esse *d. §.restituta.Instit. de fideic. hered.* absurdum porrò esset petitionem hereditatis nec minùs eam quæ vtilis quàm quæ directa sit contra verum heredem exerceri. Nihil ergo agunt interpretes nostri cùm istam hereditatis petitionem quam fisco aduersus heredem indignum accommodant, vtilem esse volunt vt eam ab obiectione nostra tueantur. Fefellit eos textus senatusconsulti ab Vlpiano relati & explicati in *l. item veniunt.20.§. præter hæc & seqq.D.de petit. hered.* Verba enim senatusconsulti licèt ad priuatorum quoque causas protractum illud sit à prudentibus ex rationis (vt nostri loquuntur) identitate, tamen de fisco tantùm loquuntur, & de caduca hereditate per fiscum petita. Ergo, inferunt isti viri boni, de petitione hereditatis quam instituere fiscus posit ad vindicandam hereditatem quālibet caducam: Atqui caduca fit hereditas ei delata & acquisita qui patremfamilias, testari vel prohibuerit vel coegerit *l.2.§.vlt.D.si quis aliq. test.prohib. vel coeg. l. cùm quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* Potest igitur hæc quoque per petitionem hereditatis vindicari. Atque ita ipsi ratiocinantur. Sed valde insubtiliter, pace tantorum virorum hoc dixerim, ne dicam imperitè. Non enim verba illius senatusconsulti tam generalia sunt vt omnes complectantur casus, in quibus hereditatem quasi caducam fiscus persequi & vindicare à quocunque velit: at è contrario excludunt disertè hunc casum de quo tractamus, id est in quo hereditas per verum heredem possideatur. Siquidem de iis specialiter locutus est Senatus, qui se heredes existimant. Ac proinde qui non sunt veri heredes. Non igitur de indignis, quos diximus & probauimus veros heredes & esse & manere. Neque verò desunt innumera exempla hereditatum, quæ caducæ factæ sint ex alia causa quàm indignitatis, & quarum ratione nihil prohibeat institui petitionē hereditatis non directam sed vtilem à fisco, cùm possessores non sunt veri heredes, siue se heredes esse existiment, siue se heredes non esse sciant, id est, siue bonæ siue malæ fidei possessores proponantur. At vt petitio hereditatis siue directa siue vtilis detur fisco contra eum qui verus heres sit, neque Senatus, neque Vlpianus, neque alius vllus ex veris prudentibus nostris vnquam dixit. Immo ni fallor ea causa fuit faciendi senatusconsulti, vt quid in causis fiscalibus sequendum esset sciri posset, cùm ordinaria ciuilis actio petitionis hereditatis fisco competere non posset ne quidem aduersus non heredem cùm nec ipse heres esset, neque rursus vlla ex iis quas prætor extra ordinem pro sua iurisdictione induxit. Nisi fortè putamus ante senatusconsultum illud incognitam fuisse petitionem hereditatis, quod tamen absurdum esset dicere, cùm hereditatis petitio dicatur esse actio ciuilis, id est, manans ex interpretatione prudentum ad legem 12.*tabul.* ex qua ius ipsum hereditatum descendit siue testamentariarum siue legitimarum *l.1.2.& 3. D.ill.tit.de petit.hered.l.lege obuenire.130.D.de verb.signific.* Idque verba etiam ipsa senatusconsulti præseferunt.

ERROR DECIMVS.

De sententia l. 1. C. de his quib. vt indign. & quid hodie iuris obtineat cùm tractatur de indignis.

ET verò iure alio censeri hunc cui tanquam indigno hereditatem fiscus aufert, alio cæteros à quibus hereditatem fiscus petit, & de quibus senatusconsultum factum est si modò se heredes esse existimauerint, atq; ita fuerint bonæ fidei possessores, ex eo quoque apparet quod in ***d. l. 1. C. de his quib. vt indign.*** constitutum est vt heredes quos necem testatoris inultam reliquisse, constiterit, fructus integros reddere cogantur, id est vt sequentia explicant etiam eos quos perceperint ante litem motam: Ratione illa quæ in textu sequitur, quòd non videantur bonæ fidei possessores ante illatam controuersiam fuisse qui debitum officium pietatis scientes omiserunt, Cùm tamen ex eo senatusconsulto quod circa fiscales hereditatis petitiones factum est, non nisi ex die illatæ controuersiæ fructus reddere possessor teneatur, tanquam qui in illum vsque diem bonæ fidei possessor, si aliud nihil obstet, fuisse existimetur. Ita fit quod non immeritò mirari quis possit vt deterioris cōdicionis sit is qui verè heres est in specie ***d. l. 1.*** quàm qui falso quidē sed bona fidei existimat te heredem, Nempe quia bonam fidem inducit probabilis error facti, qui facile potest interuenire, si fortè agnatus proximus putet nullum esse factum testamentum ab eo qui tamen testamentum fecerit, & alium heredem instituerit eius cuius persona hereditas caduca facta sit, putà defuncti ante apertas tabulas, vt exemplum petamus ex eo iure quod prudentum temporibus obtinebat. Qui autem ideo indignus est quod sciens neglexerit vindictam necis defuncti cuius heres est, non nisi in iure errat si nescit se indignum esse, & ideo quamuis nulla ei adhuc controuersia inferatur, non eo magis tamen videri potest bonæ fidei possessor, vt fructus ante perceptos, aliorum exemplo qui à fisco conueniuntur, præstare non compellatur. Quo exemplo idem iuris esse puto in cæteris omnibus indignis ex quacumq; causa indigni sint, siue quod tacitam fidem accommodauerint in fraudem legū, siue quod defunctum testari vel prohibuerint vel coegerint. Omnibus enim hoc commune est vt cùm ex proprio facto indigni sint, proprij autem facti ignorantiam non possint prætendere ***l. quamquam. 7. D. ad S. C. Velleian.*** eos necesse sit errare in iure, si putāt ius sibi esse retinendæ hereditatis, etiā prius, quàm eius controuersiam vllam à fisco patiantur. Atque ita Papinianū sensisse constat ex ***l. heredem. 17. & l. seq. D. de his quæ vt indign.*** in quarum altera tractans de illo qui sciens defuncti vindictam insuperhabuit, in altera verò de illo qui tacitum fideicommissum in fraudē legis suscepit, in vtraque tamē vult cogendum esse indignum vt fructus omnes omnino restituat, etiā quos perceperit ante litem motam, quòd bonæ fidei possessor fuisse non videatur, Exemplo, inquit, bonorum fisco vindicatorum, de quorum fructibus dubitari non potest quin omnimodo fisco debeātur. Vsurarum alia ratio est. Placet enim eas fisco non deberi nisi ex die motæ siue de tacito fideicommisso, siue de insuperhabita nece defuncti controuersię, sed tamen ex eo die deberi etiam preciorum quæ quis non tantùm ex rerum hereditariarum, sed ex ipsorū quoq; fructuū ante perceptorum distractione habuerit, at nō etiam eorum

rum fructuum quos in vsu habuit. Horũ enim precia tãtùm restitui satis est inquit *Papin.in d.l.eum qui* 18.*in princip.* vbi tamen subiungit, Imperatorem Seuerum benignè decreuisse vt bonorum tacitè relictorum citra distinctionem tẽporis fructus tãtùm debeantur, id est siue ante siue post motã litẽ percepti sint, eorũ tamen vsurę nullę debeãtur. In quo melioris conditionis esse Imperator voluit eũ qui indignus est ob susceptũ taciti fideicõmissi secretũ, quàm eũ qui indignus sit ob inultã necẽ defũcti, aut ob vim factã dolũmve illatũ testatori, Nõ quidẽ ex ratione aliqua iuris quę hãc diuersitatẽ inducat, sed ex sola benignitate, Ideo fortasse quod qui tacitã fidẽ accõmodat solis legibus fraudem facit vt faueat testatori, Qui verò ex qualibet alia causa indignus est, non tantùm legibus, fraudem facit, sed ei quoque cuius hereditatẽ possidet, & idcirco sicut duplici odio dignus est ita & maiore pœna. Dices Cur non ergo præstat vsuras nisi ex die motę litis ac non potiùs ex die morę vt dici solet in alijs bonæ fidei iudicijs, *l.mora.*32.*§.in bonæ fidei. D.de vsur.l. in bonæ fidei.*13.*C.eod.* Nam & in hoc hæsitarunt interpretes nostri, supponẽtes dari hoc casu petitionem hereditatis quæ inter bonæ fidei actiones à Iustiniano cõmuneratur in *§.action.instit.de action.* Neque verò facilè possunt se extricare vt videre est apud Accursium qui in *d.l.*1. tres adfert solutiones, quæ à cæteris omnibus omnes improbantur, Tandémque in hoc conquiescunt interpretes, vt dicant in bonæ fidei quidem iudiciis vsuras venire à tẽpore morę, sed tunc demum quando exercentur ea iudicia contra illum qui nullum ius habet in ea re pro qua conuenitur, sed si contra eum exerceantur, qui mero iure aliquod ius habeat licèt eo priuari possit, aliud esse nec tunc venire vsuras à tempore moræ, sed tantùm ex die litis motę. Atque ita, post Paulum Castrensem concludit *Ias.ad d.l.*1.*in fin.* Parum acutè. Primùm quia lex non ponit quod illi ponunt agi in ea specie petitione hereditatis. Deinde quia Seueri temporibus, & ante constitutionem Iustiniani in *l. vlt.in fin. C.de petit.hered.* nondum erat constitutum vt petitio hereditatis inter bonæ fidei iudicia computaretur. Tertiò quia tantum abest vt eius cui tanquam indigno auffertur hereditas melior condicio esse debeat ob id quod reuera heres sit, & ius habeat in hereditate, quàm illius qui nullum ius habet, sed tantùm bonæ fidei possessor est, Vt è contrario sit ille deterioris in eo quod fructus omnes restituere compellitur etiam perceptos ante litem motã, quod in cæteris qui petitione hereditatis etiam à fisco conueniuntur diuersum est, vt proximè ostendimus. Quia nimirum non sunt ista repugnantia, vt heres habeat ius in hereditate, tanquam qui reuera heres sit, & tamen malę fidei possessor esse credatur. Postremo etiamsi poneres conueniri petitione hereditatis à fisco illum, qui in hereditate nullum ius haberet, sed bonę fidei tãtùm possessor esset, non aliud tamen iuris quod ad fructuum & aliarum rerum hereditariarum quę distractę sint, aut pecuniarum vsuras seruaretur, nisi hac tenus vt nec ex die motę litis & illatę controuersię deberentur. Nullas enim omnino deberi supradicto senatusconsulto expressum est. De illo igitur potius dubitare interpretes debuerant. Cur in casu senatusconsulti mota lite & instituta petitione hereditatis vsurę nullæ debeantur pecuniarum ex distractione redactarum, ne quidem ex die motę litis, Quàm Cur in speciẽ *d.l.*1. ex tempore tantum motę litis debeantur: in vtraque autem quęstione illud etiã explicãdũ est, Cur alia fructuũ, alia vsurarũ ratio constituatur. Ego respõdeo, Ad eam primum dubitationẽ quę interpretes agitat, De vsuris ab

herede indigno à die tantum litis motæ non à die moræ præstandis. In hoc errare interpretes quod diem motæ litis alium esse putant, quàm diem moræ. Nam ex ipsis Senatusconsulti supradicti verbis, motam litem petitámq; hereditatem intelligere debemus, cùm primùm scierit quisque eam à se peti, hoc est cùm primùm, aut denunciatum sit ei, aut literis, vel edicto euocatus sit, quod & Vlpianus inculcat in *d.l.item veniunt.§.petitam.* Quomodo autem contrahi mora potest quæ hoc tempus antecedat? Nam & tunc contrahi mora intelligitur, cùm quis congruo loco & tempore interpellatus fuit *d.l.mora.in princ.* quæ interpellatio sicuti necessariò scientiam inducit ita & facit, vt exinde mota lis videatur, saltem quantum ad hoc iudicium petitionis hereditatis. Nisi poneres talem esse speciem, in qua contraheretur mora in re ipsa & ipso iure, vt putà fauore minoris ætatis. *l. in minorum. 3. C. in quib. caus. rest. in integr. necess. non est. l. Titia Seio. 87. §. vsuras. de legat. 2.* Sed is casus alienus est à disputatione nostra, quæ est de fisco actore non de minore. Quod ergo Imper. Seuerus constituit, vt indignus cui hereditatem fiscus auffert, vsuras præstare debeat ex die motæ litis, illud ipsum est quod nostri volunt præstandas esse à die moræ. Diligentérque separandum est tempus litis motæ à tempore litis contestatæ. Non enim similiter posset dici contestatam videri litem ex die scientiæ, cùm contestatio sit actus sollennis, qui olim non nisi apud prætorem fiebat hodie verò non nisi apud iudicem *l. vnic. C. de lit. contest. l. sed etsi lege. 25. §. si ante. D. de petit. hered.* Quamquam etsi litis contestatæ mentio facta esset à Seuero in *d.l.1.* adhuc tamen dici posset rescriptum ita intelligi debere, vt neque motæ litis, neque moræ tempus idcirco exclusum videretur, sed illud tantùm tempus quod & moram & motam litem præcessisset, quomodo verba ipsa Senatusconsulti interpretatur Vlpianus in *d. §. si ante.* Et nos quoque aliàs interpretati sumus tit. *C. de vsur. & fruct. leg. legat.* vbi scriptum est legatorum fructus & vsuras deberi ex die litis contestatę. Nempe si non aliqua mora contestationem præcessisse probetur. Quandoquidem constat si mora in soluendis legatis vel fideicommissis facta sit, ex die moræ vsuras deberi *d. §. vsuras. & d. l. in minorum. l. si quis seruo. 84. de leg. 2. cum simil. lib.* Qua etiam ratione dicerem si tempus motę litis diuersum esset à tempore moræ, sic accipiendum fore rescriptum Seueri, De vsuris ex die tantùm litis motæ præstandis, si non mora aliqua præcessisset. Non enim ad excludendum præcedentis moræ tempus ita scriptum est in *d. l. 1.* sed ad excludendum, vt iam dixi tempus omne quod præcedit moram, ad differentiam fructuum, à quibus dependendis nec immune illud tempus est. Illud igitur duntaxat explicandum superest: cur aliud hac parte in fructibus, aliud in vsuris fuerit constitutum. Si de fructuum vsuris loqueremur, de quibus & Papin. in *d. l. eum qui.* aperta esset ratio dissimilitudinis, quia fructus sunt accessiones, fructuum verò vsuræ accessionum accessiones quæ vel prohibitæ sunt, vel si quādo permissæ in odium malæ fidei possessoris, tamē sunt odiosiores. *l. vlt. C. de vsur.* Sed cùm Seueri rescriptum loquatur etiā de vsuris preciorū ex rebus ipsis hereditariis distractis redactorum, quarū fructus hodie pręstarentur, si distractæ non fuissent, difficile videtur dicere cur non eadem cōstituta sit ratio fructuum & vsurarum, cùm dici soleat vsuras vicem fructuum obtinere, nec debere à fructibus separari. *l. vsura. 34. D. de vsur.* Dicendum est fauorabiliorem esse fructuū restitutionem, quàm vsurarum, quia fructus sunt accessiones naturales quas qui pręstat non idcirco fit pauperior,

sed

sed tantùm non locupletior, cùm idipsum restituat quod percepit, *l. indebiti. 15. D. de cond. indeb. l. videamus. 38. §. si actionem. de vsur.* At vsuræ non accessiones naturales sunt, sed, vt loquuntur, industriales, quia non tam ex re ipsa, hoc est ex pecunia quę sui natura sterilis est, aut ex iure, quàm ex negotiatione percipiuntur, vt eleganter Papin. dicebat in *l. si nauis. 62. D. de rei vindic.* Itaque durius agitur cum reo si ad vsurarum, quàm si ad fructuum restitutionem condemnetur. Vnde etiam est quod in bonę fidei iudiciis cùm vsurę nō debeantur nisi ex die moræ, fructus tamen omnimodo debentur. *d. l. videamus. §. pen.* hoc est etiamsi mora nulla facta sit, quia in eo nulla fit iniuria ei qui ex bona fide condemnatur, de quo alibi scripsimus. Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione, ni fallimur, verissimè disputantur, & inspecto eo iure quod Seueri temporibus obtinebat. Sed cùm hodie totus ille tit. *de his quib. vt indign.* apud pleráſque gentes abrogatus sit, quomodo apud Gallos abrogatum esse refert Bugnonius Gallus in suo illo tractatu *De legib. abrog.* dubitari eleganter potest quid iuris sit. An scilicet heres indignus, cui olim fiscus hereditatem auferebat eam hodie retinere debeat, an verò ad legitimos heredes pertinere debeat, & rursus qua actione. Nec enim dubitandum est quin hodie perinde ac olim valeat testamentum, ex quo hereditas etiam indigno acquiritur, veréque fit heres is quoque qui indignus est: vt proinde legitimi heredes, & ab intestato venientes non videantur succedere posse suo iure, sed egere aliqua actione ad auferendam heredi scripto hereditatē. Atqui nulla talis actio iure prodita est. Quinimò repugnat hoc principiis iuris, vt hereditas postquàm ex testamento acquisita fuit ad legitimos heredes reuertatur. Condictio igitur saltem ex lege aliqua dari deberet. At quid si non lege aliqua, sed moribus tantum ius illud vetus fiscale fuerit abrogatum? Condictio ex moribus nulla est. Verùmenimverò cùm fiscale ius in hoc sublatum sit, non fauore indigni heredis, qui semper eodem odio dignus est quo fuit olim, sed fauore legitimorum heredum, dicendum est permittendum esse legitimis heredibus vt adeant, sibique hereditatem adserant ab intestato, tum vbi conuenientur ab herede testamentario petitione hereditatis ex testamento, eum summoueant exceptione doli mali, vt & in specie *l. penult. §. vlt.* D. *de bonor. poss. secund. tab.* Dolo enim malo facit quisquis prætextu testamenti, & captata occasione iuris ciuilis eam petit hereditatem, qua tamen indignum se reddiderit. *arg. l. 1.* D. *de doli except.* Et quamuis nullo iure legitimi heredes possint hereditatem suam dicere, quæ ex testamento iusto alij delata & acquisita est, sufficit tamen iis, ad vincendum quod possessores sint, & iustam habeant exceptionem, cuius vires ex persona petentis æstimari debeant, cùm alioquin potior sit causa possessoris in re pari, hoc est in pari non iure, vt eleganter Paulus quamuis in dissimili specie respondit in *l. militis. 36. §. veteranus.* D. *de testament. milit.* At quid si indignus ipse possideat. Autoritas quidem iudicis imploranda erit, ne quid per vim & malo more factum videri possit. Sed eo ipso modo proponenda erit actio à legitimis successoribus acsi nullum testamentum esset. Producto autem testamento ad elidendam legitimorum heredum intentionem, debebunt illi replicare de dolo malo, vt ea ratione non quidem testamentum ipsum euertant, quod neque per exceptionem neque per replicationem doli vnquam subuerti potest, sed tamen assequantur, vt nullam ex eo testamento vtilitatem heres scriptus aut petere aut retinere possit. Quam

in rem mihi videtur accommodatissimus textus Papiniani in *d.l.pen.§.vlt.* in cuius specie licèt heres scriptus non habeatur pro indigno, quia testator mutauerat voluntatem non propter malè merita heredis, sed quia voluerat se adrogandum dare, perinde tamen acsi indignus esset arcetur à commodo hereditatis testamentariæ, cùm non habeat pro se supremam testatoris voluntatem. Nec eo minùs tamen testamentum ipso iure valet. Et rursus quamuis valeat, non impedit quominus legitimi heredes succedere ab intestato possint, non quidem ipso iure, sed beneficio exceptionis doli quæ iis accommodatur contra heredem scriptum volentem agere ex testamento. Porrò cui possidenti exceptionem doli damus eidem si cogatur agere contra eum à quo potiùs conueniri deberet, replicationem æquè facilè & ex eodem æquitatis fonte dandam esse notissimum est. Et ex his absolutus sit tractatus quem interserere coacti sumus ad interpretationem *tituli.D.& C. si quis aliq.test ar.prohib.vel.coeg.*

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XXXIX.

ERROR PRIMVS.

De clausula derogatoria apposita in testamento minùs sollenni, vel rupto ex causa præteritionis, aut exheredationis.

INTERIECTVS superiore Decade tractatus de illo qui aliquem testari prohibuit, vel coegit, institutam nostram de clausula derogatoria disputationem interrupit, quam nos nunc absoluemus. Duplex autem occurrit hoc capite tractanda inspectio. Vna, quid si apposita sit clausula derogatoria in testamento minùs sollenni. Altera quid si in testamento rupto ex causa præteritionis vel exheredationis. Vtramque quæstionem proponit Bart. ad *leg.si quis in principio. 22. num.6.& 7. de legat.3.* Ad priorem verò respondet, Verba derogatoria habere vim cuiusdam ademptionis. Ex notat. per glos. magnam in *dict.l.si quis*, Et ideo ad hoc vt adimatur

matur hereditas debere id fieri in voluntate sollenni, quia in codicillis neque dari neque adimi hereditas potest *l.2.Cod.de codicill.l.quidam 27.§.vlt. D.de condic.instit.* Et oportere, quòd in tali voluntate adimatur ex qua possit adiri hereditas, vt idem Bart. notat ad *l.si iure.18. de legat.3.* Sed in ademptione legati non requiri tantam sollennitatem ex *l. si ita sit adscriptum. 14. de legat.1.& l.fideicommissum.27.C.de fideic.* Melior textus est in *l.militis.36. §.veteranus. D.de testam. milit.* Itaque quod ad legata in posteriore testamento sollenni relicta, vult Bartolus clausulam derogatoriam in priore testamento etiam minùs sollenni adhibitam operari ne debeantur. Ad posteriorem verò quæstionem respondet Bart. eodem ferè modo. In quantum derogatoria verba continent ademptionem hereditatis, atq; ita respiciunt institutionem, nihil posse operari. Secus verò in quantum respiciunt legata & fideicommissa, quia Nouella Iustiniani constitutio. 115. *Vt cùm de appellat.cognosc.§.*aliud quoq; capitulum, vnde sumpta est, *Auth.ex causa. C.de liber.præter.* rupto testamēto vel irrito facto ex causa præteritionis vel exheredationis, conseruat testamentū quantū ad legata, & fideicommissa, & cætera omnia in eo contenta, præterquàm quod ad institutiones. Ego non solùm vtramq; hāc quæstionem ociosam esse arbitror, si verū est vt est quod probauimus in præcedentibus, merum cōmentū esse Doctorū nostrorum quicquid illi de clausula posterioris testamēti derogatoria nugantur, sed etiā si qua talis clausula admitti posset quæ his quæstionibus locū faceret, longè aliter quàm à Bartolo factum sit, ad eas respōdēdum esse. Nā quod ad priorem attinet, vt ex Bartoli traditionibus cōtra Bartolū ipsum disputemus, vult ille ad *d.l.si quis.in principio.num.4.* quod & ante eum Cinus docuerat, huiusmodi clausulam derogatoriam habere vim cuiusdam protestationis præambulæ quæ declaret in secūdo testamento cui expressim derogatū sit, voluntatem testandi nō adesse. Atqui volūtas illa & protestatio probari potest ex priore testamento etiam nō sollenni, cùm dici soleat verúmq; sit ex actu quoq; nullo declarari voluntatem *l.vlt.D.de reb.eor. qui sub tutel.l.cùm quidā.12.D. de his quæ vt indign.* Nō ergo quod clausula derogatoria apposita sit in nō solleni testamento vim & effectū eius impedire potest. Quid enim referre debet an prius testamentū in quo apposita illa est, valeat nécne, cùm possit ea protestatio fieri quocunq; alio loco & tempore id est etiā extra testamentū? Aut si eā cùm in testamēto inutili apposita est inutilem esse volumus quoniā vt à nobis disputatū est in præcedētibus. Illa etiā quæ extra testamentū fieri possent, si tamē in testamēto facta sint nō aliter valere possūt, quā si testamentū quoq; ipsum valeat. Cur volumus manere illā vtilem & validā ad impedienda legata quæ secūdo testamento relicta fuerint? Etenim quod pro ratione adfert Bartolus clausulā derogatoriā habere vim ademptionis, hereditatem verò in volūtate minùs sollenni adimi nō posse ad rem omnino nō pertinet. Quia ea potest quidem esse vis clausulę derogatoriæ in iis demū quæ adimi possūt, adeóq; in eodem testamento, cuiusmodi sunt legata, fideicommissa & similia de quibus in *d.l.si quis in principio.& apertius in l.si ita sit adscriptū.14. de legat.1.* at non in iis quæ adimi non possunt, cuiusmodi est hereditas. Nam vt diximus in *Error.8. Decad.37.* regula iuris est hereditatem adimi non posse *l. si ita scriptum. 13. §. regula. D. de liber. & posthum.* Eam præsertim quam nondum quis dederit, sed quam postea daturus sit & quidem in alio testamento. Id enim adimi tantùm

potest quod in eodem testamento vel datum sit vel datum sit vel dari saltem possit: In quo numero non est hereditas alia posteriore testamento relinquenda, cùm habere duo testamenta non magis quis possit quàm duas hereditates, Et quod dicitur, in codicilis hereditatem neque dari neque adimi posse, non hunc sensum habet quasi in sollenni testamento sicut dari potest ita & adimi possit, sed eò pertinet vt intelligamus, hoc plus esse in testamēto quàm in codicillis, quod in eo hereditas dari potest, quæ porrò hoc ipso quod vni datur, alij qui eam alioquin habiturus esset adempta esse intelligitur, vt suo loco explicauimus, vt proinde non aliter adimatur, quàm si detur. Sed etsi vera esset ratio ista Bartoli quæ vult clausulam derogatoriam habere vni ademptionis non minus in hereditatibus, alio testamento relinquendis, quàm in legatis eodem testamento relictis, Attamen contra Bartolum sufficeret quod alia quoque ratio vera esset, quam idem Bart. & alij omnes probant, ex eo sumpta, quod eadem clausula vim habeat protestationis præambulæ (vt loquuntur) ad subtrahēdam voluntatem à futuro actu, qui tamen sine voluntate perfici non possit. Etsi enim difficilius reuocatur datio hereditatis quàm legati, vt ait Bartolus, si tamē initium inspicias & tempus illud quo nec hereditas adhuc data sit nec legatum illud vtrique cōmune esse constat, vt neutrum dari possit sine dandi volūtate, quam nec sufficit adesse in danda hereditate si non sit sollennis. Itaque quamuis clausula derogatoria non posset ex vna parte, & quatenus vim ademptionis habet, impedire validitatem posterioris testamenti cùm esset apposita in priore minùs solenni. Sufficeret tamen ad hunc ipsum effectum inducendum, quod haberet vim protestationis, & subtrahendæ voluntatis, Nec minùs quantum ad hereditatem quàm quod ad legata, & fideicommissa in quibus hoc vltro Bartolus admittit. Quod verò ad posteriorem quæstionem pertinet, Si clausula derogatoria sit apposita in eo testamento quod ruptum sit vel factum irritum ex causa præteritionis aut exheredationis, cōstituit quidem Iustinianus inuita etiam iurisprudentia vt institutiones tantùm corruant, legata verò & cætera omnia firma remaneant, *dict. Auth. ex causa. C. de liber. prater.* Sed non video qua ratione possit quis ex hoc inferre cum Bartolo, Conseruandam igitur esse clausulam derogatoriam quæ destruat legata siue in eodem siue in alio testamento relicta, Aut infirmandam quatenus respicit institutiones ne valere possint. Potius enim è contrario inferēdum esset. Inutilem esse debere clausulam derogatoriam quod attineret ad legata, & cætera quę Iustiniani constitutio vult valere, vtilem verò ad euertendas eas institutiones quas nec Iustiniani constitutio valere patitur: Nisi fortè ad id respexit Bartolus, quod nulla opus est clausula derogatoria ad infirmanda ea quę iam ipso iure non valeant, sed tantùm ad infirmanda ea quæ alioqui valerent. Verum si ita Bartolus sensit, non debuit igitur hereditates distinguere à legatis. Cùm enim tractemus de clausula derogatoria posterioris testamēti, quę posita sit in priore rupto ex causa pręteritionis, vel exheredationis, Apparet non de ea institutione nos tractare, quę in eodem testamēto scripta sit, sed ea quę in alio posteriore, quā idcirco nō possumus dicere nullā esse, cùm ponamus testamētū posterius valere. Quidni ergo valebit clausula derogatoria in priore testamēto apposita, vt destruat posteriorē institutionem? Sed videtur potiùs ad id respexisse Bartolus, quod eadem esse debeat ratio dationis & ademptionis, Vt quemadmodum datio hereditatis quę per insti-

institutionem sit non conseruatur ex Iustinianea constitutione, ita neque cõseruetur ademptio quæ per clausulam derogatoriam fieri intelligitur, Contrà autem conseruetur ademptio legati quam inducit potestas clausulæ derogatoriæ, quoniam & datio legati si qua eo testamento facta esset conseruaretur. At neque interpretatio hæc Iustiniani verbis aut menti vllomodo conuenit. Egit enim Iustinianus de conseruanda legatorum datione, non de conseruanda eorundem ademptione, cuius scilicet conseruandæ nulla subest necessitas, cùm testamentum in quo data sunt legata, vel ab initio non valuit, vel ex postfacto desijt valere tanquam ruptum aut irritum factum ex causa præteritionis vel exheredationis, Nempe si de ijs legatis agamus, quæ in eodem testamento fuerint relicta: Nam si de ijs quæ in alio & posteriore testamento data sint, sicut ad ea non pertinet constitutio Iustiniani, ita neque de ipsorum ademptione confirmanda cogitasse dici potest. Et omnino improbabilis est ista interpretatio, vt imperator qui legatorum dationem confirmatam voluit fauore legatorum, hoc ipso ademptionem quoque legatorum siue in eodem siue in alio testamento relictorum confirmasse intelligatur. Præsertim cùm facta in priore testamento ademptio legatorum in posteriore datorum, etiamsi fieri posset, quod nos semper negauimus, non possit esse non odiosa, habentibus legatarijs pro se voluntatem illam defuncti, quæ saltem ordine temporis & scripturæ suprema dici possit, eámque iustam & sollennem, quam proinde absurdum sit aut impediri aut euerti per contrariam, quæ & prior fuerit, & minùs sollennis. Quod autem vult Bart. clausulam derogatoriam nihil operari quatenus respicit institutiones, vt eadem sit ratio ademptionis & dationis hereditatis, supponit perpetuum illum errorẽ Bartoli & nostrorum quod hereditas adimi possit, quam nos toties diximus & probauimus adimi nõ posse. Debuit ergo Bartolus ad vtramq; quæstionem respondere, quod nos respondemus Clausulam derogatoriam appositam in testamento siue minus sollenni siue rupto ex causa præteritionis vel exheredationis nihil prorsus operari posse neque quod ad institutiones, neq; quod ad legata. Vt hoc saltem casu obtineat quod nos generaliter volumus, Clausulam istam si per eam posteriori testamento derogare quis velit, nullius vnquam esse momenti, nec si in testamento sollenni iustóque opposita proponatur.

ERROR SECVNDVS.

De iuramento apposito in priore testamento an habeat vim clausulæ derogatoriæ. Et de clausula Omni meliori modo.

MVLTORVM sed imperitiorũ pragmaticorũ vulgaris vox est, Testamentum iuratum mutari & reuocari non posse. Cui errori causam illud præbuit quod frequentissimo doctorũ nostrorum suffragio receptum est, Iusiurandum habere vim clausulæ derogatoriæ ad impediẽdum posterius testamentũ, perinde acsi clausula derogatoria expressim adiecta esset in priore. Quod dicertè tradit Bart. ad *l. si quis in principio. num. 15. de legat. 3. secutus opinionem Ioan. Andr. ad cap. quod semel de regul. iur. in 6.* Mouetur autem hac vna ra-

tione, quod iuramentum in testamento appositum habeat vim hanc, vt perinde sit acsi testator diceret, velle se testamentum valere omni iure quo valere potest. *ex l. eùm pater. 77. §. filius matrem. de legat. 2.* vbi cùm filius quidã matrem suam heredem scripsisse proponeretur, eámq; cum iurisiurandi religione rogauisse, vt fideicommissa tabulis data præstaret. Papinianus respõdet, Etiãsi testamentum nullo iure factum esset, nihilominùs matrem legitimam heredem cogendã præstare fideicommissa. Propterea ꝙ enixæ, inquit, voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectę videbantur. Nos verò qui clausulã istam posterioris testamenti derogatoriam nullã agnoscimus, ne tum quidẽ cùm expressa fuit, quid de hac Bart. opinione sentiamus, difficile non est intelligere. Falsam nimirum illam esse, nec posse quicquam dici absurdius. Qui enim iurat velle se, vt supremum sit testamentum illud in quo iurat, nec id à se vnquam reuocatum iri, nihil aliud agit nisi vt eam sibi legem dicat ne à priore voluntate recedere possit, quã legẽ vtiq; sibi dicere nemo põt. *d. l. si quis in principio. & l. quod autem. 7. §. pen. de donat. int. vir. & vxor.* Nec quod eam legẽ sibi dicat adhibito etiã iureiurando ad rem facit, nisi vt tanto magis appareat niti eum contra leges, & consequẽter frustra illum agere, vt legum potestatem & autoritatem labefactet. Certũ namque est nullam esse vim iurisiurandi, si in id adhibeatur vt aliquid fiat contra leges. *l. non dubiũ. 5. in fin. C. de legib. l. iurisgentium. 7. §. & generaliter. D. de pact.* Et in specie extat rescriptum Seueri & Antonini à Marciano relatum in *l. si quis inquilinos. 112. §. vlt. de leg. 1.* Iusiurandum contra vim legum & autoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti. Nec est quod quis dicat iuri ciuili hac parte derogatum esse per ius pontificium, quo districtè cauetur, vt seruari debeat iusiurãdum quodcunque seruari potest citra dispẽdium salutis æternę *cap. cùm contingat. extr. de iureiur. & cap. quãuis pactũ. de pact. in 6.* Nam immo verò iuris quoq; pontificij regula illa est, Non esse obligatorium iuramentũ, quod prętitum sit contra bonos mores. *cap. non est obligatorium. de reg. iur. in 6.* Atqui contra bonos mores est, vt cuiquam hominũ libera testandi facultas auferatur. qua nihil est aut fauorabilius aut honorificentius quæ tamen per huiusmodi iusiurandum si præcisè seruandum esset aufferretur. Non est igitur obligatorium hoc iusiurandum. Atque ita Bart. quoq; concludit ad *d. l. si quis. num. 14.* post Petr. & Cyn. in *l. 1. C. de sacros. eccles. ex l. stipulatio hoc modo concepta. 61. de verb. oblig. l. ex eo. 4. C. de inutil. stipul.* vbi disertè scriptum est omnes istas cautiones esse ideo inutiles iure ciuili, ꝙ sint contra bonos mores. Neq; est quod quis cum Didaco Couarr. & aliis nonnullis interpretibus supradictã iuris pontificij regulã explicantibus, distinguat hac parte mores ciuiles à naturalibus, quasi regula illa de eo tantũ iureiurãdo intelligi debeat quod sit contra bonos mores naturales nõ etiam de illo quod sit contra ciuiles. Potest enim cadere quidem hæc distinctio in mores, quorum si de iis simpliciter loquamur, alij naturales sunt, alij ciuiles: sed non potest cadere in bonos mores, de quibus tamen agitur in *d. l. stipulatio. & d. l. ex eo.* Bonos enim mores cùm dicimus solos eos intelligimus, quos non tantùm lex ciuilis, sed ipsa etiam natura pro bonis probísque habeat. Sicut & bonum aliquem cum dicimus naturalem non ciuilem bonitatem intelligimus. Eam scilicet ex qua non solùm bonus ciuis, sed etiam bonus vir, & bene à natura ad probitatem informatus æstimari debeat. Deinde quamuis non à natura homo habeat, sed à lege vt testari possit,

non eo

non eo minus tamen fit vt contra bonos mores naturales non sit, si ea testandi facultas homini eripiatur, quia naturale omnium hominum votum illud est vt testari liberè possint, tametsi ratio naturalis sufficere in eam rem sola non potuisset, nisi legis auxilium præstò fuisset. Ac præterea quoniam nihil est homini tam naturale quàm vt liberam habeat voluntatem, liberúmque arbitrium faciendi quicquid velit, ex ijs scilicet quæ facere cùm vult, potest. Adeò vt nec homo dicendus amplius esset is qui desineret posse velle & nolle, Postquàm igitur per legem factum est vt possit quilibet ciuis testari si velit, perinde violatur naturalis illa libertas, cùm alicui eripitur facultas testandi aut testamenti mutandi, atque si præriperetur ei facultas libera quam quisque habet ad edendum, bibendum, dormiendum, bene etiam, maléque operandum. Ergo contra bonos mores quoslibet, id est etiam naturales facit quisquis aut sibi aut alij præripit liberam hanc testandi facultatem. Dico *sibi aut alij*. Etsi enim qui alij præripit, hoc etiam respectu contra bonos mores facit, quòd nimis sollicitus videtur de hereditate viuentis, quæ sollicitudo non nisi improba esse potest cùm plena sit tristissimi & periculosissimi euetus *l. vlt. C. de pact. l. 2. §. interdum D. de vulg. & pupill. subst.* quod non similiter de eo dici potest qui proprio iureiurando eam testandi facultatem non præripit nisi sibi ipsi: Attamen vt eadem huius, quæ illius ratio esse debeat, illud facit quòd ex eodem fonte profluit vt nemo aut sibi aut alij eam libertatem testandi auferre possit, Nempe quia eam nemo habet aut à se aut ab alio, sed tantùm à lege in quo numero quæ sunt, nec per alium quàm per legem ipsam tolli possunt *l. 3. D. de interd. & relegat.* Et verò si posset quis sibi ipsi solus eam legem dicere ne testari in posterum posset, cur non obligaretur, de ea re cum alio paciscẽdo? Nec enim aliud faceret qui de ea re pacisceretur siue per stipulationem siue per nudam conuentionem, in contractu tamen vtili adhibitam in *l. pact. quod dotali. 14. C. de pact.* nisi quod eam sibi legem diceret ex conuentione cum alio inita. Quam idcirco tanto magis valere æquum esset si citra conuentionem cuiquam priuato eam sibi legem dicere liceret: Idque est quod *Vlp. ait in d. l. quod autem 7. §. pen. de donat. int. vir. & vxor.* non posse quem velle vt sibi ea lex imponatur ne voluntatem mutare possit. Qui ergo per iusiurandum propriũ hoc se assequi posse putat, id agit sane vt faciat quod scit se facere non posse etiãsi maximè velit. Atqui iusiurandum, vt de temporis antiquitate quidam scripsit, licèt multum possit, non est tamen omnipotens sicut Deus, vt omnia possit facere etiam illa quæ per naturam fieri nullomodo possunt. Nam & Theologi nostri, quorum propria de libero arbitrio disputatio est, pro certo habent, Esse hanc rem ex earum genere quæ implicant contradictionem, Vt qui homo est non habeat sempérque retineat liberam agendi quod voluerit voluntatem. Hoc igitur supposito quod negari non potest adeóque quod apud omnes in confesso est, Neminem posse testandi facultatem sibi præripere ne quidem per adhibitam iurisiurandi religionem: Illud omnino sequitur vt iusiurandum hoc quod diximus & probauimus. nullius esse momenti non possit derogatoriæ clausulæ vim &. effectum habere. Vulgatum namque est & verissimum, Id quod nullum sit, nullum posse effectum producere: Priúsque est vt iusiurandum vim aliquam habeat, quàm vt operari possit illud ipsum quod operaretur clausula *omni meliori modo*. Quamquam nec illud

videre possum quid simile aut commune habeat clausula illa *omni meliori modo* cum clausula derogatoria. Finge namque testatorem in testamento suo expressim cauisse vt id valeret omni meliori modo, nec quicquam de clausula derogatoria dixisse. Faciet quidem expressa clausula vt si testamentum illud valere non possit iure testamenti in scriptis quamuis pro tali factum sit, valere debeat iure testamenti nuncupatiui si adsint omnia, quæ in testamento nuncupatiuo requiruntur: Adeoque si voles, vt si neque tãquam in scriptis neque tanquam nuncupatiuum valere possit, deficiente fortassis aliqua ex ijs solennitatibus quæ vtrique testamentorum generi sunt communes, defendatur tamen ea voluntas iure codicillorum ab intestato. Sed vt idem operetur ea clausula, quod operaretur expressa derogatoria ad impediendas vires posterioris testamenti si quod rite ac sollenniter factum sit, dici meo iudicio nullomodo potest. Est enim extra causam validitatis prioris testamenti vt per posterius rumpatur vel non rumpatur, Et tantum abest vt validitas prioris obstet ne possit rumpi, vt è contrario non aliud testamentum rumpi possit, quàm quod teneat ipso iure *l. 1. l. nam etsi. 5. D. de inius. rupt.* Proinde non est bona consecutio si quis dicat Clausulam *omni meliori modo* facere vt testamẽtum omni modo valeat, Ergo facere ne per posterius rumpi possit. Vtrumque enim simul stare commodè potest vt & prius testamentum valeat & per posterius rumpatur. Atque ita esse ex eo quoque intelligimus quod neque hoc facere potest clausula illa *omni meliori modo*, vt testamentum omni modo defendatur iure testamenti [quid enim si vt dixi desit aliquid ex solennibus ?] sed tantùm vt voluntas in eo testamento declarata defendatur iure codicillorum saltem ab intestato. Quomodo ergo poterit impedire, ne prius testamentum rumpatur per posterius, & ne succedatur ex posteriore testamento quod sit iure perfectum ? Siquidem quandiu succedi ex aliquo testamẽto potest certum est non posse succedi ab intestato, & cùm dicimus clausulam *omni meliori modo*, prodesse ad conseruandam voluntatem ab intestato, non illud significamus facere clausulam illam vt succedatur ab intestato quæ adhibetur è contrario potius in id vt testamentum iure testamenti quantum fieri potest defendatur, sed vt defendatur ab intestato voluntas testatoris si locus sit successioni intestati, Vt ergo sciatur, an successioni intestati locus sit nec ne, non illud inspiciendum est an clausula illa adiecta sit in testamento, sed an testamentum aliquod sit siue prius illud in quo inserta sit clausula siue aliud posterius ex quo succedi possit. Nam & cum prius testamentum iure factum est, constat inutilem esse clausulam istam, quippe quæ tacitam condicionem eam habeat. *si testamentum non valebit eo modo quo agitur vt valeat*, sicut clausula codicillaris habet illam, *si testamentum nullomodo valebit iure testamenti.* Deficiente namque cõdicione clausulæ ipsam quoque clausulam condicionalem euanescere necesse est. Denique clausulæ istæ non lædunt ius commune quantum ad sollennitates aut condendi aut reuocandi testamenti, sed tantùm conseruant voluntatem eo casu quo alioqui futurum esset vt ea intercideret testamento ipso intercidente. At cùm testamentum prius intercidit tanquam ruptum per posterius, cùm intercidat ex noua eiusdem testatoris voluntate nihil causæ est cur clausula, *omni meliori modo*, aut etiam codicillaris in priore testamento opposita conseruare debeat voluntatem, quæ fuerit reuocata, aut impedire reuocationem factam ex mera & libera voluntate. Multo igitur minus hoc facere poterit clausula

adhibita

adhibiti iurisiurandi, etiam admisso eo quòd esset clausula illa vtilis & æquipollens clausulæ, **omni meliori modo.** Nec ab hac nostra sententia discrepat Papinianus in **d. §. filius matrem,** vbi ait duntaxat preces enixæ voluntatis quam interposita iurisiurandi religio præmonstrabat, ad omnem successionis speciem porrectas fuisse, id est, tam ad legitimam quàm ad testamentariam quasi iisdem fideicõmissis quæ in testamento data fuerant à legitimo herede repetitis. Sed non ait Papinianus easdem preces ad aliud testamentum quodlibet æquè porrigi debuisse. Nã si ex facto proponeretur testatorem qui in priore testamento eas preces iurisiurãdi religione firmatas adhibuisset, aliud fecisse testamentum in quo ea fideicõmissa nõ repetiisset, quis credat respõsurũ Papinianũ pro fideicõmissariis, vt eandem deberent habere actionem contra heredes in secundo testamento scriptos quã habuissent contra institutos in primo? Nempe facilius est vt ex tã enixæ voluntatis probatione colligamus testatorem voluisse fideicõmissa ab herede testamentario, data, à legitimo successore intelligi repetita, quàm vt ab iis heredib. quos scripserit in posteriore testamento. Vel ideo quod cùm magis dilexerit heredem testamentarium quẽ prætulit, quàm legitimum quẽ exclusit, nihil absurdi est si capiatur ea interpretatio quæ nõ meliorem faciat cõdicionẽ legitimi heredis quàm testamentarij, si modò verba testamenti aut suadere, aut admittere possint eam interpretationem. At esset absurdũ eam sumere coniecturam quæ parẽ faceret cõdicionẽ heredũ in vtroq; testamento scriptorum, cum ij qui in posteriore scripti, nec vllomodo grauati reperiuntur, fuerint haud dubiè dilectiores, quàm qui & scripti sunt in priore postea reuocato, & nominatim grauati. Et tamen si vera esset Bartoli & interpretum traditio quã nunc cõfutamus, consequens ei esset vt nõ solùm fideicommissa deberẽtur quæ in priore testamẽto relicta essent, sed quod esset absurdius, vt deberentur ex priore testamẽto, tametsi aliud & posterius ritè factum esset. Quoniam idem contingeret secundũ nostros si clausula derogatoria in priore testamento adiecta proponeretur. Atque ita fieret vt clausula siue iurisiurandi, siue illa, **omni meliori modo**, quæ non posset facere quominùs ab intestato succederetur, faceret tamen ne posset succedi ex posteriore testamento sollenni & perfecto, & consequenter vt causa testamenti debilior esset aduersus illas clausulas, quàm causa intestati. Duplex igitur in hac re Bartoli & aliorum error fuit. Vnus ille quod volunt clausulam iurisiurandi, tùm quoq; cùm inutile illud est & nullius momenti æquipollere clausulæ, **omni meliori modo.** Alter, quod volunt clausulam, **omni meliori modo,** æquipollere clausulæ derogatoriæ. Tertius fuit Ioann. Andr. ad **d. cap. quod semel de reg. iur. in 6.** & sequacium existimantium eum qui iurauit se nõ reuocaturum testamentum si postea reuocet iure quidem id facere hactenus vt secundum testamentum valeat sed tamen esse periurum. Quomodo enim periurus esse potest, si iusiurandum non est obligatorium tanquam quod sit contra bonos mores vt ex Bartolo ipso supra disputauimus? Illa verò Ioannis Andreæ distinctio æquè improbabilis est, & aliena. An id de quo agitur tale sit vt pendeant à mera voluntate iurantis, nec ei necesse sit adire prætorem, cuiusmodi est facere testamentum. An verò non pendeat à iurantis voluntate, sed necesse habeat ire ad prætorem. Vt priore casu non obstante iuramento possit contrauenire. Sed tamen periurus fiat, posteriore verò non possit cõtrauenire, quia prætor non debeat esse autor periurij. Nam si hęc distinctio

vera esset, sequeretur contra Ioan. Andr. nec valiturum posterius testamentum, quia licèt ad testandum non sit adeundus prætor, adeunda tamen lex est sine qua nemo testari potest: lex autem non magis periurio fauere, aut peierandi licentiam dare potest quàm prætor. Et tamen constat inter omnes ex iuramento actum testandi non impediri.

ERROR TERTIVS.

De iuramento apposito in posteriore testamento ad derogandum clausula derogatoria apposita in priore.

QVOD volunt interpretes vt iusiurandum appositum in priore testamento habeat vim clausulæ derogatoriæ ad posterius impediendum, facit locum huic quæstioni de iurisiurandi clausula apposita in posteriore testamento an habeat vim reuocandi clausulam derogatoriam quæ adhibita fuerat in priore, si alia specialior & expressior nulla interuenerit. Video autem omnes in hoc consentire vt putent affirmatiuè respondendum esse post Baldum ad *l. sancimus. circ. fin. C. de testam. quem refert & probat. Guid. Pap. quæst.* 128. vbi concludit iuramentum hoc casu idem operari acsi testator specificè mentionem fecisset de clausulis derogatoriis in primo testamento adiectis. Eiúsque sententiæ duplex potissimùm ratio afferri solet. Prima quam ibidem ex Baldo ponit Guid. Pap. quod nō reuocatio ipsa clausulæ derogatoriæ operetur validitatem secundi testamenti, sed voluntas ipsius testatoris, quæ præsumitur mutata si verba derogatoria in primo testamento adiecta in secundo reuocentur. Ex quo sequitur vt si appareat de voluntate mutata, puta quia testator ita iurauit, tunc secundum testamentum præualere debeat, etiamsi non habeat derogatoriam derogatoriæ. Altera ratio est, quia inter cætera iuramenti priuilegia quæ à Doctoribus nostris pene innumera recensentur, hoc vnum est vt habeat vim specifici & expressi consensus vt notant omnes ad illud Papiniani responsum de quo superiore capite dicebamus in *l. cum pater. 77. §. filium matrem. de legat.* 2. Nihil ergo interest an clausula derogatoria in priore testamento apposita, expressim reuocata sit per clausulam reuocatoriam appositam in secundo, an verò per adhibitum simpliciter iusiurandum. Cùm dici soleat quod est in vulgari nostrorum brocardico, Nihil referre quid ex æquipollentibus fiat. Ego verò, qui nihil puto verius dici posse, quàm quod probaui in præcedentibus, nullam esse clausulam derogatoriam quæ possit facere, ne per secundum testamentum quod alioqui iustum & perfectum sit tollatur primum ipso iure, non possum dubitare quin multo magis verum sit quod nostri volunt, Valere omnimodo posterius testamentum in quo adiecta sit clausula iurisiurandi. Cur enim minoris potestatis & efficaciæ debeat esse testamentum, quod testator dixerit & iurauerit velle se valere? Sed hoc tamen possum dicere, Supposito errore illo interpretum qui has omnes circa clausulam derogatoriam quæstiones inuexit, De potestate clausulæ derogatoriæ in priore testamento adhibitæ, vt posterioris testamenti vires impedire possit, si non expressim & specialiter in eo reuocata sit. In hoc etiam errare interpretes quod clausulam iurisiurandi in secundo testamento adhi-

to adhibiti sufficere putant vt reuocatio bene facta intelligatur. Nam si admittimus clausulam derogatoriam habere vim cuiusdam protestationis præambulæ quæ ostendat in posteriore testamento deesse voluntatem, vt Cinus dicebat & Bart. probat ad *l. si quis in principio. n. 4. de le. 3.* adeo vt nihil prosit ad reuocandum primũ, quod testator in secundo dixerit. Velle se id suũ esse supremũ testamentũ, quódq; omnes in eo adhibuerit iuris sollennitates, suam quoq; si voles subscriptionem, obsignationẽ septẽ etiã testium & signacula & subscriptiones. Quasi omnia ista simul iuncta non sufficiant ad faciendum vt testandi voluntas aliqua in secundo testamento adfuisse videatur. Quidni adhibito etiam iureiurando pergimus cauillari, & si nõ prorsus adfirmare saltem suspicari posse fieri vt testator lingua quidem iurauerit, sed tamen gesserit mentem, vt ille dicebat, iniuratam? Qui enim existimat cũ interpretibus nostris absurdum non esse vt quis faciat testamentum sollennẽ sine testandi voluntate, cur putabit absurdum esse vt quis iuret sine iurandi voluntate? Atqui non magis iuramentum quàm testamentũ potest valere si non habeat iurantis voluntatem, cùm ex tribus illis notissimis comitibus iurisiurandi primum ac præcipuum sit iudicium. Vt nimirum certo & deliberato iudicio iuratum fuisse appareat, quod porrò iudicium ibi esse non potest vbi nec iurandi voluntas est. Quinimo hoc plus est in testamento quã in iureiurando, quod testamentum etiam vi dolóve extortum valet ipso iure dummodo inter ipsa testamenti sollennia neque vis neque dolus interuenerit, vt tota ferè Decade superiore probauimus ex *tit. D. & C. si quis aliq. testar. prohib. vel coeg.* At iusiurandum siue per vim aut metum siue dolo malo extortum esse probetur, nullius planè momenti est, nec obligatorium dici potest, quia exigit plenissimam voluntatis libertatem, cùm præstetur Deo, quem latere non possit, an is qui iurat passus sit vim aliquam, vel metum, vel dolum. Facilius ergo est vt iuramentum in secundo testamento appositum nullius momenti sit, quàm vt secundum ipsum testamentum per se non sufficiat ad prius reuocandum. Præsertim si verum illud quoque est quod pro vero coguntur habere interpretes vt clausulæ derogatoriæ vim adstruant. Quoties in priore testamento adhibita est clausula derogatoria, præsumi testamentũ posterius quod expressam reuocationem nõ contineat extortum esse per vim vel metum, vel per dolum, aduersus quem prudens & prouidens testator voluerit se præmunire cùm prius testamentum ordinauit. Cur enim putemus elidi hanc præsumptionem per iuramentum additum in posteriore testamento cùm nihil prohibeat ipsum quoque iuramentum eadem vi eodémve dolo extortum esse. Cur non potiùs eadem & vis & metus & doli præsumptio quàm inducit clausula derogatoria ad iusiurandum quoque protrahatur? Quasi verò ad purgandam violentiæ dolíve suspicionem sufficiat id facere quod tamen æquè vim ac dolum admittere possit. Et verò cùm ponamus factum esse testamentum posterius ab eo qui non erat immemor clausulæ derogatoriæ adhibitæ in priore [nam in eo qui esset immemor aut propter lapsum decennij aut propter implicationem verborum quibus clausula derogatoria concepta fuisset aliud esse omnes volunt, vt nulla opus sit speciali reuocatione quamuis iuramentum nullum in posteriore testamento interuenerit. An non probabile est testatorem qui nullam eius clausulæ cuius meminerat mentionem facere voluit in posteriore testamento, à priore voluntate, quantumuis iurauerit, recedere noluisse.

An fortè difficilius ei erat clausulam derogatoriam expressim & specialiter reuocare, quam iurare, si reuocandi animum habuisset? Planè duobus casibus putarem posse iusiurandũ prodesse ad clausulam derogatoriam reuocãdam. Primus est, Si testator iuret non recordari se verborum clausulę derogatorię, quam adhibuit in priore testamento, aut an aliud testamentum vllum vnquam fecerit, in quo adsit clausula aliqua derogatoria. Hoc enim casu standum vtique est iuramento, de ea præsertim re quę in ipsius animo & memoria residebat. *arg. l. cùm quis decedens. 37. §. codicillis. de leg. 3.* etiamsi neque decennium præterierit, neque verba clausulæ fuerint adeò intricata, vt tam citò memoria excidere potuerint. Quamquam & hoc casu etiam citra iuramẽtum vix est, vt non credi debeat simplici adfirmationi testatoris, vtq; ea simplex adfirmatio non debeat haberi pro speciali reuocatione clausulę derogatorię, cuius etiam specialem fecerit mentionem. Omnes namque fatentur adiuuandum esse secundum testamentum quantum fieri potest, si quid vel minimum sit ex quo conijcere liceat testatorem à iudicio priore recedere voluisse: sed potest iurisiurandi adiectio prodesse ad tollendã omnem dubitationem. Alius casus est, Si testator iuret neque vi, neque dolo malo cuiusquam factum esse, vt secundum faceret testamentum, & addat, nec vi aut dolo vllius ita se iurare. Nam cùm clausulę derogatoriæ vis pręcipua in eo consistat, vt inducat pręsumptionem violentię, vel metus, vel doli contra secundum testamentum, nulla vel melior, vel aptior clausulę derogatorię reuocatio esse potest, quàm quę fiat iis verbis, ex quibus certò, & liquidò constare posſit secundum testamentum, neque vi, neque dolo malo factum fuisse, quamuis nulla specialior, aut expresſior clausulę mentio facta proponatur. Constare autem certiùs non potest, quàm per hoc testatoris iusiurandum. De quo an valeat dubitari non potest, cùm assertorium sit, non promissorium. Eò vsque saltem donec contrarium probetur. Nam si ex apertioribus probationibus appareret simulatũ & falsum fuisse iusiurandum & vi dolóve malo extortum, illud semper obseruandum esset vt præsumptio cederet veritati, minórque adfirmationi testatoris, quàm rei gestæ probationibus fides adhiberetur. Sed extra hos duos casus vix esse puto, vt maior vis esse debeat iurisiurandi in posteriore testamento adhibiti, quàm clausulæ derogatoriæ appositæ in priori. Apud eos scilicet qui eiusmodi clausulæ derogatorię tantam potestatem esse volunt. Alioquin quid erit facilius, quàm omnes illas cautiones, quibus voluit testator sibi prospicere aduersus periculum quod præuiderit condendi alterius testamenti, adhibita illa vnica in secundo testamento iurisiurandi formula eludere? Taceo quod certissimum est. Iusiurandum in quocunque actu interpositum sequi naturam illius actus in quo adhibetur *l. vlt. C. de non numer. pecun.* Ex quo sequitur si testator iurauerit in secundo testamento quod alioqui fuerat non valiturum defectu voluntatis, nullius quoque momenti iusiurandum esse debere si simpliciter iurauerit testator velle se posterius testamentum valere, nisi prętereà talibus verbis conceptum sit vt dubitari nequeat testatorem à priori voluntate recesſisse. Indéque facilis responsio est ad duas illas rationes pro tuendo interpretum errore superius allatas. Etsi enim fateor quod vult Baldus ad validitatem posterioris testamenti sufficere vt appareat mutatam esse voluntatem licèt reuocatio nulla specialis facta sit. Nego tamen probari posse mutatam ex eo solo quod testator iurauerit velle se posterius testamentum valere, quo-

lere quoniam vt diximus eadem violentiæ dolíque præsumptione laborat iuramentum qua testamentum, adeóque faciliùs ex ea impediri potest, quàm testamentum ipsum. Quod verò addunt nostri iuramentum habere vim specificationis vt ita dicam & expressionis, tunc demum admitti potest cùm de ea re agitur quæ expediri potest nuda & simplici voluntate quia prodest iusiurandum ad enixam voluntatem testificandam, vt in specie, *d. §. filius matrem*, vbi de illo tantùm quærebatur. An fideicommissa in testamento inutili data à legitimis heredibus repetita intelligerentur, quæ repeti vtique potuerant sicut & relinqui nuda voluntate, & quibuscunque verbis dummodo aptis ad significandam voluntatem. An in proposita quæstione, cùm in priore testamento adest clausula derogatoria quæ facit vt in posteriore voluntas deesse videatur, non potest secundum testamentum expediri prima illa voluntate testandi nec si concurrant omnes iuris sollennitates [disputamus enim supposito errore interpretum pro vero] sed ante omnia opus est, vt mutetur prior voluntas, & ab ea recedatur, ad hoc vt posteriori testamento locus aliquis fieri possit. Probandum igitur esset quod nos negamus, posse sufficere ad probandam volũtatis mutationem quod testator iurauerit velle se valere posterius testamentũ. Potuit enim æquè facilè iurare per vim aut dolum, sciens tamen & cogitans adhuc durare vim clausulæ derogatoriæ in priori testamento appositæ ad posterius impediendum *arg. l. sicut. 8. §. non videtur. D. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.* Sanè si poneres testatorem iurasse mutatam à se voluntatem, res careret dubitatione, quoniam & citra iusiurandum simplici testatoris adfirmationi ea de re credendum esset *d. l. si quis in principio. 22. D. de legat. 3.*

ERROR QVARTVS.

De clausula derogatoria iurata.

VIX credibile, sed tamen verissimum est, non multo plures interpretum nostrorum esse opiniones quàm errores: nec nobis fore difficilius de iis Chiliades quàm Decades conscribere, si tantùm haberemus ocij quantum & materiei & animi ad scribendum. Qui sibi persuaserunt posse fieri per clausulam derogatoriam in priore testamento appositam vt posterius testamentum quamnis alioquin iustum & sollenne impediatur tanquam deficiente testandi voluntate, ij subinde quærunt. An aliqua ratione fieri possit vt eam sibi quis legem præcisè dicat, ne à priore testamento recedere posit. Nec defuerũt qui dixerint posse hoc fieri. Quidam ita si testator præmonuerit secundum testamentum quod facturus sit, fore fictum & simulatum, nec ob aliam causam factum quàm ad declinandam indignationem consanguineorum. Alij ita, si testator dicat velle se si contingat aliud testamentum à se fieri vt omnia quæ in priore disposuit in posteriore contineantur: Alij si testator non stet in nudis terminis vltimæ voluntatis, sed transeat ad contractum donando ex tunc bona sua omnia heredi instituto si testamentum mutari contingat. Aut saltem ea vendendo pro tanto precio quod iam sibi solutum esse fateatur: Alij denique

si testator iuret nunquam se reuocaturum priorem illam voluntatem. Quas omnes opiniones sigillatim & ex ordine refellit Bart.ad *l. si quis in principio à num.11. vsque ad.15. de legat.* 3. tam bene vt in iis diffusiùs refellendis nos immorari nil sit necesse. Sed ex illis ipsis qui Bartolum secuti fatentur non posse testamenti posterioris factionem præcisè impediri, plerique adhuc disputant. An fieri saltem possit per clausulam derogatoriam vt prius testamentum difficiliùs reuocetur, etiamsi clausula ipsa derogatoria per testamentum posterius specialiter reuocata esse proponatur. Tandémque concludunt præsentissimum esse remedium si testator iureiurando clausulam derogatoriam confirmet, quia, inquiunt, sequens derogatio quamuis specialis sit non tollit præcedentem dispositionem iuramento firmatam si de iuramento facta mentio non fuerit. Per gloss.in *cap.cùm non deceat de elect. lib. 6.* Nisi in posteriore quoq; testamento adsit iusiurandum quo casu fatentur tolli clausulam prioris testamenti iuratam, propterea quòd ea sit vis iurisiurandi vt faciat actum valere omni meliori modo quo valere potest ex *l. cùm pater.77.§. filius matrem de legat.2.* Res eò recidit, vt cùm in priore testamento adiecta est clausula derogatoria quæ iureiurando confirmata sit, non putent sufficere specialem illius clausulæ reuocationem quam alioquin sufficere omnes consentiunt sed indiuidualem illam requirant, quę nullo iureiurando interueniente non requireretur. In quo mirum est tãto maiorem vim eos tribuere clausulæ derogatoriæ quanto minorem deberent. Nam cùm nihil sit quòd clausulæ istius vim tam impediat, quàm quòd liberam testandi facultatem nullomodo constringi posse prudentes voluerint *l. cùm duobus.52. alias.l. si fratres.§. idem respondit societatem.* D. *pro socio.* An non consequens est, vt quo magis per clausulam derogatoriam ea libertas constringeretur, eo minùs virium & efficaciæ clausula debeat habere ad posterius testamentum impediendum? Atqui tanto magis constringit quanto difficiliorem facit prioris testamenti reuocationẽ. Libertas namq; testandi non ex eo solo ęstimatur, quod quis semel testando posit de rebus suis omnibus pro arbitrio disponere dũ ne quid faciat contra leges, sed ex eo quoq; quod mutare voluntatẽ posit, nouũq; testamentũ condere quoties velit, ea tamen lege vt per testamentum posterius necessario derogetur priori. Ne alioqui vel testator cum duobus testamentis decessisse, vel lex eam voluntatem quæ non suprema fuerit, confirmasse videatur. Ergo qui clausulæ derogatoriæ vim eam esse volunt vt posterius testamentum non aliter patiatur valere quàm si specialiter fuerit reuocata, vt se ab obiectione ista liberarent, si non minorem certè nec maiorem huic clausulæ potestatem tribuere deberent, cùm iurata fuit quàm cùm iuramentum nullum intercessit, cùm id quod ex iurisiurandi adiecti autoritate excedit, impedimentum adferat potiùs quàm adiumentum ad clausulam derogatoriam confirmandam. Nam si verum est clausulam derogatoriam etiam simplicem contra leges esse si per eam id agatur vt posteriori testamento derogetur, multo magis contra leges ea videri debebit quę fuerit iurata, quia tanto magis nititur contra leges, qui non aliam ob causam iurat, quàm vt legum autoritati opponat religionem & autoritatem iurisiurandi in ea re quam scit aut scire debet à legibus esse improbatam. Quòd si Doctores nostri vt clausulam istam faciant minùs repugnantem legibus, sic rem temperant, vt sufficiat eam reuocari specialiter, nec sit necesse reuocari in indiuiduo. An non satis supérque fauerent clau-

sulæ iura-

ſulæ iuratæ, ſi dicerent non eo minùs valere illam debere quòd ſit iurata, quoniam æquè facilè reuocari poſsit acſi iurata non eſſet? At cùm è contrario volunt, iuramenti eam eſſe poteſtatem vt inducat neceſſitatem clauſulæ in indiuiduo reuocandæ, an non faciunt vt hoc caſu tanto minùs valere debeat clauſula quæ teſtandi libertatem ſi non prorſus auferat, ſaltem tantopere conſtringat? Nam & iidem fatentur, Siue decennium effluxerit à die conditi prioris teſtamenti, ſiue verba clauſulæ derogatoriæ ſint intricata vt facilè potuerint memoria excidere, ſuccurrendum eſſe teſtatori, ne clauſulæ derogatoriæ mentionem vllam facere cogatur, vt eſt apud Guid. Pap. *quæſt.* 127. Quanto igitur magis ei ſuccurrendum eſt qui clauſulam derogatoriã in priore teſtamento appoſitam, in poſteriore ſpecialiter & expreſſim reuocauit, licèt nullã iuriſiurandi fecerit mentionem? An non enim ſatis declarat mutatam à ſe priorem voluntatem, cùm meminit ſpecialiter clauſulæ derogatoriæ. Aut cur volumus ei imputare cur ſpecialem & indiuidualem, vt loquantur, prioris iuriſiurandi mentionem non fecerit, cùm nec poſsit ei imputari cur in priore teſtamento iurauerit, quandoquidem fruſtra & contra leges iurauit *leg. ſi quis inquilinos.* 112. *§. vlt. de legat.* 1. *leg. non dubium.* 5. *Cod. de legib.* Sed & cùm dici ſoleat, quod & verum eſt relatum ineſſe in referente cum omnibus ſuis qualitatibus *leg. aſſe toto.* D. *de hered. inſtit.* non poſſum videre cur non dici debeat ſatis ſpecialem iuriſiurandi mentionem feciſſe teſtatorem, qui ſpecialiter reuocauerit clauſulam derogatoriam quæ fuit iurata. Nam cùm ea clauſula vnica fuerit, An fortè poteſt ſpecialis illa reuocatio ad aliam clauſulam referri quàm ad eam quæ iurata fuit. Aut quid eſt, ex quo dubium aliquod vel minimum poſſit emergere, an de illa ipſa clauſula reuocanda teſtator ſenſerit, cùm alia penitus nulla eſt quę vel debuerit vel potuerit reuocari. Atqui, inquiunt, ea vis eſt iuriſiurandi vt ſpecialem ipſius mentionem fieri oporteat. Hoc enim vnum eſt quod nobis obiiciunt ex gloſ. in *dict. cap. cùm non deceat de elect. in.* 6. Sed ego reſpondeo, vt maximè vera eſſet illa propoſitio, de qua nunc diſputare nihil attinet, non poſſe tamen eam in propoſito caſu locum habere, id eſt, cum de teſtamenti reuocatione agitur, quia ſufficit vt quoquomodo conſtet teſtatorem per poſterius teſtamentum quod ritè ac iure perfecerit à priore voluiſſe recedere, ac voluntatem mutauiſſe, cùm neque per iuſiurandum neq; alia vlla arte potuerit facere ne voluntatem mutare poſſet *d. l. ſi quis in principio.* Eam porro voluntatis mutationem manifeſtiſsimè probari ex ſpeciali derogatorię clauſulæ reuocatione, etiamſi ſpecialis mentio iuriſiurandi ſiue conſultò ſiue per obliuionem prętermiſſa ſit, cùm non eo minùs certum ſit de ea clauſula reuocanda quę iurata fuerat ſenſiſſe teſtatorem. Nihil enim refert an in indiuiduo & proprio nomine digitóve quid demonſtretur, an per eam notam quę adeo certa ſit & indubitata, vt quęſtioni locum nullum relinquat *leg. certum.* 6. *D. de reb. credit.* Quòd ſi non ſufficeret factã eſſe ſpecialiter mentionẽ, & reuocationem clauſulę derogatorię multo minùs poſſet ſufficere iuſiurandum in ſecundo teſtamento adhibitum citra vllam ſpecialem clauſulę derogatorię reuocationem. Quantacunque enim ſit vis poſterioris iuriſiurandi, non poteſt ea maior eſſe quàm vt prius iuſiurandum ipſo iure tollat, quo tamen ſublato non eo minùs ſalua & integra remanet clauſula derogatoria ſi non fuerit reuocata. Quippe quã nihil vetabat fieri ab initio nõ iuratã, quomodo plęręq; & paſſim fiũt. Sicut

igitur in priore testamento aderat clausula derogatoria eáque iurata, ad quã reuocandam non sufficiebat secundùm interpretes specialis reuocatio nisi quę mentionem faceret prioris iurisiurandi. Ita & in posteriore testamento non sufficiet secundùm nos, qui errorem illum nunc supponimus pro vero, quod testator iusiurandum adhibuerit, nisi etiam specialiter reuocauerit clausulam derogatoriam. Vt vnumquodque dissoluatur eo modo quo colligatum est, iusiurandum per contrarium iusiurandum, clausula verò derogatoria per reuocatoriam, iuxta vulgarem regulam iuris, de qua in *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. naturalis iunct. l. prout. 80. D. de solut. l. nihil tam naturale. 35. de regul. iur.* Satis enim est, quòd posterius iusiurandum eam vim habeat vt dissoluat prius etiam cuius nulla mentio facta sit, quod alioquin specialiter exprimi debuisset. Ne si prętereà hanc ei vim demus, vt habeatur pro speciali clausulæ derogatoriæ reuocatione duo specialia circa idem inducamus contra vulgatissimum nostrorum brocardicum ex *l. 1. C. de dot. promiss.* Quod brocardicum etsi est ex numero eorum quæ soleo ridere, quidni tamen nobis liceat cum iis ineptire, vt eorum ineptias profligemus? Non esset quidem inconueniēs in clausulam illam derogatoriam quam nostri tacitè & per æquipollens inducunt ex solo iureiurando apposito in priore testamento, tolli per iusiurandum subsequens appositum in posteriore voluntate, quasi subsequens quoq; tacitè ac per æquipollēs clausulã reuocatoriã habere videretur. Ita namque fieret vt nihil amplius esset in posteriore iureiurando quàm in priore. Sed cùm in priore testamento adest & clausula derogatoria expressa & iusiurandum. Dico absurdum fore vt per solum iusiurandum adhibitum in posteriore, non modò iusiurandum illud quod in priore adhibitum fuerat, sed etiam clausula derogatoria tollatur citra specialem reuocationē. Nec enim clausula ista siue derogatoria siue reuocatoria quam & derogatoriæ derogatoriã appellant, est ex earũ rerũ genere, de quibus dici possit. Nihil referre an exprimatur quid, an tacitè contineatur, cùm nō contineatur tacitè in iureiurando, sine quo & esse illa potest, & iusiurandũ sine illa. Quamquam nec nouũ illud est, vt expressa multa, & prosint & noceant, quæ si expressa non essent, perinde quidem inessent, sed tamen non æquè vel prodessent vel nocerent *l. si ita legatum. 65. §. 1. de legat. 1. l. seruo libertatem. 47. l. nonnunquam. 52. D. de condic. & demonstr. l. expressa nocent. 195. de reg. iur.* Nocent expressa vbi scilicet ratione expressi occurrit aliqua ratio vitiandi actus vt Bald. explicat ad *d. l. nonnunquam.* Eadem igitur ratione dicendum est expressa prodesse, non expressa non prodesse, cùm ratione expressi occurrit aliqua ratio confirmandi actus qui alioquin non valeret. Cuiusmodi est ex interpretum opinione secundum testamentum cui fuit derogatum per clausulam derogatoriam positam in primo si non specialiter clausula illa fuerit reuocata in secundo. Quàm verò parum ad rem faciat quod pro interpretibus obiicitur ex *l. cùm pater. 77. §. filius matrem. de leg. 2.* Iusiurandum habere vim clausulæ, *omni meliori modo*, constat, ni fallimur, apertissimè ex iis quæ scripsimus in Errorem huius Decadis secundum. Itaque nihil id nos nunc moratur.

ERROR QVINTVS.

Si primum testamentum præcesserit validum, & secundum sit inualidum ex causa præteritionis vel exheredationis, vt in vtroque relicta sint legata & fideicommissa. Ad auth. ex causa C. de liber. præter. & l. vlt. D. de hered. instit.

ELEGANS quæstio est non apud elegantiores & Papinianeos iuris interpretes sed apud vulgus imperitiorum, quam proponit *Bart. ad l. si iure* 18. *num.* 2. *De legat.* 3 Si primum testamentum præcesserit validum & sollenne, secundum verò sit inualidum ex causa præteritionis vel exheredationis, & in vtroque legata aut fideicommissa relicta proponãtur, quid iuris sit tam circa institutiones quàm circa legata & fideicõmissa. Quęstioni locũ facit Iustiniani cõstitutio *Nouell.* 115. *Vt cùm de appellat. cognosc.* §. aliud quoque capitulũ, vnde sumpta est. *Aut. ex causa. C. de liber. præter.* cuius iam præcedentibus non semel meminimus, quæ primum induxit vt ex causa præteritionis vel exheredationis rupto vel irrito facto testamento institutiones quidem corruãt, sed cætera tamen omnia firma remaneant, & vt ait constitutio, *tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.* Inde namque fieri videtur vt in proposita specie secundũ testamẽtum quod non valet quantum ad institutionẽ nõ póssit rumpere institutionem in priore factã, manente hac parte incorrecto iure veteri de quo in *l. si filius qui in potestate* 7. *D. de liber. & posthum. vbi scriptum est.* Si filius in potestate præteritus sit etiamsi viuo patre decedat, non eo magis tamen valere testamentum nec superius rumpi. Rumpat tamen quantum ad legata, & fideicommissa quæ in priore testamento relicta fuerant, faciátq; vt nulla debeantur sed ea tantùm quæ in posteriore, cùm ex hoc latere valeat posterius testamentũ. Atq; ita supradicto loco ratiocinatur & cõcludit Bartolus vulgo adprobatus, vltro inferens tanquam mirabile, quod alioqui pro absurdo ei obijcere quis potuisset, fieri hoc casu vt decedat quis cum duobus testamentis etiam inter paganos, cum priore quod ad institutiones, cum poriore verò quod ad legata. Quod tamen quàm remotum sit & discrepãs à notissimis iuris regulis, nec Bartolus ipse diffitetur: sed addit esse quasi de hoc casum in *l. vlt. D. de hered. inst. vbi*, proponebatur Pactũ eius quidã Androsthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeij Magni ex asse heredem instituisse, eique patrẽ eius substituisse: Postea Pactumeio Magno occiso & rumore perlato quasi filia quoq; ipsius mortua, mutauisse testamẽtũ, Noniúmque Rufum heredẽ scripsisse hac pręfatione. *Quia heredes quos volui habere mihi, continere non potui, Nonius Rufus esto.* Cúmq; de iure Pactumeiæ Magnæ apud Imperatores cognitione ab ijs suscepta quæreretur, Refert Paulus, licet modus institutione cõtineretur, quia falsus nõ solet obesse, tamẽ ex volũtate testãtis putasse Imperatores ei subueniendũ, & ideo pronũciasse hereditatẽ ad ipsam pertinere, sed legata ex posteriore testamẽto præstare eã debere perinde atq; si in posterioribus tabulis heres scripta fuisset. Vnde fit vt in hac quoque specie videatur Androsthenes cum duobus testamẽtis decessisse, Cum priore quidem quantum ad institutionẽ Pactumeiæ Magnę, cum posteriore verò quãtum ad legata in eo relicta tanquam à Nonio Rufo pre-

qui tamen solus potest habere dubitationẽ,id est in quo nulla ingratitudinis causa expressa sit à testante,admittendum necessariò sit valere testamentum, ex eóque non solùm adiri potuisse,verùm etiam fuisse aditam hereditatem. Qua enim ratione posset aliter verum esse quod Iustinianus cõstituit vt nõ possit aliqua ingratitudinis causa allegari nedum probari contra liberos vel præteritos vel exheredatos,cùm nullam testator allegauit? Quis namque allegare posset aut deberet,nisi heres? Quãdo autem nisi eo tempore quo iam heres factus esset? Ergo adita iam hereditate,vt habiles termini, quod aiunt, perpetuo supponãtur. Neque sanè fieri vnquam potest vt euacuetur testamẽtum vel rescindatur,nisi quod teneat ipso iure, cùm id quod ipso iure nullũ est rumpi nõ possit *l.3.l.nam etsi 5.D. de iniust.rupt.* Idq. multo meliùs quàm Bartolus percepit Irnerius qui Authenticam ab illa Iustiniani constitutione exceptam sic concepit, *ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad Institutiones.* Irritum enim esse dixit,vt significaret aliquando tenuisse, Irritum siquidem non fit testamentum nisi quod aliquo casu & tẽpore ratũ fuit,*l.1.l.si quis filio.6.§.irritũ.D. de iniust.rupt.& irrit.fact. testam.* nec vnquam videas irritum à prudentibus dici testamentum quod ab initio fuerit nullum. At Bartolus, *inualidum*, appellauit, quo nomine illud potissimum significatur quod nullas vnquam vires habuerit. Sed & obseruatione dignum illud est quod Irnerius in concipiendis Authẽticę verbis priorem fecit exheredationis quàm pręteritionis mentionem, vt significaret non de qualibet præteritione intelligẽdam esse Iustiniani constitutionem,sed de illa tantum,quæ habeatur pro exheredatione,cuiusmodi est pręteritio siue à matre siue ab aliquo ex maternis ascendentibus facta. *§.mater. Instit.de exhe. liber.l.filiam præteritam 15.C.de inoff.testam.* Etsi Iustinianus non eundem ordinem obseruauit in *d. §.* aliud quoque capitulum, vbi sic loquitur, *liberos præterire aut exheredes in suo facere testamento.* Nimirum quia non putabat fore vt tam stupidus & supinus quisquam esset qui præteritionis verbum de illa prętéritione intelligeret quæ faceret testamentum ipso iure nullum, prę-sertim cùm & iuncta exheredationis mentio,& iniuncta necessitas exprimẽdæ causæ ingratitudinis satis ostenderet nihil aliud Iustinianum agere tota ea constitutione nisi vt omni ferè ex parte immutet ius quod olim obtinebat circa querelã inofficiosi testamenti. Ergo vt de ijs tantùm casibus nouum ius faciat in quibus,& erat olim,& etiamnum hodie locus est querelæ, Non de ijs in quibus querela nõ solum superuacua & inutilis futura sit,sed etiã inepta nullóque iure competens,propter nullitatem & inualiditatem testamenti, quod querela omni casu præsupponit valere. Atqui certũ est pręterito à patre filio qui fuit in potestate testamentũ nõ valere, nec vnquam ex postfacto cõualescere, sed ipso iure filium ab intestato & suũ & necessarium heredem esse,ob eámq. causam non minus hodie quàm olim egere beneficio abstentionis ne à creditoribus hereditarijs tanquã heres cõuenatur, Qui sensus est *l.filio præterito.17.D.de iniust.rupt.* in illis verbis, *Quòd si bonis patris se abstinuit.* Non igitur casus hic pertinet ad Iustiniani constitutionem, quod & significant verba illa Iustiniani, *sed quantum ad heredum institutionem pertinet testamento euacuato ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex æqua parte peruenire ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantijs patiantur.* Ex quibus verbis apparet, itémque, ex sequentibus in quibus agitur de conseruandis legatis eo testamento relictis, tractare Iustinianum de illo casu quo

nō solùm ab initio valuerit testamentū quod postea euacuari oportuerit, sed etiā, quod est planè consequens, quo liberis prǽteritis vel exheredatis nō acquiratur hereditas ipso iure ac ignorantibus ne dum inuitis, sed quo possint illi si velint ad hereditatē parētis peruenire: quod nō aliter fieri potest vt diximus quàm si testamentū valeat ipso iure: sicut nec verēdum erat Iustiniano ne liberi falsis accusationibus cōdemnarētur vel aliquā circūscriptionem in patris hereditate paterētur à quo prǽteriti fuissent. Nunquā enim ante Iustinianū obtinuerat vt heres in eo testamento scriptus in quo suus heres prǽteritus fuisset, posset aliquam prǽteritionis paternę causam allegare ad conualidandum testamētum quod ipso iure nullum esset: Prius enim erat vt heres esset quàm vt filio prǽterito crimen obijcere vllū posset, qui tamē heres esse non poterat ex testamēto nullo: Nec proinde fieri poterat, vt captionē vllam circa patris substantiā filius hic prǽteritus pateretur, cui & ignorāti & inuito hereditas acquirebatur. Fefellit tamē Bartolū cæterósque interpretes verbū hoc *prǽteritionis* quasi generaliter accipiendū de prǽteritione qualibet etiam paterna, Non animaduertētes verba omnia in legibus omnibus sed maximè in Iustiniani cōstitutionib. in quib. tam multa sunt negligenter & incuriosè dicta, ciuiliter esse accipienda, non captanda vel cauillanda *l. pen. D. ad exhi.* prǽsertim verò cùm nō solùm iuris ratio eā suadet interpretationem, sed ipsa etiam reliqua legis verba. Neq. huius nouæ & correctorię cōstitutionis extendendæ color quęri ex eo debuit, quod fauorabilis cōstitutio sit, quę & liberis & legatarijs fauet. Liberis quidē vt neq. causa vlla ingratitudinis cōtra eos ab heredibus allegari possit quam parens ipse nō allegauerit, Itémq. vt non cogantur probare, se immerētes exheredatos, quod olim probare cogebantur. *l. liberi. 28. C. de inoff. test.* Legatarijs verò vt euacuato quoque & rescisso testamento quātum ad institutiones legata nihilominus debeātur, acsi rescissum nō esset. Nā quod ad liberos pertinet tametsi cōstitutio ijs fauorabilis sit, multo tamē fauorabilius est, vt nō protrahatur ad prǽteritionē paternā, quib. nimirū semper cōmodius futurū est & expeditius vt testamētū paternū ipso iure nullū sit, quàm vt vel euacuādum vt Iustinianus loquitur, vel rescindēdū. Itaque liberorū fauor hāc interpretationē nō modò nō admittit, sed respuit euidētissime. Quod autē ad legatarios attinet, an nō satis & plus ę quo ijs fauetur, cùm eo casu quo testamētū valeat quidē ab initio sed postea tamen per querelā Iustinianeā rescissum sit, legata nihilominùs cōseruātur, tanquā nō rescisso hac parte testamēto? Quid potuit cōstitui nō dicā fauorabilius sed absurdius & à iuris ratione alienius, cùm ea ratione fiat vt testator pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse intelligatur, vtque possit testamentum pendēre à legatis, quod cōstat non pendēre nisi ab institutione? Nihil sanè à Iustiniano vnquā constitutū fuit aut constitui potuit ineptius, nisi illud fortasse quod eadem constitutione factum esse volunt interpretes, vt cogitauerit Iustinianus, de legatis conseruandis eo quoque casu quo testamentum ipso iure nullum esset. Ratio enim iuris multo magis resistit ne conseruari legata possint quæ nunquam valuerint, ex eo scilicet testamento quod ab initio non valuit, quàm quæ aliquando valuerunt, ex eo nimirum testamento quod ab initio valuerit, licet ex postfacto desierit valere, tanquam factum irritum per querelam. Plus puto, quod nemo fortassis ante me dixit, Non esse conseruanda legata ne quidem post eam Iustiniani constitutionem si testamentum in quo filius vel à matre prǽteritus

vel à

vel si patre exheredatus fuit ruptum sit & rescissum per querelam non Iustinianeam sed qualem iure vetere habebant liberi exheredati, & hoc casu vetera iura omnia manere incorrecta. Querelam Iustinianeam intelligo eam cui Iustinianus nouam istam formam & naturam indidit quam noua constitutio præscripsit: Non Iustinianeam verò illam quæ iuri veteri cognita & in vsu fuit. Quibus etsi commune illud est vt rumpant & rescindant testamẽtum, ac proinde vt non aliter competant, quàm si testamentum teneat ipso iure, Item vt non tam contra testamentum ipsum dentur quàm contra heredem & consequenter non nisi post aditam hereditatem, In eo tamen differũt quod querela Iustinianea non alio casu locum & effectum habet, quàm quo liberi exheredati sint vel nulla per testatorem expressa causa ingratitudinis, vel expressa ea quam heres scriptus nõ potuerit probare. Alia verò quam veterem querelam possumus dicere competit omnibus casibus in quibus filius exheredatus velit probare immerentem se exheredatum, siue causam aliquã ingratitudinis testator expresserit siue nullam. Ex qua differentia etiam illa nascitur quod per querelam Iustinianeam non rescinditur testamentum eo colore quasi testator fuerit demens & insanus eo tempore quo testamentum ordinabat, vt euenit in alia *l. 2. l. 5. in fin. l. Titia. 13. D. de inoff. testam.* sed ob eã duntaxat rationem, quod sollennitati à Iustiniano introductæ non fuerit satisfactum. Nam quoties filius dicit, videri parentem fuisse insanum tempore conditi testamenti, hoc ipsum probare debet, cùm sanæ mentis quilibet esse præsumatur nisi contrarium probetur, Id verò aliter probare non potest quàm si probet ac doceat se immerentem exheredatum: eáq; vera ratio erat propter quam olim quisquis proponebat querelã inofficiosi testamenti hoc ipso se onerabat probatione, quia non solùm actor erat, sed etiam adfirmabat, & se immerentem exheredatum, & parentem insanum fuisse, vt Marcellus ratiocinari videtur in *d. l. 5.* Semper enim probatio incumbit ei qui dicit, nõ ei qui negat. *l. 2. D. de probat.* At is qui proponit querelã Iustinianeam nihil adfirmat. Negat tantum aut expressam esse in testamẽto causam vllam ingratitudinis ex ijs saltem quas Iustinianus exprimi permisit aut veram esse illam, quæ expressa fuit: Itaque minùs mirum est si nulla probatione oneretur, quamuis si nihil de hoc expressim Iustinianus constituisset, aliud probãdum esse, cùm sit actor, & auctori semper incumbat onus probandi id quod est fundamentum suæ intentionis, etiamsi mera negatio sit, Eo saltẽ modo quo probari negatio per rerum naturã potest, & hactenus vt cõtrariæ adfirmationis probãdæ onus in aduersariũ transferatur, Multo magis cùm ea negatio implicitam habet adfirmationẽ aut coarctata est tẽpore vel loco: Qualis semper illa est, cùm filius negat verã esse aut iustã exheredationis causam expressam in patris testamento. Sed quamquam ita est, potuit tamen facilius & iustitiis constitui à Iustiniano vt immunes essent liberi ab onere probãdi eo casu quo nihil ipsi haberent adfirmãdum quãuis essent actores, quàm eo casu quo vellent dicere patrem cùm suprema ordinabat, suæ mentis nõ fuisse. Ex his verò duabus differentijs, tertia etiam profluit quæ ad rem nostram magis pertinet, vt querela Iustinianea licet rescindat testamentum quantum ad institutiones, non tamen rescindat quantum ad legata, quia quamuis cessante constitutionis autoritate ratio iuris non pateretur vt sublata institutione legata subsisterent minor tamen ratio est vt legata corruere debeant ob solam institutionis iacturam, quàm cùm corruit testamentum eo prætextu

quod testator non fuerit sanæ mentis. Tanti enim momenti illud est, quod testator non sanę mentis fuisse videatur vt etiamsi in eo testamento quod per querelam veterem hoc solo colore rumpitur, fideicommissa per clausulam codicillarem à legitimis heredibus repetita sint non eo magis tamen valeãt, quia quisquis insanus est aut esse creditur nõ magis ab intestato quàm ex testamento fideicommissum relinquere potest *d. l. Titia. 13. in fin. de inoff. testa.* at cùm proponitur querela Iustinianea per quam nihil aliud contendit filius exheredatus nisi quod vt diximus negat satisfactũ esse cõstitutioni, quę porro nullum ius nouum constituit nisi quod ad institutionem, nihil causæ est cur legata circa quæ peccatum non fuit intercidere debeant, maximè cùm eadem Iustiniani constitutio quæ liberis tantopere fauere voluit, vt neque tam facilè exheredari possent, neque probationibus vllis onerarentur, fauorem hunc eodẽ cõtextu tẽperare voluerit, ne legatarijs noceret, quibus iuris veteris autoritas etiam fauerct. Quã enim ex eo causam habere possent liberi exheredati vt de Iustiniano conquerantur, quod voluerit sublata quoque per querelã Iustinianeã heredũ institutione legata nihilominùs omnia salua manere, Cùm si ea Iustiniani cõstitutio nõ esset nihil prorsus iuris in hereditate haberẽt nisi probarẽt se immerẽtes exheredatos: quę probatiò quàm difficilis plerũq; sit sciunt omnes, qui in forẽsi vsu versati vidẽt quotidie nihil esse periculosius quàm si vel certissima queq; probationũ & testiũ lubrico cõmittãtur. Proinde boni & æqui consulere debẽt quod citra vllã probandi necessitatẽ certi sint de victoria ex sola nouę cõstitutionis autoritate. Sed si ponas liberos exheredatos innocentiæ suæ & probationibus quas fortè paratissimas habeat, cõfidentes malle veterem, querelam proponere quàm Iustinianeam, & in ea querela obtinere decendo se immerentes exheredatos. Hoc verò casu fiet ijs manifesta iniuria si prætextu constitutionis Iustinianeæ ex qua nullũ ipsi lucrũ captent, cogantur præstare legata & fideicommissa quæ à demente ac insano relicta esse videãtur. Et ideo dico neque Iustiniani mẽtem illam esset vt in hoc casu legata cõseruentur, Non magis quàm vt veteris querelæ beneficium liberis immerẽter exheredatis auferatur, quibus ille è contrario dare voluit & addere nouũ. Nemo enim beneficiũ nouũ conferẽdo vetus adimere intelligitur, præsertim si qua ex parte vetus sit plenius & maioris emolumẽti. Quomodo in proposito querela vetus etsi minùs cõmodo quàm Iustinianea in eo quod & filium exheredatum onerat probatione, & permittit heredibus institutis vt possint obijcere filio causam ingratitudinis quã testator nõ allegauit, dummodo sit vna ex ijs quas Iustinianus pro iustis adprobauit: Attamen ex alio latere plenior est quàm Iustinianea in eo, quod totum testamẽtum rescindit etiam quod ad legata. Non est igitur probabile sublatam illam esse à Iustiniano qui tota ea constitutione id potissimum agit vt liberis exheredatis faueat, extra eum casum quo fuerint illi merenter exheredati, legatarijs verò non nisi eo casu quo alioqui possent ipsi conqueri, in eorum perniciem plus æquo faueri liberis, & quo non possint è contrario conqueri liberi quod in ipsorum necem plus æquo legatarijs faueatur, Id est ita demum si Iustinianeam querelam eligere maluerint liberi exheredati, quàm veterem vt se à probandi onere liberarẽt. Sic videmus eũdem Iustinianum cùm induxit beneficium inuẽtarij fauore heredum extraneorum, nõ idcirco ijs ademisse beneficiũ iuris deliberãdi quod olim habebant ex edicto prætoris, licèt multo plenius sit omni casu & in omnibus bene-

neficiũ inuentarij, adeò vt vix quisquã nisi parũ cautus hodie causam vllã habere possit petendi tẽporis ad deliberandũ, vt Iustin. ipse iactitat in *l. vlt. C. de iur. delib.* Nec video ad quã speciẽ meliùs quã ad hanc accõmodari possit regula iuris quę habet, quoties duplici iure defertur aliquid, repudiato nouo iure superesse vetus. *l. quoties duplici. 91. de reg. iur.* Etsi. n. de successione loquitur, quę ex testamẽto repudiata ex quo primũ defertur, acquiri adhuc põt ab intestato, quod tamẽ ꝓhibet quod in ipsa successiõe cõstitutũ est, ad id illud accõmodare quod sit præparatoriũ ad successionẽ acquirendã, cuiusmodi est querela inofficiosi testamẽti, quã hodie cõpetere diximus ex duplici iure nouo & vetere, sed aliter atq; aliter secundũ ea quæ nunc explicauimus. Nã quę in prioribus Decad. à nobis tractata sunt, circa supradictã Iustin. constit. cùm eorũ opinionẽ refutauimus, qui putãt inofficiosi querelã hodie sublatã esse, vereor ne minùs bene à nobis, tũ vel percepta fuerint vel explicata. Jã ergo vt ad institutã disputationem redeamus, errat Bart. noster manifestè in eo quod Iustin. constit. extendit ad ea quoq; testamẽta quæ sint nulla & inualida ipso iure, propter viciũ præteritionis paternæ. Ex quo errore alius etiã nascitur in eo quod putat per eã Iustiniani legẽ factũ esse, vt possit quis hodie decedere cũ duobus testamentis. Etenim cùm lex Iustinianea nõ de aliis testamẽtis loquatur quàm quę per inofficiosi querelã, siue veterẽ, siue Iustinianeã rũpenda, & rescindenda sint, vt probauimus, & cõsequenter quę teneant ipso iure, adeoq; ex quibus aditio hereditatis non solùm fieri potuerit, verùm etiã facta sit. Apparet non posse fieri in casu illius constitutionis, vt duo sint testamenta, siquidem posterius nunquã põt ipso iure valere quin rũpat prius ipso iure, quãuis ex posteriore non sit adita hereditas dũmodò aliquo casu adiri potuerit, vt ait Iustin. in *§. posteriore. Inst. quib. mod. test. infirm.* Tertius Bartoli error est, quod ait, supposito errore illo vt constitutio Iustin. debeat intelligi etiam de paterna præteritione, tamen incorrectã manere Pauli sententiã quę extat. *in d. l. si filius 7. de liber. & posth.* vbi negat rumpi testamentũ prius per posterius in quo præteritus sit filius, qui fuit in potestate. Quomodo. n. fieri posset vt non rũperetur si Iustin. fecisset vt tale posterius testamentũ ipso iure valeret donec rescissum esset per querelam etiam quod ad institutiones, quod ad legata verò nec per querelã saltem Iustinianeam rescindi posset? Nunquã certè aut vetus aut noua iurisprudentia admisit vt quis cũ duobus testamẽtis decessisse videatur. Et quod in hanc rẽ Bart. abutitur eo Imperatorũ decreto quod idem Paulus refert *in l. vlt. de her. inst.* alius nec leuior eiusdem Bartoli error est. Specialem enim rationẽ habet decretũ illud, nec tam ex principiis iuris petẽdã quàm ex autoritate Imperatorum: quos in ea specie mouit summa æquitas causæ, cũ ex verbis posterioris testamenti & ex præfatione ipsius institutionis appareret quod testator deceptus probabili errore facti non tã volũtatem mutauerat quæ adfuerat in priore testamento quàm institutionẽ. Iraque non pronunciarunt posterius testamentũ non valere tanquã factũ ex falsa causa [certũ enim est quod ipsa lex ait falsam causam institutioni obesse nõ solere vt neq; legato obest quia causa heredẽ instituendi aut legãdi, neq; institutioni neq; legato cohęret *l. cùm tale. 72. §. falsam causam. de cond. & demonst.*] neque rursus testamentũ prius ruptũ non esse per posterius, qui enim fieri põt vt nõ sit ruptũ cùm posterius valeat ipso iure? sed pronũciarunt subueniendũ esse Pactumeiæ Magnæ quæ in priore testamẽto fuerat heres instituta, vt proinde ad eã hereditas pertinet, quod lex ait, at non ex testamento,

priore quod fuit ruptum, neque ex posteriore in quo non fuit ipsa instituta sed ex mera benignitate & humanitate Imperatorũ, ad quos solos spectabat vt ita decernerent, non etiam ad quemquam ex prudentibus, vt ita responderet, quia inter ius & æquitatem positam interpretationem soli Imperatori & oportet & licet inspicere, inquit *l.1.C.de legib.* cuius legis vix aptius exemplum adferri vllum possit, quàm ex *d.l.vlt.* nec valde dissimile aliud ex *Lcùm quidam.30.in princip. & l.Pannonius.87. D.de acquir.hered.* quarum interpretationem fecimus *lib.Conectur.cap.* 1. Proinde mirum non est in specie *d.l.vlt.* non deberi legata relicta in priore testamento quod ruptum fuerit in totum. Deberi verò ea quæ relicta sunt in posteriore, quod è contrario totum valeat ipso iure: cur non enim debeantur? Nam si quis obiiciat non fuisse iis legatis oneratam Pactumeiam, quæ in posteriore testamento scripta non fuit, & ad quam tamen hereditas pertinet, facilis responsio est, Subueniendum ei fuisse ex æquitate contra heredem in secundo testamento institutum, at non similiter contra secundi testamenti legatarios, quia ex præfatione apparebat non fuisse illum instituturum in posteriore testamento Nonium Rufum, nec facturum aliud testamentum si Pactumeiam heredem in priore institutam adhuc viuere credidisset, ex qua causa dolo malo facere videbatur Rufus, qui contra voluntatem defuncti vindicabat sibi hereditatem. *d.§.falsam causam.* Quæ ratio non æquè vsurpari posset contra legatarios, quippe quos honorare testator potuerat etiam saluo manente priore testamento, nec alio vllo posteriore condito, putà per codicillos anteriore illo testamento, siue expressim, siue tacitè cõfirmatos. Esset autem bona comparatio institutionis in posteriore testamento factæ, & legatorum in eodem relictorum, si testator eadem præfatione vsus proponeretur in legando, qua in herede instituendo: quod & Bartolus obseruauit, licèt alio sensu. Causatur enim nescio quid de causa finali, quæ ex præfatione colligatur, in eóque passim à cæteris laudatur, quasi verò verba illa præfationis, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui*, exprimant causam finalem, ac non potiùs impulsiuam posterioris testamenti. Causa namque finalis semper exprimitur per *vt*, non per *quia*. Et ideo ipsi quoque interpretes solent dicere defectum causę finalis non etiam impulsiuæ viciare dispositionem. In proposito autem non viciari posteriorem institutionem ex defectu causæ istius expressæ apertè Paulus scribit, in eóque rursus errant maximè interpretes nostri, qui è contrario putant in illa specie posteriorem institutionem ipso iure nullius esse momenti. Quod si ita esset, vtique non debuerant Imperatores rescribere subueniendum ei quæ fuerat in primo testamento instituta, quam nimirum summa iuris ratio satis tueretur. Quid enim priorem institutionem posset extinguere si posterior non valeret? Aut quo iure legata posteriore testamento relicta deberentur, ab ea præsertim quę grauata non fuisset, si testamentum ipsum posterius non defenderetur? Aut denique quomodo defenderetur testamentum, si institutio ex qua vires accipere debet, nullius esset momenti? Ex eo igitur intelligimus etiam iuxta interpretum traditiones causam impulsiuam non finalem fuisse illam quam in pręfatione posterioris testamenti Androsthenes expresserat.

ERROR SEXTVS.

Si testator coram septem testibus reuocauerit prius sollenne testamentum siue addiderit rationem quia vult decedere intestatus, siue non.

DISTINGVERE in hac quæstione nostri solent, An testator qui alio nullo condito testamento sollenne prius quod iam factum habebat reuocare voluit, rationem addiderit. Quia velit decedere intestatus, an verò nulla addita ratione simpliciter testamentum prius reuocauerit. Et rursus cùm rationem expressit, Quia velit decedere intestatus. An coram septem testibus ea reuocatio facta sit an coram paucioribus. Si prius testamentum reuocauerit simpliciter, neque addiderit velle se decedere intestatum, volunt plerique non valere reuocationem. Atque ita accipiendum esse quod Iustinianus scribit in *§. penult. Instit. quib. mod. testam. infirm.* ex eo solo non posse reuocari testamentum quod testator dixerit nolle se illud valere, si verò causam addiderit & rationem reuocationis, Quia velit decedere intestatus, & quidem coram septem testibus, aliud iuris esse & reuocationem valere, quoniam testator qui ita loquitur sollennémque illum testium numerum adhibet, hoc ipso videatur instituere legitimos heredes & ab intestato venientes, per quorum aditionem postea secutam confirmari possit ademptio hereditatis alij datæ per prius testamentum. Ita Bart. ad *d. l. si iure. 18. num. 3. de legat. 3.* vbi rationem suæ distinctionis adfert, quod omnia quæ per vltimam voluntatem disponuntur siue dando siue adimendo, non aliter valere possint, quàm si per hereditatis aditionem confirmentur, & quidem ab eo faciendam à quo vel datio vel ademptio per testatorem facta esse videatur. Alioqui certum est nemini aut hereditatem aut quicquã aliud à seipso vel dari vel adimi posse. *l. sed si conditioni. 6. §. vltim. D. hered. instit. leg. & quidem totum. 18. leg. legatum est delibatio. 116. §. 1. D. de legat. 1.* Cùm igitur testator prius testamentum reuocat duntaxat, neque addit velle se decedere intestatum, non potest, inquit Bart. valere ademptio quæ fit per huiusmodi reuocationem, quia neque instituto adimi potest à seipso, neque à venientibus ab intestato qui neque expressè neque tacitè instituti reperiuntur. Quod non similiter dici potest, cùm testator dixit velle se intestatum decedere, siquidem eo casu adest persona à qua possit vires capere ademptio. Legitimi scilicet heredis quisquis ille sit qui saltem tacitè intelligitur esse institutus. Sunt tamen qui hanc Bartoli distinctionem reprobent. Hac potissimùm ratione, quòd quisquis reuocat testamentum suum, nec aliud facit, non in alia possit esse voluntate, quàm vt decedat intestatus, & consequenter non minùs credendus est tacitè instituisse venientes ab intestato, quàm si se intestatum decedere velle dixisset. Quid enim refert an verbis, an facto ipsò suam declarauerit voluntatem. Aut quid aliud faciendum habuit ad legitimos successores inuitandos, quàm vt reuocaret testamentum in quo alium heredem instituerat, & quod solum impediebat ne ab intestato succedi posset? Itaque secundùm istorum sententiam nihil omnino interest. An testator duntaxat reuocauerit testamentum, an in eo reuocando addiderit velle se intestatum mori. Quam o-

pinionem contra Bartolum fortiter & magistraliter defendit post alios non paucos Guid. Pap. *quæst.* 200. Alij deniq; sunt, qui huiusmodi reuocationem siue hoc siue illo modo facta sit valere negant, nisi à die conditi testamenti decennium effluxerit, ex *l. sancimus.* 25. *C. de testam.* Quos supradicto loco & refert & refellit Guid. Pap. ratione illa quod constitutio Iustiniani in *d. l. sancimus*, ad eum casum, pertineat, quo tres tantùm testes interuenerint aut certè pauciores quàm septem. Nos verò eum casum tractare, quo septem testes adfuerint, qui numerus sicut sollennis est ad faciendum testamentum, ita & maioris videtur esse debere potestatis ad illud reuocandum. Verùm reprehensio hæc vt hinc exordiamur, non est iusta. Etsi enim Iustiniani lex exigit, vt ad validandam ex cursu decennij reuocationem sollennis testamenti non pauciores quàm tres testes adhibeantur, non ideo tamen excludit maiorem numerum testium, vt si plures quàm tres interuenerint, siue quinque fuerint siue septem, cursus decennij non sit necessarius ad hoc, vt reuocatio minùs sollennis sustineatur. Quòd si quis obiiciat, Immo verò ex Theodosij constitutione in *l. hac consultissima.* 21. *§. vlt. C. de testam.* quinque testes sufficere ad reuocandam priorem voluntatem sollennem si reuocatio facta sit in fauorem venientium ab intestato. In promptu replicatio est. Malè igitur Bartolum & Guidonem Papium & cæteros qui hucusque hanc quæstionẽ tractarunt, requirere septem testes, cùm quinq; sufficiant. Quid enim prodesse potest quod septẽ testes interuenerint potiùs quàm quinq; ? An fortè vt posterior illa voluntas minùs sollennis valeat iure testamenti? Atqui hoc negat constitutio ipsa Theodosij quæ posteriorem hanc voluntatem quoties sollennis non est, non aliter valere patitur quàm iure vltimæ voluntatis ab intestato. Nec est quod quis dicat de illo casu sensisse Theodosium quo pauciores quàm septem testes interuenerint. Id enim fatebor equidem verũ esse si ponas ad posteriorem voluntatem faciendam sollennem nihil nisi testium numerum defuisse, aliis scilicet omnibus adhibitis sollennitatibus quas in testamento interuenire necesse est. Cur non enim tunc valeret iure testamenti? Sed si ponas aliquem ex cæteris sollennitatibus defuisse, ita vt quamuis septem testes adfuissent, non eo magis testamentum sollenne dici potuisset, quæ species est constitutionis Theodosianæ loquentis de posteriore voluntate inualida, & non sollenni. Dico hunc quoq; casum quo septem testes interuenerint Theodosij lege comprehendi, & voluntatem illam vltimam quę, ex alia qualibet causa sollennis non sit, ab intestato tantùm defendi posse, perinde ac si quinque tantùm adfuissent. Quod & ipse quoq; Bartolus sensisse videtur ad *l. miles.* 36. *§. veteranus. D. de testam. milit.* vbi disertè scribit si testator coram quinque testibus dixerit velle se intestatum mori, reuocatum videri debere prius testamentum in fauorem venientium ab intestato. Cur ergo alibi requirit septem testes ad reuocandum prius testamentum, eo præsertim casu quo testator voluerit decedere intestatus? Quamquam in hoc ipso labitur Bart. & cum eo cæteri, quod putant Theodosij constitutionem fauere cuilibet reuocationi prioris testamenti quæ modo facta sit in fauorem legitimorum heredum. Quod non ita est. Fauet enim duntaxat testamentis imperfectis, in quibus instituti sint venientes ab intestato, vt constat ex verbis constitutionis, & ex *leg.* 2. *D. de iniust. rupt.* quam nos in præcedentibus diximus corruptam fuisse à Triboniano, & ad ius nouum longo pòst tempore à Theodosio inductum accommodatam, quod neque Accursius &

cursius & Bartolus diffitentur. Requirit ergo ea constitutio specialem & expressam institutionem legitimorum successorum quæ facta sit in posteriore testamento ad prius euertendum. Est enim ea institutio cùm expressa est, multo fauorabilior, quàm cùm tacita tantùm videri potest, vel ob id ipsum quod expressam habet defuncti voluntatem, quódque hoc casu testamentum etsi perfectum non est, cœptum tamen fuit, cùm inciperet olim & incipere deberet ab institutione, quæ etiam hodie caput & fundamentum est testamenti. *§. ante heredis. Instit. de legat. l. quod per manus. 10. D. de iur. codicill.* At nos eum casum tractamus, in quo testator neque fecerit neque voluerit facere vllum posterius testamentum, sed tantùm reuocauerit quod antè fecerat vt intestatus moreretur. Noua igitur constitutione opus esset vt hæc reuocatio valeret etiam iure voluntatis intestati cùm ad eam Theodosij constitutio porrigi non possit. Porrò noua de hac re alia constitutio nulla est præter illam Iustiniani quæ extat in *dict. leg. sancimus*, & quæ ad hanc speciem disertè pertinet, de qua nunc disputamus cùm testator nullo alio condito posteriore testamento, tantummodo dixit nolle se prius stare testamentum, vel aliis verbis vtendo contrariam priori aperuit voluntatem. In qua tamen specie Iustinianus vult ita demum videri benè reuocatum prius testamentum si decennium effluxerit, nec paucioribus quàm tribus testibus ea reuocatio muniatur. Proinde non aliud esse voluit siue quinque siue etiam septem testes in eiusmodi reuocatione interuenerint. Acquè enim his casibus satisfit legi, quia quo plures testes sunt, eo verius est non esse pauciores tribus. Neque verò vlla lex est quæ numerum illum septem testium faciat sollennem ad reuocandum testamentum, nisi cùm reuocatio fit per posterius sollenne testamentum, quia nec aliam vllam voluntatem vltimam pro sollenni lex agnoscit, nisi quæ sit testamentaria. Verum igitur est, & malè à Guidone Papio reprehensum quod volunt tertiæ huius sententiæ autores, reuocationem testamenti etiam quæ coram septem testibus facta sit, non aliter valere posse, quamuis testator addiderit velle se decedere intestatum, quàm si decennium effluxerit, & quidem computandum vt hoc etiam addamus non ex die reuocationis vt quidam putant, sed vt constitutionis verba non obscurè probant ex die conditi testamenti, siue ante effluxum decennium siue post facta sit reuocatio. Abrogat enim Iustinianus ea lege constitutionem quæ extat in *leg. 6. Cod. Theodos. de testam.* qua cautum erat, vt solo lapsu decennij testamentum reuocatum intelligeretur, id est si testator post conditum testamentum decennio integro superuixisset, etiamsi contrariam voluntatem nullam aperuisset. Dubitari autem non potest quin decennium illud à die conditi testamenti computaretur. A quo enim alio tempore computari poterat, cum neque reuocatio vlla, neque aliud quicquam præter fluxum decennij interuenisse proponeretur? Atqui illud ipsum ius quod inductum fuerat, vt ex solo lapsu decennij testamentum euanesceret, Iustinianus retentum voluit eo casu quo ad lapsum temporis expressa reuocatio accesserit. Voluit igitur decennium illud computari à die conditi testamenti, non à die reuocationis, & consequenter nihil interesse an reuocatio facta sit ante decennium elapsum an postea. De quo mirum est tantam fuisse inter veteres glossatores & interpretes controuersiam, quantam supradicto loco Guid. Pap. refert. Sed illud rursus difficile videtur intelligere, Cur posterius

testamentum imperfectum in quo instituti sunt venientes ab intestato non pauciores quàm quinq; testes exigat etiam ad hoc vt defendatur iure vltimæ voluntatis intestati. *d.l.hac consultissima. §.vlt.* simplex verò prioris testaméti reuocatio cõtenta sit tribus *d.l.sancimus*, cùm supra dixerimus quod & verũ est fauorabilius esse testamentũ imperfectum, propterea quòd contineat expressam institutionem, reuocatio verò quantumuis expressa nõ nisi tacitam. Verum facilis responsio est simplicem reuocationem quãuis sit contenta tribus testibus, non ideo tamen potiore iure censeri, quàm testamentũ imperfectũ, quoniam prætereà requirit illa vt effluxum sit decennium, quod tamẽ non requiritur ad hoc vt voluntas in testaméto imperfecto declarata iure intestati sustineatur. Fuitq; sanè æquissimum vt minor testium numerus reuocationi etiam simplici præfigeretur, cõcurrente lapsu decennij, quod ex prioribus legibus solum sufficiebat nulla quoque interueniente reuocatione ad prius testamentũ reuocandum, vt Iustin. ab ea constitutione minùs recedere videretur, quam abrogabat. Æquè malè idem Guid. Pap. refellit distinctionẽ illam Bartoli, an prioris testamenti reuocatio coram septem testibus facta sit simpliciter, an addita declaratione quòd testator voluerit decedere intestatus. Etsi namq; verum est quod ille contra Bart. obiicit velle intestatũ decedere, quicunq; prius testamentũ reuocat, cùm reuocato testaméto nihil aliud supersit nisi vt succedatur ab intestato. Fieri tamen facilè põt, vt quis reuocet prius testamentũ non tam vt intestatus moriatur, quàm quòd heredem in eo scriptum habeat pro indigno, & vt faciat locum fisco, qui pro suo iure solet hereditatem auferre scriptis heredibus tanquam indignis, quoties non retinuerunt defuncti voluntatem. *l.si scriptis.19.& pass.D.de his quæ vt indign.* Vt proinde ad excludendum fiscum, aut ne dubitationi locus relinquatur quid testator senserit, optimum sit consilium, siue per cancellationem testamenti, siue per inductionẽ nominis heredis instituti, siue quo alio modo prius testamẽtum reuocatũ sit vtiliter & cum effectu, vt testator exprimat ita se facere vt moriatur intestatus. Quo casu vtique potior erit causa legitimorũ successorum quàm fisci, qui eos alioqui vinceret. *l.1.§.pen. D.si tab.testam. null. extab.vnd.liber. l.vlt.D.de his quæ in testam. delent.* quomodo accipiendum certè est quod Iustin. constituit in *l.pen.C. de testam.* in illis verbis, *siquidem testator linum vel signacula inciderit, vtpote eius voluntate mutata, testamentum non valere.* Nimirum si id fecerit vt intestatus moreretur. In quo igitur errauit Bartolus? In eo nimirum in quo etiam cæteri errarunt, quod credidit valere testamenti reuocationem factam coram septem testibus, si modò testator addiderit velle se mori intestatũ. Quod sane falsum est. Nam testamẽtum sollenniter factum nullomodo reuocari põt si iuris rationẽ inspicias nisi per aliud æquè sollenne ac perfectũ testamentum. *d.§.posteriore.& §.pen.Instit. quib.mod.test.infirm.* quia cùm sit lex habeatq; ab ipsis legibus vim legis non nisi per aliam & contrariã legem abrogari potest. Lex autem dici nõ potest, voluntas imperfecta, iniusta, & minùs sollennis, vt neque testamenti nomen meretur. Eos solos casus excipio de quibus iam diximus, Theodosianũ & Iustinianeũ, illum in posterius testamentũ imperfectum spectet ad vtilitatẽ venientium ab intestato, & habeat quinq; testes. Hunc si prioris testaméti simplex reuocatio facta sit corã tribus testibus, concurrátque lapsus decẽnij à die cõditi testamenti. Sed extra hos casus dico nullius momenti esse reuocationẽ & quẽadmodũ non est in potestate testatoris, vt decedat cũ testamento etiãsi

maximè

maximè velit nisi eas adhibeat sollenitates omnes quas in testamentis necessariò adhiberi lex voluit. Ita nec illud vt facto solleniter testamento decedat intestatus. Nisi testamentum prius totum cancellet ac deleat,& tabulas ipsas in mare aut ignem proiiciat in eorum commodum & fauorem quos scit ab intestato sibi heredes futuros. Alioqui vnicum illud remedium ei superest,vt aliud faciat sollenne testamentum, in quo instituat eosdem heredes quos ab intestato lex ei datura erat si testamentum nullum fecisset: aut vt expectet auxilium constitutionis vel Theodosianæ vel Iustinianeæ. Nam quod dicitur nihil interesse an quod scriptum est inducatur an adimatur *l. nihil interest.16.D.de adim.legat.* tunc verum est cùm ademptio ritè ac sufficienter facta est, vt & Accurs. & Bart.interpretantur, qualem hanc esse nos negamus. Neque magis absurdum, aut nouum est, vt qui facto primùm testamento & postea mutata voluntate vellet decedere intestatus, decedat tamen inuitus cùm testamento, quia non illud reuocauerit eo modo qui iure ac legibus comparatus est,quàm vt qui voluit testatus decedere,tamen inuitus quoq; decedat intestatus ob non adhibitas scilicet eas sollennitates sine quibus lex non patitur fieri testamentum. Adeò vt idipsum obtineat,etiamsi paterfamilias qui testari voluit, non habuerit facultatem adhibendarũ sollennitatum *d.l.conficiuntur.8.§.codicilli. D.de iur.codicill.l.2.D.si quis aliq. testar.prohib.vel coeg.* Eadem igitur ratione nec testamenti reuocatio minùs sollennis ex eo magis defendetur : quod testator qui testamentum reuocare voluit non habuerit posterioris testamenti in eam rem sollenniter condendi facultatem. Quanto minùs si ei liceat imputare cur sollenniter testatus non fuerit,cùm posset? Nec tamen distinguit Bart.an potuerit posterius testamentum condere si voluisset necne, sed omni casu vult valere reuocationem simplicem dummodo & coram septem testibus facta sit, & testator dixerit velle se decedere intestatum. Sed & in eo errat Bartolus quod testamenti reuocationem istam valere vult iure ademptionis hereditatis. Quasi hereditas sit ex earum rerũ genere quæ testamẽto adimi possunt aliter quàm per nouam & sollennem institutionem. Contra eam iuris regulam cuius in præcedentibus tam sæpe meminimus ex *l.si ita scriptũ.13. §.regula. D. de liber.& posthum.* At omnium grauissimus error ille est, quod vult idem Bart. ademptionem istam hereditatis confirmari per aditionem venientium ab intestetato: Quis enim vnquam ex prudentibus scripsit testamentariam hereditatem à legitimis heredibus adimi posse. Aut ex aditione legitimorum heredum pendêre testamentariæ hereditatis ademptionem? Prius siquidem est vt legitima hereditas delata sit proximioribus agnatis quàm, vt adiri ab iis possit. Et rursus vt testamentariæ successionis ius omne, omnísque spes defecerit, quàm vt ab intestato hereditas cuiquam deferri possit, quoniam causa testati semper præcedit causam intestati vulg. *l.quandiu potest.39.*D *de acquir.hered.iunct.l.delata.251.de verb.signific.* Præposterum igitur est, vt testamentariæ hereditatis ademptio & reuocatio confirmetur per aditionem venientium ab intestato. Quid enim si fortè illi adire nollent? Consequens esset Bartoli sententię,vt hereditas quæ legitimis heredibus iam delata fuisset ad testamentarios rediret, vtque testamentum quod aliquando habitum fuisset pro reuocato fauore legitimorum successorum, inciperet rursum haberi pro non reuocato fauore testamentariorum? Quæ omnia vt nemo non videt nõ tãtùm absurda sunt & à notissimis iuris principiis aliena, sed etiam

manifestam implicant contradictionem. Eóq; casu proculdubio fierent bona vacãtia & ad fiscum deuoluerentur *l. vlt. D. de success. edict.* Lõgéq; diuersum est quod pro simili adfert Bartolus ex *l. si ita quis. 82. D. de hered. instit.* vt probet hereditatẽ legitimis heredibus primùm deferri, & post eos testamentariis. Sola enim illius legis species ea est in qua hoc euenire potest, id est cùm testator sollenni testamento heredem aliquem instituit sub ea cõdicione, si legitimus heres vindicare hereditatẽ nolit. Tunc.n. expressa iustáq; voluntas testatoris facit, vt legitima hereditas prior deferatur, testamentaria verò nõ aliter quàm si legitimus heres nemo sit, perinde ac si testamentarius heres sub alia qualibet cõdicione casuali fuisset institutus. Quid.n. refert an quis institutus sit sub condicione illa, *si nauis ex Asia venerit*, an sub hac, *si legitimus heres vindicare hereditatẽ nolet.* Omni enim casu condicio suspendit institutionem testamentariã, facítq; vt nõ prius deferri ex testamẽto hereditas possit à lege, quàm extiterit condicio sub qua fuit delata à testatore. Atqui cõdicio institutionis nõ potest existere nisi post delatã heredi legitimo hereditatem ab eóq; repudiatã. Nec igitur potest talis institutio impedire delationem & acquisitionem legitimæ hereditatis. Multóq; minùs delatio sola legitimæ hereditatis repudiatæ, impedire ne nunc primùm fiat delatio quæ nunquã facta fuerit testamentariæ hereditatis. Regressus nãq; hereditatis à legitimo herede ad testamentarium tunc impeditur cùm delatio cœpit à testamentario, quomodo semper incipit nisi cùm in cõtrariũ expressa est volũtas testatoris vt in *d. l. si ita quis.* quia nunquã bis eidẽ personæ ex eodem testamento deferri hereditas potest, nisi cùm quis fuit sibi ipsi substitutus: quod nõ euenit nec euenire potest vbi hereditas testamentaria heredi legitimo semel delata fuit. At in eo casu de quo tractamus ponit Bartolus hereditatẽ testamentario heredi adẽptã esse ab ipso testatore per simplicem reuocationẽ, legitimo autem heredi delatã esse nõ minùs à testatore quàm à lege. Nihil ergo causæ est cur etiãsi legitimus heres adire nolit, permittẽdũ sit heredi testamẽtario vt adeat eã hereditatẽ quæ ei purè adẽpta fuerit, & in qua si adẽptio aliquãdo valuit, ne quidẽ sub cõdicione institutus reperiatur. Nec enim pro Bartolo replicari potest ademptionẽ hereditatis factã videri sub ea cõdicione, si hereditatẽ legitimus heres adire volet, ac proinde dationem hereditatis, nõ nisi sub cõtraria cõdicione factã intelligi debere, si legitimus heres vindicare hereditatẽ nolet. Primũ quia cõdicio illa ademptionis quã Bartolus cõminiscitur, non expressa, sed tacita est, & ex earũ genere quæ etiã cùm expressæ sunt nõ faciũt actũ cõdicionalem quia tacitè insunt. Quẽadmodũ dicimus nõ esse legatũ cõdicionale quod relictũ est sub expressa illa cõdicione, *si heres scriptus hereditatẽ adierit. l. aliquãdo. 107. de cõdic. & demõstr.* Cũ ergo ademptio ipsa pura esse intelligatur, nõ põt datio videri cõdicionalis quasi data hereditate sub cõtraria cõdicione. Tũc.n. datio quæ ab initio pura fuit ex post facto fit condicionalis per ademptionem cùm ademptio ipsa cõdicionalis fuit *d. l. aliquãdo. in fine.* Deinde quoniã cùm adẽptionem istã inducat Bartolus ex prioris testamenti reuocatione facta simpliciter & extra testamentũ, quantũuis esset illa cõdicionalis, nõ posset tamen facere cõdicionalẽ institutionem quæ in testamẽto pura fuisset, quia testamẽtariæ institutioni purę cõdicio extra testamentũ inijci nõ põt, ne quidem per codicillos *l. quidã. 27. §. vlt. D. de cõdic. inst.* Multo minùs igitur per simplicẽ reuocationẽ q̃ nec testamẽti, nec codicillorũ iure censeatur. In qua nimirum
multo

multo magis locum habet ratio quã Modestinus eo loco adducit, quod qui puræ institutioni cõditionem iniicit, de ademptione hereditatis in defectum conditionis cogitasse intelligatur. Adimi aũt hereditas directo, neq; per codicillos potsit, neq; aliter quã per testamentũ, sicut nec nisi testamẽto extraneis datur. *l. hereditas. 5. C. de pact. cõuent. tã sup. dot.* Quòd si pura institutio testamentaria & sollennis non põt recipere conditionem à voluntate minùs sollenni quę extra testamentũ facta sit, ne ex eiusmodi conditione ademptio hereditatis contra leges inducatur. Quis ferat quod è cõtrario vult Bart. ex adẽptione hereditatis quę & secundùm figurã verborum, & in effectu pura fuerit, immò quæ vt probauimus nunquã valuerit, colligendã esse conditionem quæ institutioni puræ in contrarium casum iniiciatur, vt eã ex pura faciat cõditionalem? Ita nãq; euenit vt tacitè factum esse velit Bart. quod nec expressim fieri potuisset, itémque quod colligatur ex ademptione facta expressim quidem, sed perperã & contra leges, ac rursus purè non sub conditione. Reiectis igitur istis omnibus quæ nugatur Bart. circa ademptionem hereditatis testamentariæ confirmandã per aditionem venientium ab intestato. Cõcludamus reuocationem minùs sollennem prioris sollennísq; testamenti planè esse inualidã etiamsi habeat septem testes, hoc etiã addito quod testator intestatum se mori velle dixerit, nisi ea reuocatio facta sit, vel in testamẽto imperfecto in quo instituti sint venientes ab intestato, ex constit. Theodosij in *d. l. hac consultißima. §. vlt.* vel ab eo qui priori suo testamẽto superuixerit per decenniũ, siue ante, siue post reuocationem, quæ tamen testibus munita sit, non paucioribus quàm tribus ex constit. Iustin. in *d. l. sancimus. 25. C. de testa.* Estq; pro hac nostra sententia textus apertißimus in *d. l. militis. 36. §. veteranus. D. de test. milit.* de cuius tamen loci sententia diffusiùs in sequentibus tractandum nobis erit: nam & in eius interpretatione Bartolus errauit.

ERROR SEPTIMVS.

Si testator testamenti sollennis linum aut signacula inciderit, ob mutatam voluntatem, an tollatur testamentum ipso iure, an ope tantùm exceptionis. Ad l. penult. §. vlt. D. de bonor. posseß. secund. tab.

DICI quidem solet nihil interesse, an ipso iure quid fiat, an ope exceptionis, si non tã de iuris subtilitate, quàm de rei effectu quęratur, quia nullum ius habere videtur is qui tale habet, quod per exceptionem elidi posit. *l. nã is. 6. D. de dolo. l. nihil interest. 12. de reg. iur. cum simil.* Sed tamen non est inanis & sine effectu hæc quęstio, an ipso iure, an verò nõ nisi ope exceptionis tollatur testamentũ cuius linum aut signacula testator vltro & sciens incidit. Addidi *vltro & sciens*, quia si casu fortuito id factum sit etiã à testatore ipso aliud agente, nemo dubitat quin testamentũ subsistat, viresq; suas retineat acsi tale nihil factum esset. *l. 1. 2. & pass. D. de his quæ in test. delent.* Etsi autem aperta videtur in hac quæstione constit. Iustin. in *l. nostram. pen. C. de testam.* interpretes tamen nostri, quibus sollenne ac ferè perpetuum est in ipsa quoq; media luce cæcutire, mouent hãc quæstionem ad eam ipsam legem, quasi de eo nihil Iustinianus constituerit. Adeóque quod magis mirandum est, concludunt testamentũ hoc casu non

ipso iure tolli sed tãtùm ope exceptionis. Ex *l. qui liberis pen. §. vlt. D. de bonor. poss. secund. tabul. & l. militis. 36 §. veteranus. D. de testam. milit.* Apertissimè contra mentem & verba Iustiniani in *d. l.* nostram cuius verba ista sunt, *sancientes, siquidem testator linum vel signacula inciderit vel abstulerit, vtpote voluntate eius mutata testamentũ non valere.* Quæ verba cùm ad ipsam testamenti validitatem pertineant, vtique ad ius testamenti referenda sunt non ad factum, quia quoties dicimus testamentum valere vel non valere, ius non factum significamus, cùm à iure sit vt valeat testamentum, vel vt non valeat. Itaque nihil prorsus interesset an quis simpliciter scribat testamentum valere vel non valere an addat, *ipso iure*, quia cùm non eliditur nisi per exceptionem opus est facto aliquo & eius qui conuenitur, vt opponat eam exceptionem coram prætore mox daturo formulam, & prætoris quoque vt in dictanda formula ponat exceptionem. Vnde est quod promiscuè solent prudentes nostri dicere, *exceptionem opponi & poni*, Opponi, scilicet à reo, actori. Poni verò à prætore in formula concedendæ actionis. Proinde quousque factum illud interueniat si quæratur de testamenti validitate necesse est fateri testamentum valere ipso iure, alioqui frustratorium & superuacuum esset dare exceptionem: Quæ tum etiam cùm & data & vtiliter opposita fuit effectúmque suum habuit, non eo magis tamen tollit testamentum facítve vt desinat ipsó iure valere, sed tantùm vt desinat effectum illum habere quē alioquin habiturum esset, quia quæ sunt facti non possunt ius lædere, aut iuris effectum aliquem habere. Omnes autē exceptiones (vt diximus) sunt facti *l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret. D. de pact.* Testamẽtorum verò validitas, vt nemo nescit est iuris. Falsum igitur est quod Iustinianus constituit in *dict. leg. nostram.* vt testamentum de quo agimus non valeat, si verum est quod interpretes volunt, valere ipso iure, nec tolli nisi ope exceptionis. Sed etsi nihil tale à Iustiniano constitutum esset, ipsa tamen iuris ratio facere deberet, vt hoc ipsum pro constituto haberetur. Nam quoties linum quo ligatæ sunt tabulæ incisum est, quemadmodum si alius contra voluntatem testatoris id fecerit, non eo minùs peti potest bonorum possessio secundùm tabulas. Ita si testator ipse inciderit ad testandam huiusmodi facto voluntatis suæ mutationem, certum est non videri tabulas signatas, ideóq; ex iis non solùm hereditatem adiri iure ciuili non posse, sed neq; bonorum possessionem iure prætorio peti vt disertè Vlpianus scribit in *l. 1. §. penult. D. de bonor. poss. secund. tab.* Addens in *§. seq.* non idem esse si rosæ sint à muribus tabulæ, vel linum aliter ruptum aut etiam vetustate vel situ casúve putrefactum. Hoc enim casu videri tabulas esse signatas, maximè si proponas inquit vel vnum linum tenere. Est enim ista vna ex sollennitatibus testamẽtorum & quidem vtroq; iure prætorio & ciuili. Sollennitates autem hoc exigunt vt à testatore ipso adhibeantur, & vt adhibitę ab eodē retineantur, ne videatur voluntatem mutasse, & testamentum infirmare voluisse quod vtiq; infirmare potuit antequàm esset à lege confirmatum: quæ legis confirmatio non fit nisi mortuo demum testatore: At non illud etiam exigitur vt sollennitates durent in tēpus vsque mortis, dum ne fuerint ab ipso testatore sublatæ: alioqui eueniret vt si ex septem testibus qui testamento præsertim nuncupatiuo interfuissent, vel vnus decederet ante testatorem euanesceret testamentum quia non reperirentur integræ sollennitates tempore mortis. Quod tamen non ita est. Testamentorũ enim sollennitates sicut in actu ipso testandi interuenire debent,

debent, ita ex tempore ipso testamenti æstimandæ sunt, siue quæratur an adhibitæ fuerint, siue an ritè. Sequêtis verò totius temporis ad diem vsq; mortis testatoris nulla prorsus ratio habetur, nõ magis quàm eius quod sequitur mortem, nisi quatenus facto & voluntate ipsius testatoris aliquid ex sollennibus detractum reperitur, vel immutatum. Quid ergo fuit quod in tã aperta & iuris ratione & Iustiniani constitutione interpretibus nostris tenebras offundere potuit? Nimirum quod à Papiniano responsum est in *d.l.pen.§.vlt. D.de bon.poss.secund.tab.* & à Paulo in *d.l.militis.36.§.veteranus.D.de testam. milit.* Neutrum enim responsi vim nec rationem perceperunt. In *d.§.vlt.* Papinianus tractat primùm eam speciem, de qua nonnihil iam scripsimus in præcedentibus. Cùm testator facto testamento adrogãdum se præbuit, deinde sui iuris effectus vita decessit. Atque scriptum heredem si possessionẽ petat, doli exceptione summoueri, quia dando se in adrogationem testatur cum capite fortunas quoq; in familiã & domum alienã conferat. Planè si sui iuris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamẽto se mori velle declarauerit, voluntatem quæ defecerat, iudicio recenti rediisse intelligi. Deinde subiungit, *non secus acsi quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret.* Hæc verò verba sunt quæ interpretes fefellerunt. Sic enim ab iis accepta sunt, quasi Papinianus has species in omnibus similes esse velit, hoc sensu vt quemadmodum in priore specie doli exceptio datur legitimis heredibus contra heredem in testamento scriptum petentem bonorum possessionem secundùm tabulas, ita in posteriore danda sit ei qui priore testamento scriptus fuit aduersus heredem institutum in posterioribus tabulis, quas ponimus ideo testatorem incidisse, vt priores supremas relinqueret. Sed facile est animaduertere Papinianum sic, neq; sensisse, neque intelligi posse. Nam in posteriore specie vel existimauit Papinianus priores tabulas valere incisis posterioribus, vel nõ valere. Si putauit valere ac proinde vt suprà explicauimus etiam ipso iure: non putauit igitur valere ipso iure posteriores: nisi fortè credidit quod nec imperitissimus quisquam crederet posse quem in paganis decedere cum duobus testamentis. Quòd si posteriores in hac specie ipso iure non valent, nullam ex iis aut actionem, aut hereditatis, vel bonorum possessionis petitionem habere potest ille qui fuit in ipsis institutus. Nec proinde vlla potest indigere exceptione is qui in prioribus scriptus fuerat, cùm sit tutus ipso iure, & omnis exceptio præsupponat in contrarium actionem quam elidat. Si verò putauit Papinianus priores tabulas nõ valere tanquam ruptas per posteriores, etiamsi testator deinde posteriores inciderit, & ad priorem voluntatem redierit. Consequens est dicere vt ex iis hereditas, aut bonorum possessio obtineri non possit, ac proinde vt nulla sit ratio propter quam heredi in ipsis instituto succurri debeat per exceptionem, cuius scilicet ope fieret, vt hereditatem hic nullo iure retineret, quamuis nihil etiam iuris habeat is qui fuit scriptus in posterioribus, quas testator incidit. Non enim bona erit illatio si quis dicat, vel ob hoc ipsum ei succurrendum esse qui in prioribus scriptus fuerat, quod heres in posterioribus scriptus non habeat pro se defuncti voluntatem. Cùm nihil vetet vtrumque excludi illum quia priores tabulæ ipso iure ruptæ sint per posteriores. Hunc verò quia posteriores incisæ sint ab ipso testatore. Hereditatem verò aut ad legitimos heredes pertinere, si testator probetur ideo incidisse priores tabulas vt intestatus moreretur, vt in *d.l.1.§.penult.D.si tab.*

testam. null. extab. vnd. liber. Aut ad fiscum si non tam fauore legitimorũ heredum eas inciderit, quàm vt ostenderet habere se heredes in iis scriptos pro indignis, vt in *l. 3. D. de his quæ in testam. delent. l. cum quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* Dicendum igitur est Papiniani mentem eam esse, vt has duas species comparet, etiã in eo quod circa priorem dixerat de danda doli mali exceptione legitimis heredibus contra heredem testamentarium, sed non hoc sensu, vt similiter danda sit heredi scripto in prioribus tabulis contra scriptũ in posterioribus, quomodo malè vulgo interpretantur, at isto potius vt quẽadmodum circa eam priorem speciem dixerat, heredem scriptum in tabulis quæ per adrogationem collapsæ fuerant, si ex iis petat bonorum possessionẽ secundùm tabulas non debere vereri exceptionem doli mali, si testator sui iuris effectus declarauerit, aut in codicillis, aut in aliis literis, velle se mori cũ eo testamento. Sic in posteriore quoq; specie cùm testator diuersis tẽporibus plures tabulas fecit, si posteriores tandem inciderit ea mente, vt priores tanquã supremæ valerent, nihil aliud requiri intelligamus ad hoc vt bonorum possessio secundũ tabulas ex prioribus peti possit vtiliter, & cum effectu sine metu exceptionis doli, quãuis per posteriores ruptæ fuerint, & quidem ipso iure. Idque contextus ipse Papiniani demonstrat. Illa enim comparatio, *non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret*, non est posita nisi post totam priorem speciem tractatam. Ergo & quod sequitur apud Papinianum, *Nec putauerit quisquam nuda voluntate constitui testamentum, non enim de iure testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis*, ad vtramque speciem referendum est, non ad posteriorem tantùm, vt à Bartolo aliisque interpretibus malè factum video, potiùs ad priorem solã, in qua fuerat expressè facta mentio exceptionis doli. Quod ridiculè idem Bartolus ad *d. §. testamento.* intelligi vult de exceptione facti seu intentionis tantùm, eo prætextu quòd testamentum ab eo conditũ, qui postea se in adrogationem dederit sublatum sit ipso iure. Nã imò verò intelligi debet de illa exceptione cuius auxilium necessarium sit legitimo heredi ad excludendum ius heredis scripti in eiusmodi testamento, quia quãuis testamentum iure ciuili factum sit irritum per adrogationem sicut fieret per aliam quãlibet capitis diminutionem, quoniã filiusfamilias, neq; ciuili, neq; prætorio iure, aut testamentũ facere, aut factum habere potest. Nõ eo minùs tamen prętor ex eo bonorũ possessionem secundũ tabulas dare põt, si modo testator & testamenti, & mortis suæ tempore sui iuris reperiatur, & ciuis Romanus, quandoquidẽ nihil aliud exigit prætor, nec curat media tempora. *l. 1. §. exigit. D. eo. §. non tamen. Inst. quib. mod. test. infirm.* vbi quæ hac parte ponitur differẽtia inter adrogationẽ & cęteras capitis diminutiones. Tribonianea planè & erronea est, vt pluribus scripsimus *lib. 10. Coniect. cap. 19.* Nã siue testator facto iã testamento, factus sit filiusfamilias per adrogationem, siue ciuitatem amiserit per deportationem, siue etiã libertatem fortè ex aliqua causa effectus seruus pœnę [nã in eo qui factus esset seruus hostium nihil tale tractari posset propter fictionem & constitutionem postliminij] testamentum fit irritum omni iure, & prętorio & ciuili, sed cum hac tamen distinctione quod iure ciuili omnino, & in perpetuum inutile est, vt ex eo adiri hereditas nunquã possit, etiãsi testator mortis suę tẽpore, & sui iuris & ciuis Romanus reperiatur. Iure aũt prætorio licèt non eo magis conualescat testamentum, vt ex eo possit peti bonorũ possessio secundũ tabulas, quę sit omnimodo futura

cum re,

cum re, qualis proculdubio esset, si prætor vellet cõualescere testamētū. Hatenus tamē sustinētur tabulę vt heres in ijs scriptus audiendus sit si petat bōrū possessionē, in qua dã la facilis est prętor, tū quoq; cùm prętorio nō minus quàm ciuili iure testamētū nullum est, putà si in eo prętcritus fuerit suus heres, nempe quia nec curat valde an futura ea sit cum re an sine re. In proposito autē hęc bonorum possessio secundùm tabulas quã heredi in istis tabulis scripto prętor dedisset, vtiq; esset cum re, nisi legitimus heres agentem illum posset repellere per exceptionē doli, ex ea causa quod nō habeat pro se defuncti voluntatem, quippe quę per adrogationem mutata videatur, bonis omnib. adrogati simul cū ipsius capite trāslatis in familiā adrogatoris, Quod in cęteris omnib. capitis diminutionib. diuersum est, in quib. nihil interuenit ex quo posit cōijci aliqua mutatio voluntatis. Prętor itaq; qui testamētario heredi dat bonorum possessionem secundùm istas tabulas, idem ille dat legitimo heredi exceptionem doli cōtra heredem testamentarium, vt impediat ne bonorum possessio illa secundū tabulas sit cum re cōtra defuncti voluntatem, quā nō potest negari mutatā fuisse per adrogationē. Nec ob id minùs dabitur hæc doli exceptio, quòd voluntas illa quę per adrogationem defecerat, recēti iudicio rediisse probetur: quia semper in facto verū est mutatā aliquādo fuisse volūtatem, Exceptiones autem omnes facti sunt, nec nisi rē factā demōstrāt, sed tamē nullas habebit vires, quia iudex qui in hoc iudicio cognoscet, ęstimare illā debebit nō tātùm ex persona heredis testamentarij eiusdémq; actoris cui illa opponitur, qui vtiq; negare nō posset mutatā fuisse testatoris sui volūtatem, verùm etiā ex persona heredis legitimi eā opponentis, cui nō est permittendum vt obijciat mutationem voluntatis quę probetur postea rediisse, aut vt prętextu mutatæ voluntatis, veniat ille ipse cōtra volūtatem. Adeo vt neq; vlla in eā rem opus sit replicatione. Cùm enim exceptiones omnes sicut ex iurisdictione prætoria, ita & ex æquitate proficiscantur, ęstimandę semper sunt à iudice ex ea ipsa ęquitate quę illas inducit, necsunt necessarię replicationes ad elidendas exceptiones, nisi cùm diuersa ęquitas est, & ex diuerso facto emergens illa quę replicationem inducit. At in proposito, quę æquitas inducit exceptionem doli, nempe quod non habeat testatoris voluntatem heres, cùm testator dedit se in adrogationem, eadem facit vt exceptionem hanc contemnere iudex debeat, si videt probatum eam voluntatem quę per adrogationem defecerat, recenti iudicio rediisse, quia tunc verum est heredem legitimū qui hāc exceptionem opponit multo magis esse in dolo, cùm multo minùs habeat pro se supremā defuncti voluntatem quā è cōtrario nūc habet heres scriptus qui antea habere desierat. Estq; hoc singulare & obseruādum in exceptione doli, vt nūquā elidi possit per replicationem [quid enim replicare vnquā posset is qui in dolo esset?] sed vt interpretationem recipiat ex bona fide & equitate, hactenus saltē ne vnquā ei prodesse debeat qui ipse sit in dolo ex quacumq. causa, at lōgè magis si sit in eo ipso dolo quē obijcit actori, vt in proposita specie contingit. Idq. nimirum est, quod in fine *d. §. vlt.* addit Papinianus, *Nō enim de iure testamēti maximè quaritur,* scilicet cū tractatur de bonorū possessione secūdū tabulas, quā prętor dare solet etiā ex testamēto nullo si modò proferātur tabulę septē testium signis signatæ, & ab eo factę qui vtroq. tēpore & testamenti & mortis habuerit testamenti factionem, ideoq. bonorum possessionem hanc non secūdum testamentum sed secundū tabulas solemus dicere, quia testamenti nomē iuris est, tabularū verò rei corporalis, *Sed de virib. exceptiōis, quā in hac*

iudicio quanquam actori opponatur, ex persona tamẽ eius qui opponit æstimatur. In quorum etiam verborum interpretatione noster idem miser Bartolus infeliciter laborat, nec feliciùs cæteri. Nam cùm totam istam clausulam referat ad Posteriorem Papiniani speciem de illo testatore qui duo testamenta fecerat, deinde posteriores tabulas inciderat, vt priores supremas relinqueret, sic eam interpretantur, vt quod Papinianus ait de actore intelligant de herede scripto in secundo testamento, cui opponatur exceptio doli per heredem scriptum in primo scilicet tanquam possidentem eundémq; conuentum. Et quod Papinianus ait æstimari hanc exceptionem ex persona illius qui eã opponit sic explicant, vt inspicere iudex hoc vnum debeat an is qui exceptionẽ opponit scriptus sit in primo testamẽto, vt tũc demũ non aliàs exceptionem opponere possit. Quæ omnia sunt ridicula & ex ijs quæ iam diximus satis apertè cõfutata. Eiusdémq; infelicitatis ne dicã amentiæ est, quod idem Bart. post Accursium notat ad *d.§.vlt.* ex eóq; probari putat, Testamẽtum primũ tolli per secundum, nisi secundũ postea incidatur vt primũ cõfirmetur, quia tunc, inquit, primũ ad excipiendũ tantùm valebit, Addens in sequẽtibus hoc testamentũ non reconualescere vt detur actio heredi scripto cõtra extraneũ possessorẽ, sed tãtùm vt detur exceptio possidenti. Debuit enim dicere duobus testamentis sollenniter factis tolli prius per posterius ipso iure, nec quãuis postea secundũ incidatur ea mẽte vt primũ cõfirmetur, primũ tamẽ vnquã cõualescere siue ciuili siue prętorio iure ne quidẽ ad excipiẽdũ, sed tamẽ in iure petẽdæ bonorũ possessionis secundũ tabulas potiorẽ esse causam primi testamẽti, quàm secundi, quia ex secũdo quod incisum fuit prætor nũquã daret eã bonorũ possessionem cùm ante omnia exigat vt tabulæ sint sollẽniter signatæ nec rasæ, nec incisæ aut cãcellatæ: Ex primo autẽ daret, etiãsi alia mẽte testator posteriores tabulas incidisset, quàm vt priores supremas relinqueret quoniã sufficit ei quod videat illas ritè signatas, verùm nõ idcirco heredẽ institutũ cũ ea bonorũ possessione rẽ quoq; habiturũ omnimodo, sed eo dũtaxat casu quo nulla exceptione possit summoueri ab herede legitimo, qui planè habet paratã exceptionẽ doli cùm veniat cõtra defuncti volũtatem heres scriptus in priore testamẽto quod abrogatũ sit & ipso iure sublatũ per posterius, nisi probet ipse volũtatẽ testatoris sui, quę per posterius testamẽtũ defecerat iudicio recẽti redijsse, quod probatur satis cùm testator declarauit, nõ aliã ob causam priores tabulas incidisse quàm vt priores supremas relinqueret. Tũc nẽca ipsa exceptio doli quã legitimus heres huic heredi testamẽtario obijciebat quasi veniret contra volũtatẽ, in eũ retorquetur cùm multo minùs habeat ipse volũtatẽ defuncti quę cõstat noluisse decedere intestatũ, sed cũ priore testamẽto: nõ quasi hoc casu testamẽtũ illud prius, quod semel ipso iure ruptũ fuit per posterius, ex nuda & noua ista testatoris voluntate possit recõualescere, sed quia illo etiã manẽte rupto, ac proinde omissa quęstione de iure testamẽti de quo dubitari nõ potest quin ruptũ fuerit ipso iure nihilominus dari ex eo potest bonorũ possessio secũdũ tabulas. Neq; enim secũdę tabulę rupẽdo priores fecerũt quominus etiã hodie verũ sit priores solẽniter signatas esse, & ab eo factas qui habuerit testamẽti factionẽ vtroq; tẽpore & testamenti & mortis. Nec igitur facere potuerũt quominus secũdũ priores illas tabulas pẽti adhuc possit bonorũ possessio, quę scilicet cùm data possit esse sine re nihil prorsus cõmune habet cũ iure testamẽti. De illo igitur dũtaxat inquirẽdũ est, an vt fiat sine re, aliqua exceptio accõmodada sit

ei qui rem alioquin habiturus esset, ac proinde non ei qui in posterioribus tabulis scriptus fuerat quas ponimus à testatore ipso incisas fuisse, consultò, & animo reuocandi testamenti, sed heredi legitimo ad quem solum tota hereditas pertinere videtur, prioribus tabulis ruptis per posteriores & posterioribus ipsis postea incisis. Quæstio in eo est vter veniat cõtra testatoris voluntatem An is qui petit bonorum possessionem secũdum tabulas ruptas per posteriores, & consequenter per mutationẽ voluntatis, An is potius qui iure legitimo vindicat sibi hereditatẽ. Et non dubitat Papinianus quin cõtra voluntatẽ veniat heres institutus, nec proinde quin doli exceptione vtiliter & efficaciter submouẽdus sit si testator posteriores tabulas inciderit, aut simpliciter, id est non declarata volũtate cur id faceret, aut hoc etiam addito vt intestatus moreretur. Sed si dixerit se posteriores ideo incidere vt priores supremas relinqueret, hic verò casus est, in quo vult Papinianus cõpetere quidem darique heredi legitimo exceptionẽ doli quia semper verũ est actorem agere ex iis tabulis quæ aliquando fuerint ruptæ in perpetuũ per mutationẽ voluntatis: Sed esse tamẽ illã inutilem, inefficacẽ, & sine viribus, cùm ęstimãda sit ex persona heredis legitimi qui eã opponit, quiq. ipse in dolo est, cùm voluntatis defuncti prætextũ quærit ad retinendã sibi hereditatẽ quã defunctus non ad ipsum sed ad actorẽ cui exceptio opponitur, id est ad heredẽ in priore testamẽto scriptũ voluit pertinere. Ita fit vt postrema illa clausula respõsi optimè quadret vtriq. speciei à Papiniano tractatæ, nec quicquã intersit an testamentum ex quo petitur bonorũ possessio secundũ tabulas factum sit irritum per adrogationẽ, an verò per testamentum posterioris, siue tẽpus illud inspicias quo testamentũ valere desinit, siue ipsius ressuscitationẽ, quomodo loquuntur, siue quòd ad excipiendum siue quod ad agendum. Quoniã vtroque casu testamentum est ipso iure nullũ, non modò si testator in eo statu decesserit, sed etiamsi fincta adrogatione sui iuris factus fuerit aut posteriores tabulas inciderit. Rursum vtroque casu heres in eo testamento scriptus habet ius petendę bonorum possessionis secundum tabulas, sed ita tamẽ vt vtroque casu summoueri possit exceptione doli mali tãquam agens ex testamento contra testatoris sui voluntatem *l.1.in fin.D.de doli.except.* Exceptione, inquam. Opponenda etiam vtroque casu per heredem legitimũ cuius solius interest, nõ quomodo vult Bart. in posteriore specie per heredẽ scriptum in posterioribus tabulis incisis, quippe cuius nihil penitus interest cùm ex ijs tabulis incisis nõ solùm hereditatem adire iure ciuili nõ possit, sed neque iure prætorio bonorũ possessionem vllam accipere, id est ne quidẽ illam quæ sine re futura esset. Sed vtroque tamen casu distinctio illa adhibenda est An testator ad priorem redierit voluntatẽ, vt si ita sit perinde quidem adhuc competat doli exceptio, quia verum semper est mutatã aliquando fuisse eam ipsam voluntatem ex qua agitur, sed sit illa inutilis & inefficax propter probatum iudicium recentis voluntatis. Et ita proculdubio responsum hoc Papinianeum intelligendum est cuius sentẽtiam & elegantiam vt ante me fortassis nemo, ita ego ante hunc diem nõ bene intellexi. Nimiũ igitur eo abutuntur interpretes vt probent testamentum à testatore incisum non tolli ipso iure sed tantùm ope exceptionis. Nimisque rursum insulsa est ea distinctio quam tradit *Bart. ad d. §. vlt.* An testamentum fuerit cancellatum & incisum antequàm esset perfectum, vt tũc tollatur ipso iure: an verò postquam fuit perfectũ vt tunc nõ tollatur ipso iure. Quòmodo enim potest tolli ipso

iure testamentum nondum perfectum, cùm quandiu imperfectum est nullũ sit nullóque iure subsistat *§. penult. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. si is qui testamentum. 25. D. qui testam. facer. poss.* Postquàm verò perfectum fuit, potéstne perfectio illa facere quominus tollatur ipso iure si testator non tantũ mutauerit voluntatem ídque verbis declarauerit, sed etiam facto ipso voluntatẽ illam testatus sit incidendo testamentũ? Fateor non tolli testamentum ipso iure si heredum etiam omnium, aut legatariorum nomina deleantur, eóque casu hoc vnum esse quod prętor facere potest & debet vt ijs tantum quorum nomina inducta & deleta sunt deneget actiones quamuis ipso iure competẽtes, quia quoties totũ testamentũ extat, id est, quoties testamẽti tabulæ sunt integræ non incisę, licèt ex parte adeóque in totum deletæ sint, constat valere omnia quæ in eo testamento scripta sunt, vt Vlpianus scribit in *d. l. 1. §. sed consulto D. de his quæ in testam. delent.* vbi manifestum est abundare negationem in illis verbis, *si totum testamentum nõ extet*, quæ si retineatur, nullus vnquam eius loci bonus sensus esse possit. Inductio enim à testatore facta probat quidem voluntatis mutationem, sed non tollit sollennitates testamenti, nec facit quin adhuc verum sit eo testamento interuenisse omnes sollennitates testamenti, nec facit quin adhuc verum sit in eo testamento interuenisse omnes sollẽnitates quæ necessariæ fuerunt, nec proinde quin valeat testamentũ sicut & ab initio valuit. Sicut enim non potuerat nuda voluntate cõstitui, ita nec potuit nuda volũtate infirmari, parũque interest an ea voluntas noua & mutata probetur per inductionem scripturæ an quo alio modo. Sed cùm testamentũ ipsum inciditur, cõstat nõ posse dici tabulas quę sunt incisę, nec videri adesse solẽnitates requisitas in tabulis, cùm tabulę ipsæ vel nullæ sunt, vel non integræ quod cõtingit per incisionẽ, quæ in hoc multo plus potest quàm inductio, quia nõ tantũ afficit voluntatẽ vt eã immutatã esse probet, sed ipsas quoque tabulas, id est corpus ipsum tabularum corrumpit. Qui modus si non est aptus ad testamentum ipso iure euertendũ, vix dici poterit qua ratione fieri vnquã possit vt qui semel fecit testamentũ decedat intestatus, etsi maximè hoc velit. Nec si tabulas proijciat in mare aut in ignẽ, quia semper verum erit testamentũ ab eo factũ aliquãdo fuisse. Aequè nugatoriũ est quod Bartolus obijcit exceptionem doli ex parte opponentis esse in rem, ex *l. 2. §. planè. D. de doli except.* & consequenter cuilibet conuẽto dandã esse non tantùm heredi scripto in prioribus tabulis contra heredem ex posterioribus quæ incisæ fuerint agentem. Quasi verò Papin. *in d. §. vlt.* hanc doli exceptionem det heredi scripto in primis tabulis contra scriptũ in postremis, ac nõ potius heredi legitimo, contra heredem petentem bonorum possessionem secundùm tabulas ex primis. Quis verò alius præter hunc legitimũ heredem intercedere potest ne bonorũ possessio secundũ tabulas detur heredi scripto in prioribus aut ne bonorum possessio ei data cum effectu sit? Nam si quis alius rem aliquã hereditariã detineat, quam heres scriptus post acceptã bonorum possessionem secundùm tabulas vtili vindicatione petiturus sit, nõ potest eo prætextu impedire beneficium prætoris, cùm nihil iuris sibi adserat in vniuersitate bonorum quę per bonorum possessionem acquiritur *l. 1. 2. & 3. D. de bonor. possess.* Sed tamen si postea vtili vindicatione tãquam possessor illius rei hereditariæ conueniatur, non negat Papinianus quin danda ei sit exceptio doli ad possessionem rei singularis sibi tuẽdam, atque daretur legitimo heredi ad ius vniuersæ successionis sibi adserendũ. Vtroque enim

casu

casu eadem æquitas est dandæ exceptionis possessori qui conuenitur, contra eum qui agit ex testamento aduersus voluntatem: Et verùm est doli exceptioné semper esse in rem ex parte illius qui eã opponit, siue descendat à dolo commisso in agendo, siue à dolo commisso in forma agendi, quæ ineptissima eiusdem Bartoli distinctio est. Nam etiamsi is qui conuenitur sit extraneus, aut alius talis qui pro se non habeat defuncti voluntatem, nõ eo minùs debet habere doli exceptionem si actor veniat contra voluntatem, quia vires huius exceptionis doli ex persona petentis non ex persona opponentis æstimantur: nisi cum in opponentis persona tale aliquid est quod faciat ne petenti nocere exceptio debeat, putà si opponens ipse sit in dolo. Sic enim accipiendum est quod Paulus scribit in *l. militis.36.§. veteranus.* D. *de testam. milit.* vt Paulus cum Papiniano concilietur, de quo tamen pluribus dicẽdum erit in cap. sequẽti. Ex his apparet delenda esse vnica littura omnia quę Bart. & post eum cæteri tractant ad *d.§.vlt.* Adeo errat ille in omnibus, nisi in eo quod scribit cãsum illum priorem de quo Papinianus tractat esse ex illis in quibus etiam hodie necessarius est vsus bonorum possessionis secundùm tabulas. Quanquam in hoc ipso errat quod non idem admittit in posteriore specie Papiniani, existimans posse ipso iure adiri hereditatem ex tabulis à testatore incisis potiùs quàm bonorum possessionem secundùm tabulas peti ex ijs quæ fuerint ruptæ per posteriores, quod vtrumque sanè ridiculum est.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & ratione §. veteranus. l. militis.36. D. de test am. milit.

ADDVCI etiam solet hic locus ab interpretibus vt probent testamentum quod à testatore ipso incisum sit, non ideo tamen ipso iure infirmari, sed ope exceptionis tantùm. Quàm rectè & apposite videamus. Veteranus moriens, inquit Paulus, testamentũ iure cõmuni tẽpore militiæ factũ irritũ esse voluit, & intestatus esse maluit. Heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit, legata verò petentes exceptione doli mali secundum ius commune summoueri. Cuius exceptionis vires ex persona petentis æstimantur, Et alioquin potior est in re pari causa possessoris. Hactenus Paulus, in cuius responso etsi fit mentio exceptionis doli contra legatarios agẽtes ex huiusmodi testamento, nihil tamen est ex quo possit colligi tractare Paulum de testamento cuius tabulę fuerint incisæ. Nihil enim aliud ponit à testatore factum fuisse nisi quod dixerat velle se irritum esse testamentum suum, & intestatum se mori. Quę voluntatis nuda declaratio multo minùs potẽs est ad euertendũ testamẽtum, quàm si tabulæ incidãtur, vt docuimus in præcedentibus. Itaque si nihil aliud circa Paulum difficultatis emergeret, expediri vno verbo res posset, nihil eum locum pertinere ad rem & quæstionem nostram, quæ est de testamento inciso. Nam quantum interfit an testator testamenti sui tabulas inciderit vt intestatus moreretur, an verò duntaxat dixerit velle se intestatum decedere, priúsque testamentum irritum esse, vel ex eo apparet quod nec interpretes ipsi negant testamento inciso summo-

uendum esse heredem in ipso scriptū opposita exceptione doli mali, si ex eo vel hereditatem adire, vel bonorū possessionem secūdùm tabulas petere velit. Et tamē Paulus in ea specie quam tractat, licèt loquatur de doli exceptione, non vult eā opponi contra heredem in eo testamento institutum, quem è contrario vult non tātùm ipso iure, sed etiam in effectu heredem esse & manere: sed ait obiici eam posse, & debere ab herede aduersus legatarios petentes legata ex eo testamento: vt intelligamus, Testatorem qui nihil aliud fecit nisi quod dixit velle se intestatum mori, & irritum esse testamentū suum, legatariis quidem nocuisse, sed heredi suo non solùm non nocuisse verùm etiam profuisse, in eo nimirum quod à legatorum præstatione illū exonerauit. An quia minùs verum sit hunc heredem non habere pro se defuncti voluntatem, quàm si testamentum incisum esset, aut heredis nomen inductum? Minimè. Nec enim possit apertiùs testator voluntatem suam declarare contra heredem testamentarium, quàm si dicat velle se irritum esse testamentū, & malle intestatū mori: sed quia ad heredis scripti ius euertendum, siue ipso iure, siue per doli exceptionem non sufficit, quòd heres scriptus non habeat defuncti voluntatem, nisi etiam illud concurrat, vt vel testamentum ipso iure sublatū vel irritum factū sit, vt in specie. *§. vlt. l. pen. D. de bonor. poss. secūd. tabul.* de cuius sententia superiore capite scripsimus, id est cùm testator dedit se adrogandum, aut posteriores alias tabulas perfecit. Vel testator addiderit habere se institutum heredem pro indigno, vt in specie *l. cùm quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* quod tamen nisi expresserit aut verbis, vt in *l. hereditas. 4. C. eod. aut facto,* scilicet inducendo nomen heredis, vt in *l. 3. D. de his quæ in testam. delent.* numquam in dubio præsumendum est. Alioqui si nihil horum omnium factum sit, non potest sola testatoris voluntas facere quin testamentum sollenne quod & voluntatem testantis ab initio habuit cum necessariis sollennitatibus, & sollennitates illas retinuit, in suo remaneat statu quantum ad institutiones ex quibus solis testamentum æstimatur. Quia nimirum, neque ex sola testantis voluntate cōstitutum fuerat, sed ex ipsa etiam legis autoritate, quæ in adhibendis sollennitatibus consistit. Atque ob eam videlicet causam tractat Paulus disertè de eo testamento quod factum fuerit iure communi quamuis tempore militiæ, quia si testamentū fuisset militare, aliud certè respondisset, quandoquidem militum testamenta constant nuda voluntate, nec aliā legem, aut sollennitatem habent quam vt nullas curent leges, nullas sollennitates. Et sanè prius est vt hereditas, vel saltem bonorū possessio aliqua delata sit legitimo heredi quàm vt possit prętor eum audire petentem doli exceptionem contra heredem testamentariū: nec quod fortè res hereditarias possideat ei prodesse in hanc rem potest. Facit enim possessio duntaxat, vt in pari causa & non iure vtriusq; potior sit qui possidet hoc ipso quod possidet, nullâq; indigeat exceptione, cùm exceptio supponat actionē quam habere non potest is quem ponimus nullum ius habere. At cùm prius testamentum ipso iure tenet, non potest heres in eo scriptus esse sine iure & actione. Possessorem igitur omnem quisquis ille sit necesse est, aut tueri se aduersus eum exceptione aliqua, aut vinci. Exceptionem porrò nullā habere potest tanquam possessor, si alia eius dandæ causa nulla sit, id est si non aliunde ius habeat retinendæ eius rei, quam possidet ac cuius nomine conuenitur. Retentio datur possidenti plerunq; etiamsi nullum in ea re ius habeat, vt in *l. 1. D. de pign. l. 1. §. vlt. D. vbi possid. l. Paulus. 16. §. vlt. D. quib. mod. pig. vel hypoth.*

hypoth.soluit. Sed exceptio numquam nisi ei quem æquum sit ex alia quàm possessionis causa, & vincere si exceptionis auxilio adiuuetur, & adiuuari vt vincat. Cùm.n.exceptiones omnes dentur ex æquitate & cōtra eum qui sūmo iure vinceret si eius intentio per exceptionem nō eliderctur, quis æquū putet succurri ei qui nullum omnino ius habeat, etiamsi possideat, cùm ab eo conuenitur cui merum ius non desit ad vincendum? Indéq; petenda est ratio diuersitatis, si quis quærat. Cur apud Paulum non summoueatur exceptione doli heres scriptus petens ex eo testamento hereditatem, summoueat verò ille legatarios petentes legata, cùm omnibus commune illud sit, quòd non habent voluntatem? Nam heredi scripto fauet ratio illa vt possit agere contra quemcunq; quod testamentum ipso iure valet, & non obstante contraria testatoris voluntate in eodem statu mansit, vt proinde neq; possit dici malè agere, neq; cur summoueri debeat per exceptionem ab eo qui se nullo vel iure vel iuris colore tuetur. Eadem porrò ratio eidem fauet cōtra legatarios, vt si ab iis cōueniatur posit iis obiicere exceptionē doli, quia & veniūt illi aduersus voluntatem defuncti, & habet ipse ius hereditatis testamentariꝗ retinendæ, nō solùm tanquā possessor, sed etiā tanquā heres iusto testamento institutus. At è cōtrario nulla ratio fauere pōt legitimo heredi cùm adest testamentum validum, nō ruptum, non cancellatum, & ex quo is qui institutus fuit, heres esse summo iure & possit & velit, quia nullū ius est legitimi heredis subsistente testamēto. Rursus nec legatariis fauere quicquā pōt aduersus heredem scriptum, quia cùm petāt legata ex eodem testamento ex quo retinet ille hereditatem, hoc ipso fatentur testamentū valere, ac proinde etiā quod ad institutiones quę si nō valerēt, neq; testamentū valere posset, quod ex iis, vt diximus, ęstimatur. Et quāuis nō minùs verè possint cōtēdere testatoris voluntatem nō facere pro herede, quā heres iis obiicere ꝙ veniāt cōtra voluntatem, in eo tamen dispar illorū & heredis ratio est, quod nō possunt legatarij obtinere hereditatem per nō ius heredis, quia etiāsi haberēt illi ius cōsequendorū legatorum, nec hereditas ad heredem tāquā indignū pertinere posset, nō ideo tamen ad legatarios pertineret: Inter quos scil. & heredem ius adcrescendi esse nō pōt, cùm & ad res diuersas, & multū diuerso iure sint vocati. At pōt heres & debet per nō ius legatariorum siue summo iure siue ęquitate destituātur, obtinere legata si modò habeat ius retinendę hereditatis, quādoquidem legatū nihil aliud est, quā hereditatis delibatio qua testator ex eo quod alioquin vniuersum heredis foret, alicui collatum quid velit *l.legatū est delibatio.116.de legat.1.* Et in summa cōtinetur res legata in hereditate, at non hereditas è cōuerso in re legata. Sicq; accipiendum est meo iudicio, quod Paulus scribit in *d.§.veteranus. Cuius exceptionis vires ex persona petētis æstimā:ur.* Tūc.n.verum est exceptionis doli vires ex persona petentis ęstimādas esse, cùm is qui eā opponit, habet ius opponendi [quod nō aliter cōtingit, quàm si eā opponendo ius aliquod habeat rei vt supra diximus retinendę] & ꝓtereà dolo caret, cùm sit perabsurdum doli exceptionem dari ei, qui ipse sit in dolo, scil. circa eādem ipsā rem cuius nomine opponit doli exceptionem: Vt in specie *d.l.pen.§.vlt.de bō.poss.sec.tab.* vbi tractat Papin. de legitimo herede cui cùm nō haberet ꝓ se supremā defuncti voluntatem ad obtinendā hereditatem, aut bonorum possessionem ab intestato, tamen heredi scripto obiiciebat doli exceptionem, ꝙ peteret ille bonorū possessionem secundùm tabulas factas irritas per adrogationem aut per alias ta-

bulas posteriores. At apud Paulum in *d. §. veteranus*, nō possunt legatarij obiicere heredi scripto, quod sit in dolo circa eam ipsam rem quā illi ab herede petunt, i. circa res legatas cùm nō eas petat heres, sed retineat, nec retineat tā quā res legatas, sed tāquā hereditarias aut potiùs tanquam hereditatem ipsā in qua nullam ei cōtrouersiā facere legatarij possunt. Itaq; cùm legatarij eas res petunt ab herede, & heres obiicit eis doli exceptionem quasi venientib. cōtra voluntatem, nō possunt huius exceptiōis vires æstimari ex persona heredis eā opponentis, quippe qui nihil dolo malo facere videri pōt ī eo quod hereditatē sibi retinet, quàm legatarij non solū ab eo nō petunt nec possunt petere, sed è cōtrario potius fatētur ad eū pertinere hoc ipso quod legata ab eo petunt. A quo. n. possent legata petere nisi ab herede? Sufficit ergo heredi ad victoriā, & vt possit vtiliter iis opponere exceptionē doli, ꝙ nō habeant voluntatem defuncti licèt nec ipse habeat: quia non nisi ex eorū persona possunt huius exceptionis vires ęstimari hoc casu, in quo faciunt illi dolo malo cum agunt contra voluntatem defuncti, non etiam heres cùm excipit de dolo. Tametsi. n. ipse quoq; heres non habeat pro se voluntatem, nō est tñ bona consecutio vt eo magis prȩstare debeat legata, immo tanto minùs quanto certius est legata non deberi si nullus sit heres ex testamento. Et ita conciliādus est Paulus in *d. §. veteranus*, vbi ait huius doli exceptionis vires ex persona petentis ęstimandas esse, cùm Papin. in *d. l. pen. §. vlt.* vbi contrà scribit eādem exceptionē doli quāquā actori opponatur, in hoc tñ iudicio ex persona eius qui opponit æstimari. Rectè verò, *in hoc iudicio*, quia si generaliter & indistinctè loqui velimus, illud sequendum est quod Paulus ait exceptionem doli ex persona petentis æstimādam esse cùm per eam non de alio quæratur quàm vtrum in dolo sit is, qui agit. Sed in hoc iudicio, inquit Papinianus, i. in hoc casu de quo ille respōdit, aliud est quia nō in dolo est actor, qui licèt petat bonorū possessionē secundū tabulas ex testamēto facto irrito aut rupto per ipsius testatoris voluntatē, habet tamē pro se supremā illā voluntatē, quę recenti iudicio rediisse intelligitur: Sed in dolo est reus ipse, i. legitimus heres contra quē petitur ea bonorū possessio secundū tabulas, pro quo nō potest amplius facere voluntas quę rediit, ad heredē institutū. Et consequenter cū hæc doli exceptio non possit vires accipere ex persona actoris qui nullius doli cōscius reperitur, necesse est vt æstimari debeat & infirmari ex persona eius, qui opponit, qui est ipse in dolo. Aestimatur. n. ex persona petētis cùm vires aliquas habet, & vt aliquas habeat propter dolū qui sit in petente. Ex persona verò eius qui opponit, cū vires nullas habet, & vt nullas habeat, propter dolū ipsius opponētis. Quod autē sequitur apud Paulū in *d. §. veteranus, & alioquin potior est in re pari causa possessoris*, alia ratio est qua vult ille probare potiorē in ea specie esse debere causam heredis quàm legatariorum, licèt tā ille quàm isti destituātur voluntate defuncti. Sensus autē est, parē esse in cæteris omnib. causam & heredis & legatariorū, quia si summū ius inspiciatur oēs nitūtur testamēto iusto, sollenni, nec nisi frustra & perperam reuocato. Si verò æquitatē, quæ ex suprema volūtate testatoris æstimāda est, ea neq; pro herede neq; pro legatariis facit: Sed hoc plus est in herede, quod & reus & possessor est. In pari igitur causa, i. etiamsi æquè omnes in dolo essent, vt ob eam causam doli exceptio non minùs ex persona opponētis æstimari & infirmari, quàm ex persona petētis vires accipere deberet, adhuc tamen futurum vt heredē iure possessoris, & rei vincere, legatarios verò vinci oporteret: Quisquis. n. possidet hoc ipso, quod possidet plus iuris habet quā

qui non possidet, *l.2.D.vti poßid.* Quamquam nec dici potest parem esse hac parte causam heredis & legatariorũ. Nam præter ea quæ hucúsq; diximus, illud etiam pro herede facit, quod legata nuda voluntate adimũtur, non quidẽ vt ipso iure desinant deberi, debẽtur.n.quamdiu testamẽtũ valet [in eóq; fortiora sunt quàm fideicommissa quæ ipso iure deberi desinunt, quia nullũ iuris vinculũ habẽt sed tantũ volũtatis] at vt apposita doli exceptione summouendus sit legatarius, qui venit contra voluntatẽ, vt disertè scribit Vlp. *in l.3.§.vlt.D.de adim.legat.* At institutiones heredum non similiter nuda voluntate infirmari possunt, non solùm ipso iure ne alioqui minùs virium habeant, quàm legata quæ tamen ex ipsis vires accipiunt, sed neq; opposita doli exceptione. Quia est qui posit obiicere exceptionem doli legatariis. Heres nimirum ad quem hereditas summo iure ex eodem testamento pertinet, & cuius interest non minui eam per legata, vt habeat & retineat tanto locupletiorem. Nemo autem est qui eandem exceptionem obiicere possit heredi, quia subsistente testamento ipso iure, fieri nequit vt vel heres legitimus vel alius quisquam ius habeat retinendæ hereditatis. Quæ etiam ratio facit, vt si legatarij sint indigni, ꝙ non retinuerint voluntatem, non ideo tamen legata pertineant ad fiscum, sed remaneant penes heredem, cui legatariorum indignitas nocere nec potest nec debet. Si verò heres ipse indignus sit, hereditas ad fiscum deuoluatur: quia nemo est alius ad quem hereditas pertinere possit, stante testamento cuius validitas nihil commune habet cum heredis indignitate: At stante etiam legato, ac proinde stante testamento, heres tamen est qui rem legatã retinere & potest & debet, cùm legatarius est indignus, opposita scil. vt diximus doli exceptione *d.§.veteranus.* quia legati validitas non destruit immo supponit validitatem testamenti ex quo ius heredis æstimatur: Ius verò testamenti destruit & (vt meliùs dicam) impedit ius heredis legitimi, & alterius cuiuscunq;, præterquàm fisci, qui è contrario nihil iuris habere potest ex persona indigni, quin supponat valere testamentum. Atq; ita Paulum explicandum esse arbitror. Nec tamen possum hîc conquiescere, & mihi tẽperare, quin subiiciam grauiter errare Bartolum & quotquot eius sententiam sequuntur, qui ad *d.§.veteranus,* notat. Si in ea specie de qua Paulus respondit, quinq; testes adfuissent, aliud responsurũ fuisse Paulum, neq; dubitaturum quin ruptum fuisset testamentum fauore venientium ab intestato, Ex *l.2.D.de inius.rupt.l.hac cõsultißima.21.§.vlt. C.de testam.* Nam vt ostendimus in præcedentibus. Rumpitur quidem hodie ex illa Theodosij constitutione testamentum prius quantumuis sollenne per posterius etiam imperfectum, in quo instituti sunt venientes ab intestato. Sed necessaria est expressa institutio, nec sufficit tacita, vt constitutioni locus esse possit: quia & sic ferunt verba constitutionis, & ratio facit vt fauorabilius videri debeat testamẽtũ quod imperfectũ est, quàm quod nullomodo testamentũ est neq; perfectum, neq; imperfectũ. Atqui nullũ prorsus testamentũ, est ne quidem imperfectũ in quo expressa institutio nulla est, siquidẽ imperfectũ testamẽtũ appellamus quod cœptũ quidẽ sed non finitũ est. Cœpiũ autẽ videri nequit quod nullã habet expressã institutionẽ, cùm institutio sit caput & principium testamenti, etiã hodie, non quidẽ ordine scripturę vt olim [hoc enim à Iustiniano immutatum est *§.ante heredis.Insti.de legat.*] sed ordine iuris & intellectus. Porrò cùm testator nihil aliud dixit quod veteranus ille apud Paulum, velle se testamentum suum irritum esse, malléq; intestatum decede-

te, nullam planè expressit institutionem. Nullum ergo testamentum fecisse videri potest neque perfectum neque imperfectum. Ac proinde non pertinet hic casus ad Theodosij constitutionem, nec si quinque testes adfuerint. Immo nec si septem. Solus enim ille sollennis numerus testium licèt sit necessarius in quolibet sollenni testamento non tamen sufficit ad inducendum & constituendum sollenne testamentum: cuius scilicet sollennitas intrinseca constat ex sola institutione. Ex testium autem numero, subscriptionibus, & signaculis ea tantùm quæ est extrinseca.

ERROR NONVS.

De clausula codicillari adposita in secundo testamento inualido, quod sit confirmatum per aditionem venientium ab intestato.

PROPONIT hanc quæstionem Bartolus ad *l. si iure. 18. in fin. de legat. 3.* Si quis primum testamentum sollenne fecerit, deinde aliud inualidum & minùs sollenne in qua adscripserit clausulam codicillarem, postea verò adita sit eius hereditas per venientes ab intestato. An primum testamentum reuocatum sit per secundum. Et respondet reuocatum esse, quia secundum confirmatũ sit per aditionem eorum qui ab intestato succedunt, & consequenter non esse reuocatum, si neq; ab intestato adita sit hereditas per legitimos successores. Ego planè fateor me non intelligere quid sibi Bartolus velit, aut valde stulta est quęstio, & stultior ad propositã quęstionem respõsio. Nã vel ponit Bartolus in secũdo testamento institutos fuisse legitimos successores à quibus ponit ille postea fuisse aditam hereditatem ab intestato, vel extraneos qui nullũ ius habuerint succedẽdi ab intestato. Priore casu nõ potest dici, cur requiratur expressio clausulæ codicillaris in secundo testamento ad prius infirmãdum. Iam enim docuimus & diximus sæpius, in quo omnes consentiunt, per posterius testamentum quãuis imperfectum rumpi prius si in posteriore instituti sint ij qui venire possunt ab intestato *ex l. hac consultissima. 21. §. vlt. C. de testam. l. 2. D. de iniust. rupt.* Proinde nil necesse est adiici in posteriore clausulam codicillarem, quę nec eum effectum habere potest, vt rumpat prius testamentum, sed tantùm vt conseruet voluntatem eo quoq; casu quo ab intestato succedatur. Et quãuis Theodosius in *d. l. hac consultissima. §. vlt.* expressim constituat, vt cùm prius testamentum perfectum rumpitur per posterius imperfectum, non eo magis valeat posterius nisi iure voluntatis intestati. Nõ idcirco tamen rumpitur prius quòd succedatur ab intestato, sed è conuerso succeditur ab intestato quia ruptum est prius, quod solum quia erat validum poterat impedire, ne ab intestato succederetur. Vt verò prius quod perfectum est rumpatur per posterius imperfectum non aliunde fit quàm ex autoritate cõstitutionis Theodosianæ, quæ hanc potestatem dedit ipsi testamento imperfecto habenti quinq; testes, non autem clausulæ codicillari in eo adscriptæ, quæ cùm tacitam illam aut interdum quoq; & vt plurimùm expressam habeat condicionem si testamentũ in quo adscripta est, non valebit, tantùm abest vt possit rumpere testamentum prius, vt in contrarium præsupponat prius iam aliunde ruptum esse, quo scilicet subsistente non esset quærendum an posterius valeret, cùm fieri nequeat vt non sit inutile posterius testamentum, cùm prius adhuc valet, non magis quàm vt possit quis habere duo testamenta.

Priúsque

Priusq; est vt testamentum quod præcessit rumpatur, aut potiùs ruptum iam sit, quàm vt posit succedi ab intestato ex ea causa quod posterius sit inualidum. Nec enim bona est consecutio, vt quia posterius testamentum non valet succedi ab intestato posit, si aliud testamentū adsit quod subsistat. Neq; igitur poterit eo casu effectus vllus esse clausulæ codicillaris, quæ in necessarium antecedens supponit factum esse locum legitimæ successioni: nec contenta est ea condicione si testamentum in quo adscripta est, non valeat, nisi cùm ea inualiditas inducit successionem intestati, quod nunquam contingit præcedente valido testamento, quod ipsum aut per posterius, aut qua alia ratione ruptum proponatur. Si verò ponit Bartolus, quę secunda dilemmatis nostri pars est, institutos fuisse in posteriore testaméto extraneos heredes, i. eos qui ab intestato succedere non posint, certum est Theodosianæ constitutioni locum non esse, nec rumpi prius testamentum per posterius, quod vel imperfectum vel qua alia de causa nullo iure factum sit: Et consequenter non posse ab intestato succedi si persona in priore instituta heres esse & possit & velit: Neq; referre an clausula codicillaris in posteriore testamento adscripta sit, nécne, cùm vt proximè diximus, non alio casu effectum suum habere posit, quàm quo possit succedi ab intestato. Quod si nullius momenti est, tanquam cuius condicio defecerit propter testamenti prioris subsistentis validitatem, an non planè absurdum, & præposterum est, vt posit rumpere prius testamentum? Quomodo igitur faciet in hoc casu clausula codicillaris, quod vult Bartolus, vt posterius testamentum inualidum in quo scripti fuerunt extranei, confirmetur per aditionem venientium ab intestato? An non enim prius est, vt delata sit hereditas ab intestato, & in necessarium antecedens, vt prius testamentum, quod aliquando valuit, desierit valere, quàm vt adiri posit hereditas ab intestato? Sed & absurdum illud est dicere confirmari secundum testamentum per aditionem venientium ab intestato. Siquidem omnino necesse est, vt confirmatum sit à lege ex instanti mortis testatoris, adeóque vt cœperit valere ex quo die factum fuit, ad hoc vt mortuo testatore adiri ex eo hereditas posit quod cùm euenit non ab intestato succeditur, sed ex testamento. Non ergo fieri vnquam potest vt secundum testamentum inualidum confirmetur per aditionem venientium ab intestato. Solemus quidem dicere confirmari testamentum per aditionem, quia si non adiretur ex eo hereditas, destitueretur *leg. si nemo.9. D. de testam. tutel. l.1. D. de iniust. rupt.* Sed nemo non videt de ea aditione intelligi hoc debere quæ fiat ex illo ipso testamento, at non etiam de ea quæ fiat ab intestato. Quid enim magis implicat contradictionem, quàm vt confirmetur testamentum per aditionē quæ fiat ab intestato? Voluit, opinor, Bartolus dicere, per istam aditionem venientiū ab intestato confirmari clausulā codicillarem appositā in secundo quamuis inualido testamento. Sed longè sunt ista differentia. Confirmari secundum testamentum, & confirmari clausulam codicillarem in secundo testamento adscriptam. Confirmatio secundi testamenti sicut facit vt ex testamento succedatur, ita impedit ne ab intestato succedi posit, & consequenter ne posit ea confirmatio fieri per aditionem venientium ab intestato. At confirmatio clausulæ codicillaris è contrario, sicuti non potest fieri nisi per aditionem venientium ab intestato, cùm adhibeatur in casum intestati. Ita nec impedire quominùs ex testamento succedatur si quod aliud sit testamentum sollenne non ruptum, non irritum, non

destitutum. Nec proinde testamentum illud prius rumpere, vt ab intestato succedatur. Aliud namq; est, Facere posse, vt succedatur ab intestato, quod non solùm difficiliùs, sed etiam penitus impossibile est, cùm adest testamentum iure perfectum, nisi ante omnia eueniat vt rumpatur. Aliud verò facere posse vtrum quoq; cùm succeditur ab intestato nihilominus ea voluntas seruanda sit quæ testamento declarata fuit, quod vnum facere clausula codicillaris potest. Deniq; planè absurdum & inauditum est quod vult Bartolus sine lege ac sine ratione. Clausulam codicillarem quæ nihil aliud in effectu est quàm codicilli ab intestato facti vsq; adeò confirmare secundum testamentum heredibus legitimis adeuntibus, vt ex ea causa prius testamentum rumpatur, quod alioqui non rumperetur. Alterutrum enim fateri Bartolum necesse est. Codicillarem clausulam vel posse facere vt secundum testamentum ipso iure valeat quod alioqui nullum & inualidum esset, vel non posse. Si respondeat posse, quamquã hoc euidentissimè falsum est cùm non in id adhibeatur vt testamentũ corroboret [quod à iuris sollennitatibus non à testatoris voluntate sola vires suas accipere debet] sed vt corruẽte testamẽto eandẽ tamen voluntatẽ conseruet ab intestato. Eueniet igitur vt clausula ista seipsam destruat, quæ scil. eam habet vt diximus condicionẽ, si testamẽtum nõ valebit. Ea namq; cõdicio deficit statim atq; ponimus testamentum aut valere aut conualescere, siue per clausulã codicillarem siue quacunq; alia ratione id fiat. Si verò respondeat nõ posse, quod verissimum est. Ergo neq; poterit rumpere sollenne testamentum, quod nos ponimus præcessisse: quia cùm nõ aliter rumpi possit testamentum anterius per posterius quàm si posterius valeat, prius esset, vt codicillaris clausula conualidare deberet posterius testamentum quàm vt posset rũpere aliud quod antea factũ fuisset: Nẽpe cùm in posteriore alij sunt instituti, quàm qui venire possunt ab intestato, quem casum nos nunc tractamus: Sed hæc clariora sunt, quàm vt in iis comprobandis diutiùs laborandum sit. Nisi fortè apud eos qui nudam Bartoli nomen nõ solùm pro autoritate habent, sed, quod intolerabilius est, pro ea autoritate, quàm iuris rationi anteponere nõ erubescãt. Et sanè si codicillaris clausula eã vim haberet vt posset cõfirmare secundũ testamentũ saltem quantũ necesse esset ad prius infirmandum & reuocandum, frustra Bartolus requireret vt secundum testamentũ confirmaretur per aditionẽ venientiũ ab intestato. Malè etiã diceret, quod tamen superiori sententię omnino consequens esset. Nõ esse reuocatum primum testamentũ si legitimi heredes non adeant hereditatẽ ab intestato. Sicut.n. ius adeundi necessariò præcedit aditionem. Ita & reuocationem prioris testamenti factã in posteriore inualido, necesse est cõualidari, & vtilem fieri siue per clausulã codicillarem siue alio quocunq; modo, antequàm possit tractari de adeunda ab intestato hereditate: quia nullum tale potest esse ius adeundæ ab intestato hereditatis, quandiu reuocatũ nõ est prius testamentũ, quod ab initio validum fuerit & perfectũ. Nõ ergo fieri vnquã potest, vt prioris testamenti reuocatio pendeat ab aditione quæ postea fiat per venientes ab intestato etiãsi millies proponas adiectã fuisse clausulã codicillarem in posteriore testamento. Nec est quod pro Bartolo quis respõdeat, de illo casu Bartolũ & quærere & respõdere quo adiecta sit in posteriore testamento nõ tãtùm clausula codicillaris, sed etiã alia illa clausula reuocatoria prioris testamenti quam his verbis cõcipere notarij solent, *Cassãs & irritãs omnia testamẽta, &c.* Nam preter id quod in verbis & textu

textu Bartoli nihil tale est, iam dixerat idē Bartolus in præcedentibus, Clausulam istam reuocatoriam si in testamento inualido adhibeatur nullius esse momenti, tanquā quæ nō in aliorū fauorem adiecta videri debeat, quàm eorum, qui eo testamento instituti reperiuntur, & sub ea veluti tacita cōditione si testamentum iure valeat in quo clausula fuit adscripta, vt ait Pomp. in ***d.l. si iure.*** Et sanè cur nō videri debeat hæc clausula inutilis si apposita sit in testamento inutili cùm sit inutilis eo quoq; casu quo testamentum valet, vt scripsimus in ***Error.7. Decadis præcedēti ad fin.*** Neq; mutat quod in eodem testamento adiecta fuerit clausula etiā codicillaris, ad cōseruandam eiusdem testamenti voluntatem ab intestato. Et si.n. verum est quod diximus, clausulā codicillarem ideo adhiberi, vt effectum suum habeat in casum successionis intestati, non tamen consequens est vt adhibeatur fauore venientium ab intestato, at è contrariò in ipsorum odium, vt quamuis ab intestato successuri sint, ea tamen omnia cogantur pręstare quę testamento continentur, tanquā ab iis non minùs quàm à scriptis heredibus relicta. Absurdum igitur est dicere codicillaris clausulæ adiectionem posse facere, vt prius testamentum reuocetur quod alioqui non reuocaretur, quia sic faceret vt ab intestato succedi oporteret priore testamento rupto, posteriore verò non valente, atque ita legitimis heredibus prodesset, quibus nocere potiùs testator voluisset: quod certè nec iuris ratio patitur, nec voluntatis: Semperque verum est dicere testatorem cùm expressim priùs testamentum cassum & irritum esse voluit, non aliam ob causam id fecisse quàm, vt tanto magis prospiceret heredib. posteriore testamento institutis, non vt tanto magis aut tanto faciliùs & citiùs decederet intestatus. Nec quod subinde clausulam subiecit codicillarem, sic expressam, ***si posterius testamentū nō valeret,*** potest facere, vt ad inducendum effectum clausulæ, ac proinde ad successionem intestati aperiendam sufficiat testamentū posterius nō valere, nisi etiam illud concurrat, vt prius tale sit ex quo adiri hereditas amplius non possit, ac si clausula sic cōcepta esset, ***si neque hoc neque superius meū testamentū valebit,*** quia testator qui post clausulam reuocatoriam aut etiam nulla prioris testamenti facta expressa reuocatione sic loquitur, ***si hoc meū testamentū non valebit,*** refert se ad vnicum illud testamentum ideo quod credit prius iam ruptum esse. Alioqui stultus est & inhabilis propemodum ad testandum si nō supponit terminos habiles, aut si putat se intestatum posse decedere priore testamento subsistente. Aut deniq; si putat clausulā codicillarem posse quicquā operari alio casu quàm quo ab intestato succedatur: Vt proinde cū dixit, ***si hoc meū testamētū nō valebit,*** nō aliud sensisse videri possit quā quod apertiùs expressisset, si sic scripsisset, ***si decedā intestatus.*** Quib. tamen verbis quis diceret aut testamentum prius ruptum fuisse, aut intestatum decedere illum voluisse, ac legitimos heredes quos vtroque testamento exclusos, &, si inuito eo ab intestato succederent etiam oneratos esse voluit, heredibus priore testamento scriptis prætulisse? Quamquam etsi poneres & probares eam fuisse ipsius voluntatem, vt si contingeret posterius testamentum ex aliqua causa non valere, mallet ille habere legitimos heredes quàm priore testamento institutos, non tamen posset ea voluntas sufficere, ad euertendum prius testamentum quod & ipso iure valeret, nec per posterius ruptum esset. Hoc enim est quod disputauimus in præcedentibus. Testamentū nuda testantis voluntate infirmari non posse nec si adiecerit velle se decedere

intestatum *l. militis. 36. §. veteranus. D. de testam. milit.* nisi tabulas quoq; testamenti incidisse testator probetur. *l. pen. C. de testam.* aut aliquid ex sollennibus detraxisse. *l. 1. §. pen. & l. pen. §. vlt. D. de bonor. poss. secund. tab.* Itaque hoc casu hereditas ex priore testamento ad heredes in eo scriptos pertineret *d. § veteranus.* nec iis aufferretur tanquam indignis, si non aliunde constaret testatorem eos pro indignis & malè meritis habuisse, vt in *l. 4. C. de his quib. vt indign.* Quo etiam casu non ad legitimos heredes, quamuis ita testator voluisset, sed ad fiscum hereditas iure communi deuolueretur, vt & cætera omnia quæ tanquam indignis aufferuntur, quia sicuti nuda testatoris voluntas non potest lædere ius & vires sollennis testamenti, sic neque ius fisci peruertere quod supponit testamentum valere, cuius potestate totum ius hereditatis ab intestato deferendæ & acquirendæ excluditur.

ERROR DECIMVS.

De legatis ad pias causas aut in alimenta relictis, in testamento inutiliter reuocato.

PRobant quæ in præcedentibus diximus, multum referre, an testamentum quod sollenne ac iure perfectum fuit reuocatum, sit inutiliter sola cōtrariæ voluntatis declaratione, an verò per aliud posterius testamentum inualidum & imperfectum. Non quidem quod pertinet ad heredum institutiones, quę vtroq; casu perinde valent, & in eodem statu manent. *§. pen. Inst. quib. mod. test. infirm.* sed quantum ad legata & fideicommissa in priore illo testamento sollenni vtiliter relicta, & per posteriorem voluntatem reuocata: nam si reuocatio facta sit per posterius testamentum inualidum, erit hoc commune & legatis & fideicōmissis omnib. in priore valido relictis, vt non debeant videri reuocata: quia tametsi in eo differant ab heredum institutionibus, quod nuda voluntate infirmātur, fideicōmissa quidem omnimodo, legata verò opposita doli mali exceptione. *l. 3. §. vlt. D. de adim. legat.* qui tamen reuocat prius testamentū per posterius ea videtur esse voluntate, vt non aliter eam reuocationem valere velit quàm si posterius testamentum valeat, quomodo Pompon. ratiocinatur in *l. si iure. 18. de leg. 3.* Et consequenter si qua ex causa testamētum posterius inualidum sit nihil penitus reuocatū intelligitur, ne quidem ex iis quę nuda voluntate reuocari potuerunt, quia neq; voluntas reuocādi vlla fuisse intelligitur: nec si proponas in posteriore testamento expressam fuisse & reuocatoriam clausulā & codicillarem, quoniam reuocatoria non magis valere potest, quàm cætera omnia testamento imperata. Codicillaris verò licet tanto magis valeat, quanto minùs valet testamentum in quo adhibetur, quia nō alium casum habet quā quo succedatur ab intestato: nunquam tamen adhibetur in fauorem venientium ab intestato qui succedendi ius habent à lege non à potestate clausulæ codicillaris, sed in eorum perniciem vt legatorum & fideicōmissorum pręstatione onerentur, vt superiore capite disputauimus contra Bart. Quòd si reuocatio facta sit extra testamentū, & simplici voluntatis declaratione per testatorem scripta vel dictata, quod nolit valere suum testamētum, malitq; decedere intestatus, distinguenda sunt hoc casu legata à fideicōmissis. Fideicommissa. n. hoc ipso deberi desinunt, non quidem ipso iure, quia cùm sint iuri

ciuili

ciuili incognita, neq; vllum iuris vinculum habeāt, nec ipso iure deberi possunt, nec proinde ipso iure desinere deberi, sed ita tamen vt nulla sit opus exceptione ad fideicommissarios submouendos: quoniam nuda voluntate, & constituuntur, & infirmantur *d.l.si iure*. Legata verò sicuti habent iuris vinculum, & non tantùm voluntate qualibet constituuntur, sed ea demum quæ sit sollennis, & in sollenni testamento declarata. Ita fieri non potest, vt non ipso iure debeantur quandiu testamentum valet in quo relicta sunt, quamuis expressa voluntate fuerint reuocata, si non ipsum quoq; testamentum fuerit ritè ac solleniter reuocatum. Proinde necessaria est heredi exceptio doli mali, qua se tueatur aduersus legatarios venientes cōtra voluntatē. *d.l.3.§.vlt.D. de adim.leg.* Nec minùs si voluntas illa sit tacita quàm si sit expressa, quia ad inducendam doli mali exceptionem quæ ex æquitate sola proficiscitur, nulla verborum sollennitas requiritur, sed sufficit vt quoquomodo constet de voluntate *l.militis.36.§ veteranus.D.de test.milit.iunct.d.§.vlt.* Sed hęc in cæteris quidem legatis, & fideicommissis haud dubiè obtinent. At si qua relicta sint in piam causam, dubitatur an reuocata vtiliter videri debeant si testamētum, in quo relicta sunt, inutiliter fuerit reuocatum. Et vulgo creditum est legata pia, sicut multis gaudent priuilegiis, ita etiam in hoc fauorabiliora censeri, quod reuocato inutiliter testamento non idcirco reuocata intelliguntur. Sic enim ex communi nostrorum sententia tractat Guid.Pap. *quæst.200. ad fin.* Ex *l.in testamento.38.D.de fideic. libert.* qui tamen locus quàm parum ad rem faciat ex iis constare potest, quæ de illius sententia & emendatione scripsimus in *Errorem.7.Decadis 35.* Mouetur etiam ex *l.3.in fi.D.de his quæ in test.delent.* vbi refert Paulus, Cùm testator induxisset nomen serui quem liberum esse iusserat, fuisse rescriptū ab Antonino nihilominùs liberum eum fore, *quod videlicet,* inquit, *fauore constituit libertatis.* Nempe quia cęteri quorum nomina inducta sunt, nihil ex eo testamento petere possunt, vt eadē lex ait. Fauor igitur, inquiunt nostri, & priuilegium libertatis est, vt quamuis inductum sit nomen illius quem testator liberum esse iusserat, non eo minùs tamen libertas debeatur. Quod autem libertatis priuilegium est illud ipsum protrahunt ad quālibet causam piam, quia libertas inter cæteras pias causas passim adnumeratur. Verùm neque is locus ad rem nostram facit. Tractat enim Paulus eo loco de seruo, qui non tantùm libertatem acceperat à testatore, sed etiam vt fieri plerunq; solebat hereditatem cū libertate. Plures siquidem heredes in ea specie scripti proponebantur, omniúmq; eorum nomina inducta. Ob eámq; causam cùm dubitari non posset quin hereditas ei adêpta esset, videbatur quoque adempta libertas quæ non nisi cum hereditate data fuisset. Non enim sicut hereditatis ita libertatis ademptio per iuris regulam prohibetur. *l.si ita scriptū.13.§.regula.D.de liber.& post.& tot.tit.de adempt. libert.* ac proinde multo facilius est, vt libertas quàm vt hereditas adimatur. Quanto magis igitur adempta hereditate libertas quoque adempta intelligi deberet? Nam quod habet regula iuris. Hereditatem adimi non posse, sic intelligi debet non vt nullomodo, sed vt non facilè adimatur: quomodo loquitur Vlp.in *l.1.§pen.eod.tit.* Adimitur enim non quidem nuda testatoris voluntate. *d.§.regula aut exheredatione.l.si certarum.17.§.si eodē.D.de test.milit.* sed per inductionem nominis heredis, cùm is cuius nomen inductum fuit, neq; adire hereditatem iure ciuili, neq; bonorum possessionem iure prætorio petere possit. *l.si ita scriptū.8.§.is autem.D.de bon.poss.sec.tab.* Sed tamen

rescripsit imperator apud Paulum, serui qui & liber & heres esse iustus fuerat si eius nomen inductum fuerit tanquam heredis, nihilominus liberum fore, quia nihil vetat liberum eum esse etiamsi non sit heres: Eaque libertas conseruanda fuisset proculdubio, si separatim & sine hereditate data fuisset, quomodo cætera etiam legata siue manumissis seruis siue extraneis data cōseruarentur, quandoquidem non legatariorum, sed duntaxat heredum nomina inducta proponebantur. Id siquidem est quod ait lex in præcedentibus. *Manumisit quosdam & legata dedit.* Nec dubitat Paulus quin & eiusmodi manumissiones & legata valeant, cùm subijciat rescriptum fuisse ab Imperatore ex benigna interpretatione, credendum esse testatorem ea duntaxat irrita facere voluisse quæ induxit, sola enim heredum nomina inducta fuerant, non legatariorum aut manumissorum præterquàm istius, qui cum hereditate acceperat libertatem, quique cùm semel tantùm nominatus fuisset accepta simul & libertate & hereditate, vnica nominis inductione etiā vtrúque amisisse videri debebat, id est, & libertatem & hereditatem, si non fauor libertatis contrariam sententiam extorsisset. Atque ita locus ille intelligi debet, ne Paulus secum pugnet si intelligatur de seruo, qui libertatem acceperit sine hereditate. Cōtineretur enim hic in numero eorū, de quibus in *dict. vers. Manumisit quosdam & legata dedit*, quorum tamen nomina inducta fuisse non proponebantur, Et fatendū esset mutari speciem si seruus hic, cuius nomen inductum dicitur, heres institutus non fuisset. Cùm è contrario appareat ex ipso cōtextu verborum nouā hanc fuisse difficultatem, quæ ex eadē facti specie proposita iámque ab Imperatore decisa emerserat. Decreto nāq; Imperatoris causa decisa fuerat, hæc verò difficultas separatim fuit decidenda rescripto. Nihil ergo aliud probat is Pauli locus, nisi quod nos libenter admittimus, si serui quem testator liberum & heredem esse iusserat nomen inductum sit tanquam heredis, libertatem nihilominus valere, fauore nimirum libertatis quemadmodum valeret si separatim relicta esset: quia nomina duntaxat heredum inducta proponebantur, non totum testamētum. At nos tractamus de legatis & fideicommissis relictis in testamento quod totum fuerit reuocatum, ac proinde quæ ipsa fuerint omnia reuocata: de quibus nusquam scriptum reperias quod interpretes volunt, ob id magis posse illa valere quod relicta fuerint in piam causam. Et sanè ratio nulla est cur fauorabiliora videri debeant huiusmodi legata & fideicommissa quàm cætera, cùm destituuntur non iuris sollennitate sed testatoris voluntate, qua nihil potentius aut antiquius in testamentis esse potest. An igitur priuilegiū nullum habebit pia causa? Immo habebit in dubio, siue obscura sit ratio iuris siue voluntatis, vt aliqua sit opus interpretatione. Sed cùm aperta est voluntas testatoris legata omnia quamuis in testamento inutili reuocantis, nihil causæ est cur aduersus voluntatem quicquam defendamus ex ijs quæ nuda voluntate adimi potuerunt: Nisi fortè eo vsque legatis & fideicommissis pijs fauere volumus, vt dicamus eorum ademptionem fieri non posse nuda voluntate, quod tamen nemo adhuc dixit. Non dissimilis nec probabilior nostrorum error est quod putant post *Bart. ad l. 1. C. de sacros. eccles.* legata & fideicommissa pia in hoc quoque plus iuris habere quàm cætera quod etiam non adita hereditate debentur, cùm cætera intercidant, *Sed de hoc aliàs. Nūc sufficiat indicasse.*

ANTONII

ANTONII FABRI IC

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XL.

ERROR PRIMVS.

De Sententia & emendatione l. si donatione. 13. C. de collat.

IN tractatu de collationibus difficilis quæstio illa esse creditur, An quod pater filio in sua potestate cõstituto inter viuos donauit, collationis oneri subijciatur. Vidẽtur enim hac de re pugnantia rescripta Imperatorum non diuersorum sed quod magis mirandum est, eorũdem. Nam in *l. filiæ. 18. C. famil. ercisc.* cùm filiæfamilias nomine pater quasdam res comparasset, eóque defuncto de collationis iure inter sorores quæreretur, aditi Imperatores Diocletianus & Maximianus rescripserunt si non postea cõtrarium patris iudicium probetur, eas res filiæ præcipuas adiudicari debere per arbitrum familiæ erciscundæ, idque sæpe ita rescriptum esse. *At in l. si donatione. 13. C. de collat.* ijdem Imperatores rescripserunt si filiæfamilias constitutæ donatus sit à patre fundus, eáq; cum sorore postea communi patri successerit, iuris rationem non pati, vt præcipuum illum habere possit. Vulgaris interpretum vulgarium conciliatio est, intelligendam legem Filiæ de vera donatione quæ per traditionem facta fuerit, & postea morte patris cõfirmata, legem verò si donatione de ea re, quæ nõ tam simpliciter donata sit quàm in peculium cõcessa. Sed neque interpretes ipsi possunt dissimulare ineptam esse hanc conciliationem, planéque alienam à verbis dictæ legis si donatione quę manifestè loquitur de donatione, & quidẽ vera & in quã non possit cadere interpretatio illa de fundo in peculiũ cõcesso. Distinguit. n. an fundus ex donatione fuerit acquisitus filięfamilias post mortẽ patris an viuo patre: Nemo autẽ dixerit donationẽ factã post mortẽ patris pro datione in peculiũ accipiẽdã esse, cùm filiafamilias sicut per mortẽ patris fit sui iuris, ita peculiũ & habere desinat & habere posse. Confunduntur siquidem peculia morte patris, & ad cõmunionem in hereditatem diuidendam reuocantur. *l. certum est. 13. C. famil. ercisc.* Et hoc etiam Decius ante nos contra Bartolum, Alexandrum & alios bene disputauit. Sed non multo subtiliùs ille aut felicius posteriorem partem *d. l. si donatione.* accipiendam putat de donatione,

non quę simplex fuerit sed quę facta ob causam putà dotis vel ante nuptias donationis. Quam donationis speciem iam olim conferri debuisse ac multo magis hodie conferendam esse indubitati iuris est, olim quidem si ab intestato succederetur non si ex testamento *l.1.& 2.l. filia dotem 4.l.vt liberis 17. l.penult.C.eod tit.de collat.hodiè verò etiamsi ex testaměto.Nouell.18.de triens. & semiss.cap.6.§.illud quoq. vnde sumpta est auth.ex testamento eod.tit.de coll.* Quid enim est in specie *d. l.si donatione.* ex quo possit cŏijci fundum quo de agitur ex causa dotis vel donationis ante nuptias potiùs quam simpliciter donatum fuisse? Hoc vnum,inquit Decius, quod eo demum casu valet donatio facta filiæ à patre quę alioqui non valeret *ex l. Pomponius Philadelphus 35. D.famil.ercisc.* Item quod quicquid à patre datur filię, videtur in dubio datū ex causa dotis ex *l.quia autem.23. vbi Bart. D. de iur. dot.* Sed vtraque ratio falsa est: Prior quidem quoniam non magis ex causa dotis quàm ex alia qualibet potest consistere donatio inter patrem & filiamfamilias, si ipsi filięfamilias traditio facta proponatur vt apertissimè probat responsum Papiniani *d.l.Pomponius*,secūdùm eam interpretationē quam nos attulimus *lib.Coniect.* Pater enim etsi pro filia dotem dare cogitur, vel pro filio ante nuptias donationem ipsi tamen filiæ filióue donare & tradere aut promittere nec debet nec potest etiamsi velit, hoc scilicet prohibente iure potestatis, quod inter patrem & liberos in potestate constitutos nullam obligationem ciuilem cōtrahi patitur,nec magis re quàm verbis aut consensu *l.imperato.50. D.ad l.C. Trebell.l.donationes.31.§.pater filiæ.D.de donat.l.siue emancipatis.17.C.eod.l. 2.C.de inoffic.donat.l.ne cum filiofamilias.16.D.de furt.* Non quod filiusfamilias non sit acquisitionis capax nolente patre sibi acquiri,vt probauimus *eod. libr.*aut quòd nō velit pater acquiri filio cui donat,sed quia ratio alia est eorū quę à patre,alia eorum quæ aliunde obueniunt, cùm dominium quod semel fuit patris non possit ab eo discedere vt filio acquiratur, quin separetur persona patris à persona filij tanquam terminus à quo à termino ad quem,quam separationem impedit ius potestatis:eò que sane multo facilius patri vt non acquirat sibi per filium inuitus eam rem quę filio obtingit aliunde, quàm vt à se abdicet dominium rei iam suę vt in filium illud transferat. Eóque respicere videtur imperator Leo in *d.l.vt liberis.*17.in illis verbis, *tamdos,quàm ante nuptias donatio conferatur quā pater vel mater auus vel auia proauus vel proauia paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia &c.* & paullo pòst, *nulla discretione intercedente vtrum in ipsas sponsas pro liberis suis memoranti parentes donationem contulerint an in ipsos sponsos earum.*Posterior verò Decij ratio falsa ex eo est quod nec dotem habere filia potest etiamsi velit ipsa & pater consentiat,nisi sit nupta,quia sine matrimonio dos esse nō potest,quamuis sine dote possit esse matrimonium *l.3.D.de iur.dot.*Econtrario verò nihil vetat filię siue nuptę siue nubenti dari à patre res aliquas etiam quæ sint extra causam dotis *l.cùm pater.77.§.pater filiæ.de legat.2.l.penult. D. de collat.dot.* Atqui in specie *d.l.si donatione.*non magis ponitur nuptam fuisse filiam quàm ex causa dotis factā ei donationē. Vtrumq; igitur cōmentitiū est, Et quod adducitur ex *d.l.quia autē.*ad rem nō pertinet, quoniā loquitur ea lex de stipulatione inter eos interposita qui nuptias inuicē cōtracturi sint &contemplatione futurarū nuptiarū vt constat ex *l.stipulationem.21.cum seq. eod.*non etiam de stipulatione quę inter patrem & filiam intercedat. Alij verò vt leges istas concilient, distinguunt res à patre donatas filiæ ab ijs rebus

rebus,quas pater filiæ nomine comparauerit quasi facilius sit vt has quàm vt illas sibi præcipuas filia retineat,quod est omnino ineptum. Nā vt cōtra istos disputat nō malè Iacob. Cuiacius *lib.3. obser. cap.30.* prorsus paria hæc sunt, Alicui donare,Et Alicuius nomine donandi animo comparare *l.cùm hic statu 32.§.1.D.de donat.int.vir.& vxor.* Neque tamen habet ille quod multo melius respondeat. In eo namque tandem subsistit, vt lex filiæ intelligenda sit de causa testati,in qua certum est vt iam diximus collationi olim locū nō fuisse *l.1. C. eod.tit.de collat. l. Theopompus. 14 D.de dot.prælegat.* propterea quòd succedens ex testamento nitatur expresso iudicio testantis, quem credibile est iniūcturum fuisse collationis onus nisi ea quæ alioquin ab intestato conferenda fuissent pręcipua retineri voluisset. Quę tamen interpretatio nullatenus verbis legis adiuuatur. Nihil enim est in tota ea lege quod nō ad causam intestati perinde atq; ad causam testati accōmodari possit,cùm vtroque casu locus sit iudicio familię ercisćundę inter coheredes siue testamētarij siue legitimi proponantur. Et quod huius interpretationis coniectura capitur ex eo quod lex requirit vt nullum sequatur iudicium,contrarium testatoris valde leue est.Nam tum quoque cùm testamentum nullum factum est tanto magis tantoq;certiùs verùm est contrarium iudicium nullum secutum esse,Deinde quid si pater ab intestato codicillos fecisset: nonne in ijs donationem vel confirmare vel infirmare potuisset? An verò ob id magis verum erit factum esse testamentum, aut minus verum decessisse patrem intestatū? Quin potiùs verba illa *Si non postea contrarium eius iudicium probetur*, eū casum tractari præseferunt in quo aliud nullum secutum sit iudicium patris ne quidem in codicillis.Facto enim testamēto aut codicillis in quibus nihil de conferenda donatione dictum fuisset,non solùm contraria nulla esset voluntas, sed è contrario potius videretur confirmata donatio ex postfacto & hoc ipso quod testando pater eas res filiæ non ademisset nec conferri iussisset *ar. d.l.donationes §.paterfilia D.de donat.& d.l.cùm pater.§. pater filia de legat.*

2. Itaque non sine causa cogitur fateri vir doctissimus rem esse paullo abstrusiorem,vt facilè quiuis intelligat non satis eum sibi satisfecisse. Plerisque sanè nō satisfecit quibus visum est probabilius deesse negationem in *d.l.si donatiōne* legendumque in secunda eius parte.*Nam si is filia familias non cōstituta sibi à patre donatus est*.Quam in sentētiam ex eo quoque se moueri profitentur quod non putant simplicem donationem conferendam esse ne quidem ab intestato nisi ad tollendam inter filios inæqualitatem ex *l. illud* 20.*in fin. C. de collat.* Sed emendatio hęc omnino improbabilis videtur, ne dicam insulsa,nec alieniore loco potuit reponi negatio. Quis.n.ita loqueretur *filiafamilias non constituta*, pro eo quod & apertiùs & cōmodius vno verbo dici potuisset, *emancipata*? Illa etiam ratio falsa est qua mouentur si generaliter accipiatur,quòd donatio simplex nō cōferatur, quæ in filiūfamilias sit collata.Quod.n.scriptū est in *d.l.illud.in fin.*de simplici donatione nō cōferenda, nō pertinet ad donationem filiofamilias factam vt sequenti capite dicemus. Neque tamen nego quod isti volunt emendandā esse legem quæ nisi emendetur bonū sensum habere nullum possit,sed probabiliorem quæro emēdationē,qualis illa meo iudicio futura est si in ijs verbis *à patre*,legamus *à matre*,aut eā edictionē tāquā mali interpretis notā deleamus.In ea namq; specie tractatum fuisse de fundo qui ab alio donatus fuerit, quàm à patre, ostendit manifestissimè distinctio illa quā ab imperatoribus fieri,huius capitis initio

à nobis demõstratum est. Etsi enim duæ sunt totius legis partes, tamẽ ita duæ sunt vt ad eandem facti speciem pertineant, & ad propositã de eodem fundo quęstionem, nec de diuersis fundis intelligi possint. Nam quę Imperatoribus supplicauerat Antistia hoc tãtùm exposuerat, donatum sibi fuisse fundũ siue à matre siue ab alio quolibet [nihil enim referebat dum ne ab ipso patre] & quęrebat an cum sorore communi patri succedens eum pręcipuum habere deberet. Imperatores verò rescribunt debuisse illam precibus suis exprimere manifestiùs an is fũdus ei donatus esset post mortẽ patris, an verò viuo adhuc patre ipsaq. constituta in patris potestate. Primo .n. casu non esse dubitandũ quin nullã fundi portionem vindicare soror posset: quæ scilicet neq. vnquã in eo fũdo ius aliquod habuisset, neq. ei successisset qui habere vllũ potuisset. Successerat si quidem patri cuius potestas finita erat morte, ita vt nihil ipsi, ipsiúsue hereditati acquiri potuisset ex donatione facta filię iam sui iuris cõstitutæ. Altero autem casu fundum illum filiæfamilias donatum per ipsius personam acquisitum fuisse patri, & consequenter defuncto patre factum hereditarium, effectum etiam cum reliqua hereditate inter sorores, inter quas hereditas ipsa tota communis esset siue testato siue intestato patri successissent. Non enim penes Antistiam solam quasi præcipuum manere debere ob id tantùm quod ei primùm donatus fuisset, ac per eius solius personam patri acquisitus, non magis quàm si eundem fundum alia qualibet ratione pater sibi quæsiuisset, quãdoquidem quod per filium aut filiãfamilias patri acquiritur tam citò acquiritur vt ne momento vel vno tẽporis in persona filij vel filiæ acquisitio constitisse intelligatur *l. placet. 79. D. de acquir. hered.* Et hic germanus certè totius rescripti sensus est, ex quo apparet Imperatores neque de fundo ab ipso patre donato cõsultos fuisse, neque de collationis iure aliquid rescribere voluisse, in quo vtroq. interpretes omnes passim errant. Quis enim nõ videt illam distinctionem, An is fundus de quo agebatur donatus esset filiæ post mortem patris an viuo patre in eã speciem non cadere in qua donatus fuisset à patre? Nisi fortè patrem post suam quoq. mortem de facienda tùm primũ donatione cogitasse, adeóque donationem fecisse arbitramur. Rursum quis color suberat tractandi de collatione eius rei quæ non esset Antistiæ, sed quę patris fuisset antequã moreretur? Collatio .n. ad ea pertinet quę sunt in dominio illius qui conferre cogitur, non ad ea quæ sunt aliena, cùm ob id tantùm introducta sit vt sua in medium conferant qui appetunt aliena *l. 1. & pass. D. de collat. bonor.* Quare nec postulabat Antistia vt ab onere collationis eximeretur, sed vt officio arbitri familiæ erciscundæ fundum illum integrũ ac præcipuũ haberet, qui donatus ei aliquãdo fuisset, quamuis viuo adhuc patre, vt legis verba ostendunt, in quibus de collatione verbum nullum, vt non dubitem quin aptiùs potuerit & debuerit ea lex collocari sub *tit. Famil. ercisc.* quàm sub illo *de collat.* licèt tanta inter eos titulos adfinitas sit vt si alius Triboniani error nullus esset facilè hic excusari posset. Ille verò longè grauior interpretum nostrorum error est, quod non solùm hanc legem quæ sub titulo *de collationibus* posita est de iure collationis intelligunt argumentãdo (vt loqui solẽt) à rubro ad nigrum, sed etiã rescriptum aliud Imperatorum, quod extat in *d. l. filia. 18. C. famil. ercisc.* quasi non alia illius loci sententia sit, quàm vt res à patre donata filiæfamilias, non sit conferenda, sed retinenda præcipua siue generaliter id velis intelligere cũ interpretibus de quacumque simplici donatione per patrem facta, siue cum

Cuia-

verum est vt est, collationem fieri nũquam posse nisi carũ rerũ quę sint propriæ conferentis [alioquin obsecro, quid conferre videretur is qui rem non suam cõferret?] prius est vt de illo quæramus, An res à patre cõparatę nomine filiæ animo donandi factæ sint filiæ, quàm vt laboremus in eo quoque inuestigando an conferri à filia debeant, necne. Atqui certum est numquam fuisse filiæ neque viuo neque mortuo patre, quia donatio nõ valuit. Ex ea verò donatione quæ non valuit dominium translatum fuisse nemo dixerit *d. l. siue emancipatis. 17. C. de donat.* Nullus ergo quæstioni locus relinquitur an, à filia conferri debeant, necne & vt Bart. loquitur ad *l. pater filium. 6. de colla. dot.* cùm agitur de bonis quæ fuerunt patris morientis tractandum est de ijs diuidendis non de ipsis communicãdis vel non communicãdis. De quo igitur consulebantur *Impp. in d. l. filia?* De hoc ipso de quo & in *d. l. si donatione.* An filia cui donatum fuerat posset retinere præcipuam donationem officio arbitri familiæ ercifcundæ in diuidenda inter sorores paterna hereditate. Eadem enim vtroque in loco proponitur quæstio, sed non eadem species, quia in *l. si donatione.* vt iam diximus fuerat donatus fundus à matre aut saltem ab alio quàm à patre. At in *d. l. filia.* fuerat donatus à patre. Itaque mirum non est aliter hîc, aliter illic responderi. Hîc pro filia, illic contra filiam: Vtrum quòd vno casu magis quàm alio fundus acquisitus esset filiæ ex donatione? Minimè. Neutro enim casu filiæ fuerat acquisitus, sed diuersa ratione. In specie *d. l. si donatione.* quia tametsi donatio valuisset tamen eius emolumẽtum non filiæ, cui donatum fuerat, quæsitum erat sed patri *d. l. placet. l. 1. D. si quis à parent. manum. sit.* in specie verò *d. l. filia.* quia donatio numquam valuerat. Sed diuersitatis ratio petenda ex eo est, quod in re donata filię ab alio quàm à patre, nihil est ex parte patris vnde possit conijci voluntatem ipsius eam fuisse vt filia rem hanc præcipuam haberet: cessante autem coniectura voluntatis paternę, nihil aliud dici potest nisi inter quos res omnes cęterę hereditarię communes sunt, hanc quoque tanquam hereditariam communem esse oportere. At in re quam pater ipse filię donauerit voluntas patris aperta est id agentis quantùm potest vt ea res filię acquiratur, quod etsi facere non potest propter patriam potestatem, impedimentum tamen illud iuris est non defectus voluntatis *d. l. siue emancipatis.* Quod porrò iuris impedimentum sicut non nisi ex patria potestate nascitur, ita cum patria potestate finitur morte patris, nec in id vsque tempus porrigitur in quod voluntas ipsa patris extendi potest. Vltimas enim hominum voluntates non simul cum vita finiri placuit, sed cineribus nostris superstites viuere, Vltima verò cuiusque voluntas illa est quam semel declarauit, nec vnquam postea reuocauit, Qua ratione confirmari morte dicuntur, id est vltimarum voluntatum iure censeri plęręque voluntates quę alioqui numquam inter viuos valuerunt vt de donationibus inter virum & vxorem ex Seueri oratione proditum in *d. lege. cum hic status. 32. & passim. de donation. inter. virum & vxorem.* Igitur mortuo patre, qui donationem in filiamfamilias contulerat, nec eam vllo voluntatis contrarię iudicio reuocauerat, cùm officium arbitri familię ercifcundę tale esse debeat vt patris voluntatem quantum fieri potest sequatur & tueatur, *lege si qua. 7. lege filij. 26. C. famil. ercifcunda.* quid aliud facere potest nisi vt iubeat filiam habere sibi pręcipuas res istas ei à pa-
Cuiacio diuinarę factum in ea specie fuisse à patre testamentum. Nam si

tre donatas. Idque vt dixi nimirum videri, nullomodo debet. At illud certè magis mirum est, nec eo tamen minùs verum, quod aliquãdo melior est cõditio filiæ cui pater donauit, cùm donatio nunquam valuit, quàm si semper & iam inde ab initio valuisset. Finge patrem qui duos habebat liberos ambos in potestate, contulisse in alterum ipsorum tam immensam donationem inter viuos, vt totum patrimonium suum profusa illa liberalitate exhauserit, ita vt nihil supersit ex quo fratri debita portio præstari possit. Non erit locus querelæ donationis inofficiosæ ad rescindendam donationem, quia rescindi per eam querelã non põt donatio quę non valet: nec proinde aliud auxilium superest fratri misero nihil habenti ex bonis paternis, nisi vt imploret officiũ arbitri familiæ erciscundæ, quod vtique in diuidenda istius patris hereditate tale esse debebit, vt donationem illã immodicam eatenus duntaxat tueatur, quatenus nullum fratri pręiudicium in legitima fiat, quia nec supra eum modum seruari voluntatem donationis æquum est. Cùm tamen si donatio valeret, putà ꝙ in filium emancipatum collata esset, sicuti per querelã inofficiosę donationis rescindi eã oporteret, ita non ad debitum vsq; bonorum subsidiũ duntaxat rescinderetur, sed ad eã vsq; portionem quam ab intestato habiturus esset actor, si donatio nulla facta esset. *l. Titia Seio. 87. §. Imperator. de leg. 2.* Hæc.n. sententia est à nemine fortassis ante nos bene percepta, *legis 2. C. de inoff. donat.* quam nos cum cæteris omnibus ad tit. illum pertinentibus explicauimus *lib. 3. cap.* 17. Illud ergo vnum est, quod sibi volũt Imper. in *d. l. filia.* adiuuandam esse filiam cui pater res aliquas inter viuos donauerat, vt officio arbitri familiæ erciscundæ easdem præcipuas retinere posit: non data ei liberatione ab onere collationis vt vulgo creditur, sed tanquam aucto ipsius iure per mortem patris, factáq; ea nunc capace acquirendi sibi ex donatione patris, id quod eo viuo acquirere filiafamilias manens numquam potuisset. Nõ enim bona est consecutio si quis dicat, Ea quæ cõferuntur non manere præcipua. Ergo nihil interesse an dicamus aliquid præcipuum manere, an verò non conferri. Fateor non manere præcipua quæ cõferuntur, quoniam ista in commune, & vt loquitur *d. l. 1. D. de collat.* in medium proferuntur. Sed nego posse ex eo fieri vt dicere debeamus, non conferri omnia quæcunq; manent præcipua, aut è contrario, Conferri omnia quæcunq; præcipua non manent. Potest siquidem fieri, vt maneant præcipua, non quia minimè conferantur quasi iam quæsita, sed quia nunc primùm acquirantur ex adiudicatione quę fit officio arbitri post mortem testatoris, quo casu nunquam collationi locus esse potest, ne quidem contra emancipatum, qui tamen in omnibus quæ ad ius collationis spectant deterioris conditionis est quàm suus. *l. ea demum. 6. d. l. vt liberis. in fin. C. de collat.* Contrà quoque fieri facile potest, vt multa præcipua non maneant, quæ tamen non conferantur, vt euenit in specie *d. l. si donatione*, id est cùm filiæfamilias aliquid donatum est ab alio quàm à patre. Id enim filia nec cõfert, nec pręcipuum habet ob eas rationes quas attulimus. Isque fuit proculdubio error interpretum quod in *d. l. filia accipiunt ista pro synonimis. Filiam non cogi conferre*, quod lex non dicit. Et quod lex ait, *filiam habere præcipuas res sibi donatas.* Et rursum in *d. si donatione, filiam non habere fundum præcipuum*, vt lex loquitur, *Et filiam cogi eum fundum conferre*, vt ipsi interpretantur. Collatio facit, ne quod confertur præcipuum haberi posit, quod alioqui cessante collatione pręcipuum haberetur. At non statim quod præcipuum non habetur confertur, sed ita demum si iam habeatur.

tur. Sunt ista siquidem separata, *habere quid* & *habere præcipuum*. Qui numquam habuit necdum habet, is neque præcipuum habere vel non habere potest, neque conferre vel non conferre, quoniam ista omnia præsupponunt rem haberi. Qui verò iam habet is demum dicitur, vel habere præcipuum vel non habere, vel conferre vel non conferre: quoniam alterutrum necesse est vt vel præcipuum habeat nec conferat, vel conferat nec præcipuum habeat, quorum neutrum de eo dici potest qui nihil habet: cuiusmodi est filiafamilias cui donatum fuerit siue à patre, siue ab alio quàm à patre. Et huic nostræ interpretationi conuenit adprimè quod in *d.l. filia.* subiungitur, *si res integra est*, quorum verborum nō alius est sensus quàm si scriptū esset quomodo pluribus in *l.1. eod. tit. si non omnem paternam hereditatem ex consensu diuisisti, nec super ea re sententia dicta, vel trāsactio subsecuta est*, quia si quid horum factum esset iam locus nullus esse posset iudicio familiæ erciscundæ, cuius tamen solius æquitate potest filiæ consuli vt habeat sibi præcipuas res à patre donatas quas alioqui nullomodo consequi posset, neq; per actionem neq; per retentionem vtpote ex inualida donatione *d.l. Pompon. 35. D. famil. ercisc.* Pessimè autem vulgus interpretum ea verba sic interpretatur, *si nondū res donataria tradita sit.* Nihil enim referre potest an traditio facta sit néc ne, cùm non magis valeat traditio quàm donatio facta filiæfamilias per patrem *d.l. Pomp.* & siue traditio à patre facta sit siue non sit idem semper officium debet esse arbitri familiæ erciscundæ, & idem ius filiæ, vt res istas sibi à patre donatas neque ex donatione neque ex traditione, sed ex sola arbitri adiudicatione sibi acquirat.

ERROR SECVNDVS.

De donatione simplici an conferenda sit ad l. illud. 20. in fin. Cod. de collat.

QVAESTIONI superiori consequens ista est, An donatio simplex conferatur, de qua dissentientes legimus non ipsorum quidem prudentum, sed nostrorum, apud quos nihil vnquam certum est sententias. Alij enim conferendam esse putant, alij negant. Alij suos ab emancipatis distinguunt, vt suis quidem tam sui quàm emancipati simplicem quoq; donationē conferant, emancipatis verò emancipati aut quoties de matris vel aui materni hereditate agitur liberi inuicem sibi donationes simplices ab eis parentibus factas non conferant, nisi duobus illis casibus à Iustiniano expressis in *l. illud. 20. §. 1. C. de collat.* quorum vnus est, si alioquin cessante donationis simplicis collatione aliqua inter liberos emergeret inæqualitas. Alius si donator in ipso donationis tempore conferendi necessitatem donatario iniunxerit. Quæ viri doctissimi Iacobi Cuiacij sententia est *lib. 3. obseru. cap. 30.* vbi tamen non erubescit dicere hāc rem esse paullo abstrusiorem, fortassis vt excusationem captet si non cæteris satisfaciat, in qua nec sibi ipsi satisfecisse videatur. Mihi non vsque adeo abstrusa quæstio esse videtur si ex iuris ratione ipsisq; legum fontibus omnia, vt par est, æstimentur. Illud enim primùm constituo quod nemo dicit, nullum posse de simplicis donationis collatione locum esse quæstioni si in filiū-

familias donatio collata proponatur siue à patre ipso siue ab alio quàm à patre. Nempe quoniam ea quæstio supponit valere donationẽ in necessarium antecedens cùm nō entis nullæ sint qualitates, neq; per rerum naturam fieri queat, vt donatio quæ nulla est conferatur. Idq; consentaneum etiam est ei quod præcedente capite dicebamus conferri non posse nisi ea bona quæ sint in dominio & pleno iure conferentis, cū alioqui futurum esset, vt nihil contulisse dicendus esset qui non nisi alienā rem cōtulisset. Atqui donatio facta filio à patre inter viuos nullius planè est momenti, obstante vinculo patriæ potestatis, quod & traditionem impedit & stipulationẽ *l. siue emācipatis. 17. C. de donat.* neq; dominium ex ea priùs filio donatario quæsitum dici potest etiamsi pater in ea decesserit volūtate, quàm factæ sint adiudicationes ab arbitro familiæ erciscundæ *l. filia. 18. C. famil. ercisc. l. 2. C. de inoff donat.* adeò vt nec si alienam rem pater donauerit possit tamen illa vsucapi pro donato *l. 1. §. 1. D. pro donat.* quia quo casu donator propriam rẽ donando nō potest dominium transferre, nec iustā vsucapiendi causam transfert donando rem alienam. Sed neq; pro herede vsucapiet filius rem alienā sibi à patre donatam & traditam, cùm eam cœperit semel possidere pro donato naturaliter viuo patre, nec potuerit mutare sibi causam possessionis ne quidem naturalis, nec rursus ex alia causa vsucapere quàm ex qua possederit *l. 2. §. quod vulgo vsque ad fin. D. pro hered.* si verò ab alio, quàm à patre facta donatio sit, valet quidẽ ita vt neq; reuocari possit à donatore neque nouas leges accipere, non magis quàm si in patremfamilias collata esset. Sed nō in ipsius filijfamilias cui facta est commodū, at in vtilitatem solius patris, cui per filiumfamilas acquiritur quicquid filiusfamilias acquirit ex quacūq; causa extra ea quę nō acquirūtur *l. 2. C. de patr. potest.* & cōsequēter defuncto patre, in vtilitatẽ eorū omnium ad quos patris hereditas peruētura est *l. si donatione. 13. C. de collat.* secundū eā loci illius interpretationẽ & emendationem quā attulimus capite superiore. Itaq; res filiofamilias donata ab alio quàm à patre, etiāsi donatio valeat, non magis tamẽ acquiritur filio, quàm si donatio nō valeret, fortè ꝗ à patre ipso facta esset. Immò tāto minùs, ꝗ res per patrẽ donata filio, saltẽ post mortem patris, filio acquiri pōt per adiudicationẽ à familię erciscūdę arbitro faciēdā, quāuis nō eo magis cōferatur sed præcipua remaneat *d. l. filia,* propter eà ꝙ ꝗ post mortẽ patris acquirūtur nūquā cōferūtur, ne quidẽ ab emancipato *l. ea demū. 6. l. nec emācipati. 15. C. eod. tit. de collat.* quę verò filiofamilias donata semel per eū quęsita fuerūt patri nunquā ad filiū redeūt, cuius nec vnquā fuerūt, si nō expresso patris iudicio ei relinquātur. Fatendū igitur est in reb. filiofamilias à quocunq; donatis nullam de collatione posse incidere quęstionem. Quo magis mirandi sunt illi & reprehendendi, qui ad huiusmodi donationes in filiūfamilias collatas nō tantùm extendunt sed etiam coarctant quod scriptū est à Iustin. in *d. l. illud. 20. in fin.* de simplici donatione nō nisi cùm ita expressim dictū est, cōferēda. Sic. n. faciūt vt inanis & ridicula reperiatur ea iuris constitutio quæ casum vtilem habere nullū possit. Et verò non ita posse accipi eam regulam, docet exceptio subiecta ibidẽ à Iustiniano. *Nisi,* inquit, *huiusmodi legem donator tempore donationis, sua indulgentiæ imposuerit.* Nam cùm sit verissimum nec possit negari donationem nullomodo nullóq; casu valere quam pater filiofam. fecerit, nisi tacita ipsius voluntate mortéq; confirmetur, quis dixerit patrẽ cui liceat donationẽ illā vel minimo cōtrarię volūtatis indicio totā reuocare pro arbitrio, eius tamen conferendæ necessi-

necessitatem quam ipso donationis tempore nõn irrogauerit adiicere postea non posse? An cui quod plus est licet, quod minus est non licebit contra regulam iuris. *l. nõ debet cui. 21. de reg. iur.* Et qui à donatione in totum recedere põt, non poterit recedere ex parte? contra *l. iuris gentiũ. 7. §. adeo. vers. si igitur in totũ. D. de pact.* Recedit. n. ex parte qui donationi perfectæ nouam adiicit legem & conditionem, indéq; nimirum est quod dici solet, perfectam donationem postea non capere conditiones *l. perfecta. 4. C. de don. quæ sub mod. l. donatio. 25. C. de don.* quia neq; donatori licet à perfecta donatione ex vlla parte resilire. *l. velles necne. 6. & pass. C. de reuoc. don.* Ad quod respiciens Iustin. in *d. l. illud. in fi.* meritò adiecit verba illa *tẽpore donationis*, ꝙ absurdũ esset eum qui donationẽ puram & simplicem fecisset nullo collationis onere iniuncto, postea quasi mutata voluntate conferendi necessitatem donatario iniungere eo tempore quo iam alienæ non suæ rei legem dicere velit. Neq; tã iis assentior qui postrema verba illa legis Iustin. *nec recusare collationẽ ex eo quod simplex donatio nõ aliter cõfe tur nisi huiusmodi legẽ, &c.* sic accipiũt, quasi Iustin. sentiat simplicem quoq; donationem conferri oportere, vanúmq; dicat esse argumentum illud donatarij si recuset collationẽ hac sola ratione ꝙ simplex donatio minimè conferatur. Si quid. n. verum est in iure nostro, illud certè verissimum est, simplicem donationem non conferri, cùm nihil sit tã alienũ à voluntate donandi simpliciter & absolutè, quàm si collationis onus irrogetur, nisi ab initio eam legem habuerit donatio. Tanto minùs. n. videtur accepisse donatarius qui confert, immo nihil penitus qui totum confert nihílquo pręcipuum retinet ex donatione, quod in dubio credendũ non est congruere voluntati donatoris, qui donando nihil aliud egit, nisi vt liberalitatem exercεret. Quod in cęteris donationib. non simplicibus, sed ob causam factis diuersum est. Hoc ipso. n. quod factę sunt ob causam apparet, non tam propter donatariũ quàm propter causam illã factas esse, nec proinde quicquam fieri cõtra donatoris volũtatẽ cùm earũ cõferendarũ necessitas donatario irrogatur, sicut nec in eo donationis ius violatur, quãdoquidem nõ reuocatur donatio, quę cõfertur, sed tanto minus ex donatoris hereditate percipitur. Itáq; in specie *d. l. illud. in fi.* vanũ quidem est argumentũ donatarij recusantis collationẽ eo colore quod donatio simplex de qua cõferenda nihil in ipso donationis tẽpore dictũ sit nõ cõferatur, sed nõ ideo vanũ, quia nitatur falsa iuris propositione vt isti putãt, at quia malã habeat verę propositionis applicationẽ, postquã Iustin. placet vt hoc casu simplex donatio cõferatur ad euitandã inter liberos inæqualitatem. Vanum ergo argumentũ donatarij facit non ratio ipsa iuris communis, sed sola cõstitutio Iustiniani, citra quã esset proculdubio efficax & cõcludens, fuerátque tale toto eo tempore quod eam pręcesserat cõstitutionem. Dices, Quonam igitur casu locũ habebit quantũ ad patris hereditatem illa regula, quæ donationem simplicem negat cõferri oportere, si de donatione in filiumfamilias collata nõ intelligatur? Nã donationem in emãcipatum collatam ab eo cõferendam esse certum est, non tantũ si ipso emancipationis tempore facta sit & emancipationis cõtemplatione quomodo fieri olim solebat, sed etiãsi post emãcipationẽ simpliciter nec aliã ob causam quã ob meram liberalitatem *l. vt liberis. 17. in fi. C. de collat.* in eóq; video interpretes omnes consentire, nec malè, quoniam emancipatio illa est quę donatariũ hunc capacem fecit talis accipiendę donationis, & collationis ęquitas contra emancipatos in id introducta est, vt eodem iure liberi omnes censeantur,

quo si emancipatio nulla facta esset, vt iis, qui in familia retenti sunt, prosi emancipatio, quæ nec ipsi emancipato nocet. Atq; hoc certè est, quod difficilem facit hanc quæstionem, non quidem interpretibus qui de simplici donatione per patrem filiosfamilias facta sic tractant quasi possit in eam cadere dubitatio an conferenda sit nécne, sed iis omnibus qui sciunt & nobiscū sentiunt adeo non valere donationem quam pater filiofamilias fecerit, vt neq; dici possit eam conferri debere, neq; conferri non debere. Illud ergo vnum superest quod dicamus, multum referre an emācipatus conferre debeat suo heredi, an fratri etiam emancipato. Cùm suo heredi confert, id obtinet quod modò diximus, donationem quoq; simplicem ab emancipato conferri debere quam à patre post emancipationem acceperit, ne alioqui fiat iniuria suo heredi, qui bona illa fratri emancipato donata nunc reperiret in hereditate patris si donata non fuissent. Nec enim possis dicere etiam eo casu quo in filiumfamilias ea donatio collata esset perinde futurum, vt eas res præcipuas habere deberet donatarius officio arbitri familiæ erciscundæ. Id namq; verè diceretur si in eadem voluntate pater decessisset, quod ipsum tamē an factu-rus fuerit non alio casu sciri potest quàm cùm fecit. Nā etsi donationem in filium emancipatum collatam non reuocauerit, ex eo tamen cōiectura voluntatis sumi nō potest, quasi reuocatam noluerit, quā reuocare nō potuisset tametsi voluisset. Proinde si etiā illa quæ filius emancipatus aliunde quàm à patre acquisiuit fratri in familia retento conferre cogitur, quanto magis ea, quæ ex donatione accepit à patre, & ex bonis patris? quomodo etiam Cuiacius argumentatur. Et ad hunc casum pertinet sanè quod de omnibus donationibus quæ à patre in filium emancipatum factis conferendis scriptum est in ***d. l. vt liberis***, vt probant verba illa, ***siue sui iuris siue in potestate constitutis.*** quæ ostendunt tractari eum casum, quo non soli sint emancipati, sed etiā sui, quos conferre vel quib. conferri oporteat. Nam si nō nisi inter emancipatos res agatur, quæ altera distinctionis nostræ pars est, nulla planè ratio siue iuris siue æquitatis facere potest, vt donationem simplicem emancipatus emancipato conferre teneatur, non magis quàm si mater in filium vel auus maternus in nepotem cōtulisset, donationem defuncto iam donatarij patre, alitérve effecto donatario sui iuris. Ratióq; diuersitatis est, quia multo fauorabilior est collatio quæ suis heredib. fit, quàm quæ fit emancipatis, quoniā facit quodámodo iniuriam suo heredi emancipatus, cùm succedit iure prætorio, auffértq; partem hereditatis ei qui iure ciuili totum erat habiturus, nisi conferat etiam sua omnia vndecunq; quæsita ***l. 1. D. de collat. bon. l. 2. C. si vt omiss. hered.*** Quod non similiter euenit cùm emancipati soli succedunt, quo casu sola ratio tacitæ voluntatis personæ de cuius bonis agitur inducit æquitatem collationis, & consequenter quod ad ea tantùm bona quæ profecta sunt ab eodem donatore cui porrò tacitæ voluntati coniiciendæ locus nullus relinquitur cùm donatio simplex fuit, vt iam diximus. Nec est quod quis dicat Iustin. in ***d. l. illud.*** §. 1. loqui generaliter de donationib. à patre factis, nimiámq; fore illam restrictionem si constitutio generaliter & indistinctè loquens coarctetur non tantum ad donationes collatas in emancipatos, exclusis iis, quæ in filiosfamilias collatæ fuerint, sed ad eas etiā, quæ fratrib. emancipatis conferendæ sint non suis. Nā quod ad primam restrictionem attinet, iam probauimus non de aliis donationib. accipi legem posse, quàm quæ valeant, & per quas acquiratur donatario id quod donatur, quod donationibus

filiofa-

filiofamilias factis non conuenit, nec plausibilior vlla est interpretatio quàm quæ habiles, vt loquuntur, terminos præsupponit, vulg. *l. adigere. 6. §. quamuis. D. de iur. patron. l. 1. §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Quod ad secundam verò restrictionem spectat ne cui durior illa videatur, obseruare is debet Iustinianum non de iis solis donationibus agere quæ à patribus profectæ sint, sed de illis etiam quę à matre itemq; ab auo siue paterno siue materno, nec ita generaliter loqui vt omnes casus comprehendat, in quibus donatio per patrē filio emancipato facta reperiatur, sed potiùs ita vt eos tantùm in quib. donatio à patre facta filio emancipato possit videri similis ei, quę vel à matre vel ab auo materno facta esset, ac proinde in quib. non suo heredi conferendū sit, sed emancipato, quando nec mater, nec auus maternus suum heredem habere possunt *l. 4. §. ad testamenta. D. de bonor. poss. contr. tab.* Quoties enim plurib. casibus iunctis aliquid generale subiicitur, quod varias interpretationes recipere possit, ea potissimum interpretatio capienda est, quæ omnibus casibus æquè, & (vt aiunt) vniformiter conueniat: non quæ diuersimodè ac difformiter vulg. *l. iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupill. subst.* Et verò verba illa constitutionis, *Si quid huiusmodi acciderit*, nihil aliud vrgent nisi vt casus aliquis dari possit, in quo possit ea constitutio sibi locum vindicare: etiam quantum ad donationes à patre profectas: Is autem casus statim occurrit in donationibus & collatis à patre in emancipatum, & emancipato conferendis. Nec pugnat quod ait *l. si emancipati. 9. C. de collat.* emancipatos inter se non conferre. Id enim verum est in iis quę aliūde quam à patre habuerunt, non etiam si quid ex causa donationis ob causam à patre acceperint vt constat ex *l. 4. eod.* vbi scriptum est iam olim ita ius fuisse vt filia emancipata etiam dotem profectitiam emancipatis conferre teneretur. Cùm ergo dos etiam à filia emancipata conferatur licèt non æquè debuerit conferri donatio simplex à patre quoque facta voluit tamen Iustinianus conferri eam hoc casu ad euitandum inæqualitatem.

ERROR TERTIVS.

De sententia leg. donationes. 25. Cod. de donat. int. vir. & vxor.

SVPEREST vnus à nobis tollendus scrupulus quem iniicit lex alia noua Iustiniani in *leg. donationes quas parentes. 25. C. de donat. inter vir. & vxor.* qua factum est vt donationes siue inter virum & vxorem factæ siue à patribus in filiosfamilias collatæ quas iure ciuili nec olim valuisse nec hodie valere certum est, non tantùm confirmentur silentio & morte donatoris quod iam antea in vtrisq; obtinebat *d. l. 2. C. de inoff. donat. l. si non verum. 15. C. de donat. int. vir. & vxor. l. cùm de bonis. 11. C. de donat. & apud Paulū. li. 5. sent. tit. 11. de donat. §. pater.* [quamuis Cuiacius ad eum locum contra sentiat & malè requirens specialem confirmationem quàm non requirunt Impp. in *l. filia. 18. Cod. fam. ercisc. nec Paulus in d. §. pater.*] sed etiam ita confirmentur, vt ad tempus quo factæ fuerint retrotrahantur, id est, ex quo tēpore factę fuerint iam inde valuisse videantur, si modò vel non excedant legitimam quantitatem vel quæ excedunt actis fuerint insinuatę. Huic enim constitutioni videtur confe-

quens,vt hodie donationes huiusmodi etiam conferantur tanquam cessante ratione illa quę olim collationē ipsarum impediebat. Ideo namq; non conferebantur, vt diximus,quod non nisi post mortem patris acquirerentur. At hodie iam inde ab ipso tempore quo factę sunt acquisitę intelliguntur. Quid ergo impedit quominus perinde conferantur etiam quę in filiosfamilias collatæ fuerunt acsi in emancipatos collatæ essent, tanquam quæ inter viuos factę videantur nec vltimarum voluntatum iure censeantur. Sic enim nonnullos ex recentioribus video ratiocinari inter quos Andream Fachineum virum sanè diligentem & perspicacem *lib.6.controuers.cap.64.* Verum respondendum est eam semper durare rationem quę collationem impediat quod quamuis hę donationes retrotrahantur ex quo tempore confirmatæ sunt, non tamen confirmantur nisi morte in eóq; naturam retinent vltimarū voluntatum, quarum porro ius proprium, hoc est, vt non veniant in collationem nec magis ab intestato quàm ex testamento, quoniam qui etiam iudicium patris meruit nec amplius nanciscitur quàm pater ei dedit cogendus non est ad collationem eius quod ex iudicio habet *l.1.§.vel maximè. D. de collat. l.à patre.10.l.filiam.16. C.eod.* Et ratio est quia quod adquiritur ex vltima voluntate non acquiritur nisi post mortem eius cuius vltima voluntas fuit cùm priùs sit, vt voluntas illa vltima confirmata sit quàm, vt ex ea quidquam acquiratur. Atqui non confirmatur nisi morte. Iam autem sępius diximus ea quę post mortem patrisfamilias acquiruntur non conferri *d. l. ea demum.6.l.nec emancipats.15.C.eod.* Nec sanè fieri potest, vt eodem instanti & acquiratur aliquid ex donatione & oneri collationis subiiciatur, quoniam quod confertur alienatur hoc ipso quod communiatur. Et quemadmodum solemus dicere nō alienari id quod datur ea lege, vt statim recipiatur. *l.qui sic soluit.35.D.de solut.* ita neq; adquiri dici posset id quod ita acquireretur, vt ob hoc ipsum quod adquireretur collationis oneri obligaretur. Itaq; si subtilius inspicias nullum instans est in quo posit esse locus, non dicam collationi sed neq; quæstioni de collatione rerum à patre filiofamilias donatarum. Nam tum quoq; cùm confirmantur morte earum dominiū tamen non prius adquiritur filio quàm arbiter familię ercifcundę eas præcipuas adiudicauerit secutus patris voluntatem. Adiudicatio enim modus fuit iam olim transferendi dominij iure Quiritium vt Vlpianus refert *titulo XIX. de acquisit.rer.* estq; hoc casu necessarius ad dominium transferēdum in donatarium manca legis potestate ob inualiditatem donationis. Praepostera autem quęstio est an res donatę filiofamilias conferri debeant priusquā fuerint ei acquisitæ: cùm alienæ rei collatio ridicula sit nedum manis. Rursus cùm arbitri familiæ ercifcundę tale officium esse debeat, vt res istas filiofamilias donatas ei non aliter adiudicet, quàm vt præcipuas habeat [alioqui ad quid prodesset adiudicatio?] non potest fieri vt post eiusmodi adiudicationem supersit quæstio, *de collatio.* cùm sint ista contradictoria, vt quod quis præcipuum habeat conferre teneatur: præsertim cùm & adiudicatio & conferendi necessitas proficiscatur ex officio eiusdem arbitri sequentis in vno iudiciū patris, in alio edictum prætoris. Pugnaret enim suum arbiter si & res istas donatas adiudicaret filio præcipuas quod facere debet. *l. filia.18. C.fam. ercisc.* & tamen easdem à filio conferri iuberet siue in ipsa adiudicationis formula quod esset stultius siue post adiudicationem. Sera igitur collationis petitio est postquam arbiter filio res istas tanquam præcipuas adiu-

dicauit

dicauit vt in simili ratiocinatur. IC. in *l.1.§.decretalis.D.de success.edict.* proinde fatendum est non solùm res filiofamilias donatas non conferri posse aut debere. Sed neq; tempus vllum esse in quo relinquatur locus quæstioni, An debeant conferri néc ne. Neq; quod huiusmodi donationes hodie retrotrahantur facit vt eo magis videri debeant inter viuos cùm inspiciendum sit tempus quo confirmantur & à quo non ad quod retrotrahuntur. *l.in mortis.22.iunct.l.non videtur.32.D.de mort.caus.donat.* Alioqui perinde inferas donationes inter virum & vxorem hodie valere ac iam olim valuisse iure donationum inter viuos, quandoquidem & hodie retrotrahuntur & iam olim retrotrahebantur ad id tẽpus quo factæ essent *l.si mortis causa.40.D.eod.l.cùm pater.77.§.pater filia.D.de legat.2.* Ex quib. locis apparet non tantùm in donationib. à coniuge coniugi factis, sed in iis quæ à patre in filiumfamilias collatę essẽt iam olim hoc ius obtinuisse, scil. si speciali voluntate confirmatę essent, nec in eo quidquam noui Iustinianum constituisse in *d.l.* donationes, sed in hoc tantùm vt ius illud vetus non aliter locum habeat quàm si donatio vel non excedat legitimam quantitatem vel quæ excedit actis insinuata reperiatur: nisi nõ tãtum silentio sed etiam speciali voluntate cõfirmata proponatur: quo solo casu etiamsi eã quantitatẽ excedant nec insinuatæ sint donationes patitur Iustinianus, vt nihilominus valeant sed ita tamen, vt nõ retrotrahantur quomodo antea sed ex ipso tantùm die confirmationis valeant quæ valerent ex die collationis si ius vetus seruaretur. Facit etiam ius nouum ea constitutio in hoc quod tollit distinctionem illam iuris veteris, An de ea re ageretur quæ esset iuris an de ea quæ esset facti, quoniã in iis tantum quæ iuris erant non etiam in iis quæ facti poterat retrotrahi confirmatio. *l. quadam.7.§.1.D.de iure codicill.* Iustinianus enim eas solas distinctiones seruari vult quas ea constitutione inducit, An donatio excedat summam legitimã néc ne vt si non excedat ius antiquum seruetur, sin excedat non valeat nisi specialiter confirmata sit. Hæc enim secunda distinctio est, An donatio quæ excedit specialiter confirmata sit néc ne, vt specialiter confirmata valeat sed ex die confirmationis tantùm specialiter verò non confirmata non valeat ne quidem ex die mortis, cùm tamen olim valeret vtpote quæ saltem ex eo die per silentium & mortem donatoris confirmata intelligeretur. Et ex hac secunda distinctione nascitur quoque tertia quantum ad hoc, vt donatio retrotrahatur. Nam circa illam quæstionem, An huiusmodi donatio confirmata retrotrahatur duplicem quoque distinctionem adhiberi vult Iustinianus, priorem illam vtrum specialiter confirmata sit an silentio tantùm & morte donatoris: Alteram vtrum quæ specialiter confirmata est qualitatem legitimam excedat an non: Vt quæ silentio, & morte donatoris tantùm confirmata fuit nunquam retrotrahatur etiamsi non excedat, nec si fuerit insinuata, quomodo nec olim retrotrahebatur vt puto: quæ verò speciali voluntate confirmata est, retrotrahi quidem possit, vt olim at non indistinctè quomodo antea sed cum alia illa distinctione, si vel quantitatem legitimam non excedat vel quæ excedit fuerit insinuata. Itaque si bene inspicias nihil ea constitutione fecit Iustinianus ad ampliandum ius huiusmodi donationum, sed potius restrinxit earum fauorem, respiciens ad eam constitutionem quam idem Iustinianus fecerat de donationibus quæ summam quingentorum solidorum excederent insinuandis *l. sancimus.34. Cod.de donat.*

Cuius ista veluti appendix quædã est. Quod cùm ita sit nõ nisi ridiculè possis dicere censeri eas hodie iure donationũ inter viuos si iã olim nõ censebãtur nec magis eas quæ speciali iudicio cõfirmatę & insinuatæ sũt quàm ceteras. Insinuatio enim nihil iis iuris noui tribuit sed vetus tantùm cõseruat quod alioqui eadem constitutione tolleretur si insinuatæ non essent. Nec eo minus etiam hodie verum est donationem à patre in filiumfamilias collatam non tam donationem esse quàm donationis destinationem, vt loquitur ***d. l. cùm de bonis. 11. C. de donat.*** Quod & de donationibus inter coniuges factis ęquè dici debere certum est si non mortis causa sed inter viuos factæ sint quia non aliter valere possunt quantumcunque, actis insinuatę quàm si vel donatoris silentio & morte confirmatę sint ex oratione Seueri de qua in ***l. cùm hic status. 32. D. de donat. int. vir. & vx.*** vel speciali voluntate, quæ voluntas non inter viuos esse potest, sed vt sit vltima & tanquam à moriente facta prorsus necesse est. Siquidem quæ ratio impedit donationem quamlibet inter viuos eadem impedit quoq; ne inter viuos confirmari possit. Ideo autem loquor de donationibus factis inter coniuges non mortis causa: quoniam omnium mortis causa donationum ius commune illud est, vt quamuis non videantur perfectę nisi morte donatoris, secuta tamen quandocunque morte ad id tempus quo factæ sunt reducantur nec minus quę inter virum & vxorem quàm quę inter ceteros factæ sunt ***d. l. si mortis causa. 40. D. de mort. caus. donat.*** Licèt in eo deterioris conditionis sit donatio à coniuge facta etiam mortis causa quod nunquam ita potest illa fieri vt dominium rei donatę statim & viuo adhuc donatore transferatur ***l. sed interim. 13. in princ. cum duab. praeced. D. de donat. int. vir. & vxor.*** quod in ceteris mortis causa donationibus, id est, inter ceteros factis diuersum est quę licèt possint ita fieri vt dominium non nisi secuta morte donatario acquiratur, possunt tamen etiam ita, vt in donatarium statim dominium transferatur. ***l. 2. D. de mort. caus. donat.*** Vnde est quod dici solet eum qui mortis causa donauit posse ex pœnitentia vel condictionem habere vel vtilem actionem. ***l. qui mortis. 30. eod.*** Nec enim condictionem alius habere potest quàm qui dominus esse desiit cùm nemo rem suam condicat nisi à fure. ***l. vlt. D. vsufr. quemad. cau. l. 1. D. de condict. furt.*** Et tamen quis idcirco dixerit donationes etiam causa mortis censeri iure donationum inter viuos etiam ex quibus dominium statim translatum fuit? Quanto minus eę ex quibus dominium statim translatum non sit tametsi retrotrahatur? Generaliter siquidem verum est donationes causa mortis licèt aliquid habeant ex iure contractuum, proprius tamen accedere ad naturam vltimarum voluntatum legatisque magis quàm contractibus comparari oportere. ***l. illud. 37. D. de donat. caus. mort. l. vlt. Cod. eod.*** Quod si donationes causa mortis nunquam censentur iure donationum inter viuos licèt retrotrahantur ne tum quidem cùm dominium ex iis statim translatum fuit planè non video quonam iuris colore possit defendi donationem à patre in filiumfamilias collatam ob id solùm debere censeri iure donationis inter viuos quod cùm speciali voluntate confirmata est, nec summam legitimam excedit retrotrahitur ad id tempus, quo fuit interposita, siue dicas retroactionem istam ex noua lege Iustiniani inductam esse, quod non puto verum, siue quod probabilius est, iam olim ita ius fuisse vt ad diem contractus retrotrahi deberet donatio, eo nimirum casu quo speciali voluntate fuisset confirmata.

ERROR QVARTVS.

De iure collationis facienda in omni casu successionis intestati, etiam fulti codicellis Ad l. à patre 10. & l. filiam. 16. C. de collat.

ALIVS aliorum error à nobis confutandus est qui in quęstione illa quam tractauimus in pręcedentibus, De simplici donatione inter viuos facta vtrum conferenda sit necne, vt se euoluant ex *d. l. penult. in fin. C. de collat.* vbi apertissimè scriptum est donationē simplicem & inter viuos factam non aliter conferri quàm si huiusmodi legem donator tempore donationis indulgentiæ suæ imposuerit, nouam inducunt opinionem vt separanda sit hac in re causa testati à causa intestati, & ab intestato quidem conferatur simplex donatio, facto autem testamento quod per querelam inofficiosi testamēti posteà rescissum sit, non conferatur, nisi eam liberalitati suæ legem testator dixerit: atq; ita coarctant ad hunc casum quod tam generaliter scriptum est in *d. l. penult.* nec minùs tamen in eo perstant, vt Iustinianus in illa lege de simplici donatione loquatur, quæ etiam in filiumfamilias fuerit à patre collata, quòd quamquam ipsô iure non valeat, nec nisi morte confirmetur, tamen non tam legati aut fideicommissi & vltimæ volūtatis naturam habeat quàm donationis inter viuos, post Iustiniani constitutionem in *l. donationes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* quæ fecit vt ad eū diem quo facta est retrotrahatur. Quam rationem ex ijs quę superiore capite diximus satis reiectam esse arbitramur, probatúmq; longè aliam fuisse Iustiniani mentem quàm vulgo existimetur. Cui consequēs est, vt qui aliam rationem non habent cur dicāt simplicem donationem filiofamilias à patre factam ab intestato conferendam esse, nisi quod donationis inter viuos iure censeatur post supradictam Iustiniani constitutionem, nunc manus dare debeant, tanquam qui nulla penitus ratione decertent. Si enim huiusmodi donatio valere non potest nisi vltimæ voluntatis iure, quod certè verissimum est si quid in iure nostro verum, relinquitur vt bona ex huiusmodi donatione acquisita, immunia sint ab onere collationis, vt & alia quæcumq; post mortem patris quæsita vndecumque tandem obuenerint, vt probauimus ex *l. ea demum. 6. & l. nec emancipats. 15. C. de collat.* Ea namque sola conferuntur, quę cōferens habuit tempore mortis eius de cuius successione tractaretur *l. 2. C. si vt omiss. hered. l. 1. & tot. tit. D. de collat.* Quamquam non video, quænam sit ista consecutio, vt ideo debeat conferri donatio facta filio per patrem, quòd censenda sit iure donationis inter viuos. Nam immo verò tanto minùs conferenda est, quanto certiùs donatio inter viuos dici potest, cùm ea sit voluntas donātis, vt liberalitatem exerceat in donatarium, qui tamen si conferre cogeretur, hoc ipso donationis emolumentum amitteret. Ideóque iuris regula est, Donationem simplicem non conferri, nisi donator ipso donationis tempore id nominatim iusserit *d. l. penult.* Fateor in donatione simplici facta inter viuos non posse impediri collationem ea ratione, quòd bona post mortem patris quæsita non conferantur, Nihílque aliud posses concludere, tametsi millies probares donationē hanc iure donationis inter viuos defendendam esse: nec ideo facies, vt nō alia ratio sit, quę prohibeat collationē, Nēpe ꝙ non magis donatio inter viuos cōferatur, quàm quę sunt quęsita post mortē. Sed illa do-

ſtinctio longè improbabilior eſt, quam iſti comminiſcuntur de donatione ſimplici conferenda ab inteſtato quidem, at nō ex teſtamēto rupto per querelam inofficioſi. An non enim ſucceditur ab inteſtato, cùm teſtamentum ruptū eſt per querelam? *l.circa.24.l.mater decedens.19.de inoff. teſt.* Aut quid refert an deceſſerit quis inteſtatus ab initio an ex poſtfacto vt eo magis minúſve debeat eſſe locus collationi? An non pugnat hæc diſtinctio cum toto iure vetere, cuius forma illa erat vt ex teſtamento quidem valido ceſſaret collatio, ab inteſtato verò omnimodo locū haberet? *l.1.C.eod.tit.de coll.* Hoc enim potiſſimum eſt quod Iuſtinianus innouauit *Nouell.18.de trient. & ſemiſſ.§.illud.* vt hodie collationi locus ſit, etiam facto teſtamento niſi prohibita ſit collatio, cùm olim non eſſet locus niſi teſtator nominatim id præcepiſſet. *l.1.C.eod.* Nempe quia reſpexit Iuſtinianus ad æqualitatem inter liberos quantum fieri poſſit conſeruandam omni caſu etiam ex teſtamento, cùm tamen prætor olim nihil aliud curaret niſi ne qua liberis in poteſtate retentis fieret iniuria per emancipatos ſuccedentes iure prætorio ſiue per contra tabulas ſiue per bonorum poſſeſſionē *unde liberi*, quę porrò iniuria nulla eſt cùm emancipatus aut etiam ſuus ex teſtamēto conſequitur eam partem quā teſtator ipſe voluit ad eum pertinere. Nam & perſona prorſus extranea quæ non eſſet ex liberis, tantundem ſi fuiſſet inſtituta, conſequeretur. In quo tamen illa incurrit hæſitatio, quod etiam ab inteſtato factis codicillis ſi nihil aliud petatur niſi quod codicillis relictum eſt æquè ceſſat collatio *l. à. patre 18.l.filiam.16.C. eod.* eadem prorſus ratione, quia nullam iniuriam fratri facere videri poſſit filius ſiue ſuus ſiue emancipatus qui nihil conſequitur niſi ex patris voluntate. Tam autem voluntas patris eſt ea quam declarauit codicillis quàm quæ declarata fuerit teſtamento. Atqui non eò minùs verum eſt deceſſiſſe ipſum inteſtatum, tametſi codicillos fecerit. Neque enim teſtamētum ſunt codicilli ab inteſtato facti. Ergo, inquies, non tam illa diſtinctio adhibenda eſt, Vtrum factum ſit teſtamentum necne, quàm vtrum filius ex voluntate patris ſuccedat an contra vel præter voluntatem. Sed reſpondendum eſt, immo neceſſariam eſſe illam diſtinctionem, Vtrum ſit factum teſtamentum necne, quotieſcunque filius contra quē collatio petitur ſuccedit patri, iure ac titulo vniuerſali, ſiue ſui heredis ſiue bonorum poſſeſſoris, quia nullo facto teſtamento ſiue ſuus ſiue emācipatus ſit ille cui collationis onus irrogatur, cùm ſuccedit in vniuerſitate bonorum ſiue iure ciuili ſiue prætorio, ſiquidem emancipatus eſt eripit fratri qui manſit in familia partem bonorum paternorum, quæ alioqui tota debuiſſent ad ſuum heredem pertinere, ideóque facit ei iniuriam niſi conferat viciſſim ſua: ſi verò ſit ex liberis in familia retentis cùm nihil poſſit habere proprium de quo poſſit quæri an conferre debeat necne præter dotem, vel ante nuptias donationem, hoc ipſo debet eam conferre tam ſuis heredibus ex ratione iuris veteris quàm emancipatis ex conſtitutione Leonis in *lege ut liberis* 17. *Cod. eod.* quia quæ dote non eſt contenta vel donatione propter nuptias, ſed præterea ſucceſsionis partem capit, non ſuccedit tanquam extranea perſona ſed tanquam ex liberis, ac proinde recuſare non poteſt collationem ſiue dotis ſiue ante nuptias donationis, vt ſucceſsionis inteſtati forma ſeruetur quæ illa eſt vt inter liberos omnes ſuccedentes diuiſio fiat ſiue hereditatis ſiue bonorum in partes æquales. In quo bonorū numero etiā dos vel donatio propter nuptias à patre profecta cōtinetur, propter eam rationē qua in ſequētibus afferemus.

At

At cùm is cui aliquid in codicillis relictum est, ab intestato non succedit, nec aliud quicquam petit nisi quod ei à legitimis heredibus ab intestato venientibus præstari pater voluit, cessat collatio, quia quamuis relictum ei sit aliquid tanquam filio, percipit tamen extranei iure, hoc est eo prorsus modo quo caperet extraneus si ei relictum fuisset. Quæ sententia est **d.l.à patre.& d.l.filiam.** quam ita construi oportet, acsi scriptum esset filiam cum fratribus suis coheredibus intestato patri succedentem, si non conferat dotem nihil cõsequi posse iudicio familiæ erciscundæ, præterquam id quod ipsi relictum fuerit in codicillis: vt intelligamus vel abstinere illam debere ab hereditate patris, vel dotem conferre, alioqui si dotem conferre nolit officium arbitri familiæ erciscundæ tale esse debere, vt præter id quod in codicillis relictum est nihil ipsam cõsequi patiatur. Quod vereor ne nõ satis bene perceptũ sit à viro doctissimo Iacobo Cuiacio, qui **lib.5.obseruat.cap.30.probat d.l.filiam.& d.l.à patre.** ea quæ in codicillis relicta sunt non conferri. Quæ propositio licèt vera sit ob eam rationem quam attulimus, quòd relicta in codicillis extraneorum potiùs quàm liberorum iure capiuntur, quódque non nisi post mortem eius de cuius bonis agitur, acquirantur, ex iis tamen locis non probatur. Aliud enim est dicere ista non conferri, aliud verò posse filiam etiam non conferendo ea consequi, quæ sibi relicta sunt in codicillis, cùm patri non succedit. Alioqui eodem modo probares ne quidem dotem esse conferendam, quia in earum legum specie non magis dos confertur, quàm quod relictum est in codicillis: sed tamen diuersa ratione: Dos enim ideo non confertur, quoniam filia quæ dotem acceperat se abstinet patris hereditate. Relictum verò in codicillis ideò, quòd extranei iure percipitur, neque conferendum esset, etiamsi filia patri succederet ab intestato, quandoquidem si extraneo relictum esset non magis id quàm cætera bona sua conferre cogeretur. Nec leuior aliorum error est qui ex iisdem locis probant etiam factis codicillis locum esse collationi, quamuis non itidem sit ei locus facto testamento. Etsi enim hoc quoque verum vtrumque est, tamen ad has leges non pertinet. Quinimo posset quis potiùs probare ex **d.l. à patre.** factis ab intestato codicillis non fieri collationem siquidem ibi negent Imperatores cogendam filiam ad collationem dotis, cùm tamen codicilli facti, & quidem ab intestato proponerentur. Vt & in **l.filiam.** factis etiam codicillis ab intestato non vrgetur ad collationem filia, ne quidem dotis, sed tantùm à paterna successione si non conferat, summouetur. Sed ea quoque argumentatio captiosa esset, quia collationi locus non est in iis legibus, non quòd codicilli ab intestato facti essent, sed quòd filia nollet ab intestato succedere, contentáq; esset dote & iis quæ sibi relicta essent in codicillis. Nam si ab intestato succedere voluisset, vtique conferre debuisset non quidem ea, quæ relicta fuissent in codicillis, sed dotem & cætera si qua erant quæ in collationem venirent. Itaque quod dicunt factis codicillis non eo minùs locum esse collationi, tunc verum est cùm succedere vult is, qui conferre debet, succedere verò non in iis tantùm quæ sibi relicta sunt in codicillis, quæ semper ei sunt præcipua, nisi relicta fuerint ea lege vt conferantur, sed in ipsa etiam vniuersitate bonorum pro parte quæ ad eum spectat, vel ciuili iure, vel prætorio. Eáque nimirum ratio differentiæ est inter testamentum, & codicillos, id est: cur facto testamento non sit locus collationi, sit autem factis ab intestato codicillis: quia ex testamento quoties ritè factum est nec destituitur, necesse

est vt succedat quisquis succedit, ac proinde tanquam alius quilibet extraneus. Ex codicillis verò non succeditur, tum quoque cùm testamentum nullum factum est, sed ex sola lege, quandoquidem nec hereditas per codicillos defertur. Ideóque non possunt codicilli ab intestato conditi, facere vt conferri non debeant ea ipsa, de quorum collatione nullis factis codicillis minimè dubitaretur, quia neq; faciunt quominùs succedatur eo ipso iure quo succederetur si nulli facti essent, id est ex sola lege, quamuis tacita quoque voluntas patrisfamilias cõcurrere videatur quoties ab intestato succeditur, siue codicillis aliquibus factis siuè nullis, quasi patrefamilias spõte sua relinquente legitimis successoribus suam hereditatem *l.3.l.conficiuntur.8. D.de iur.codicill.l.ab exheredat.126.de legat.1.* Sed non potest ea voluntas tacita vim tantam habere quantam haberet expressa ad impediẽdũ ius collationis, quia nõ sicut extranei iure capitur, quicquid ex vltima voluntate siue testamenti siue codicillorum percipitur, ita & iure extraneorum capere videri possunt, qui capiunt ab intestato. Soli enim sui aut legitimi, vel qui à prætore pro suis aut legitimis habentur, possunt ab intestato succedere, qui nullo modo succederent si extranei essent. Quæ cùm ita sint dubitari nõ oportet, quin quod à Iustiniano constitutum est *d. Nouell. 18. de trient. & §. illud. Vnde sumpta est Auth. ex testamento. C. de collat.* De collatione ex testamento quoque faciẽda, etiamsi nihil de eo cautum, dummodo nec quicquam prohibitum sit à testatore, sicuti pugnat cum iure vetere, sic & à iuris ratione omnino sit alienum. Ita enim fit vt qui habens pro se volũtatem testatoris expressam quam perinde habere quilibet extraneus sine collationis onere potuisset, succedit iure cuiuslibet extranei, deterioris tamen cõdicionis sit quàm extraneus quilibet. Hoc nimirum colore, quem vnũ præ oculis habuit Iustinianus, vt seruetur æqualitas inter liberos quos natura facit æquales siue sui sint siue emãcipati, siue ex testamento siue ab intestato succedatur. Legislator vetus id tãtùm curabat ne qua fieret iniuria ei cui pars successionis eripiebatur, si non ei conferretur: nec putabat illud etiam attendendum vtrum æqua lance succederent qui non æquo & pari iure ad successionem veniebãt. At Iustinianus contrà, quasi nullius planè momenti esset ea differentia, quæ ex suitatis & emancipationis dissimilitudine proficiscebatur, nihil aliud intuitus est nisi vt inter omnes cuiuscumque sexus & condicionis liberos æqualitas omnimodo seruaretur si non expressa testatoris voluntas repugnaret. *d. §. illud & d. l. penult. §.1.* quod etiam Leonis propositum fuerat in *l. vt lib. 17. eod.* nisi quod iura collationis non fuerat ausus porrigere ad causam testati, vt in sequentibus dicemus. Et hæc quidem tractasse satis sit aduersus eos qui facilius esse putant vt simplex donatio in filiumfamilias collata conferatur ex testamento quod per querelam inofficiosi testamenti ruptum sit quàm si paterfamilias ab initio intestatus decessisset. Quasi testamentum quod per querelam ruptũ est, vllum ex eo tempore vnquam fuisse videatur. Vt taceam Iustinianum in *d. l. penult. §.1.* nihil minùs, quàm de hoc casu cogitare, de quo ne verbũ quidem. Sed indicandus & explicandus locus est qui viros alioquin doctissimos in hanc sententiam adeo improbabilem perduxit. Is est in *l. si non mortis. 25. D. de inoff. testam.* De cuius emendatione ac interpretatione iam videmus.

ERROR QVINTVS.

De interpretatione & emendatione leg. si non mortis. 25.D. de inoffic. testam.

SI non mortis causa fuerit donatum, inquit Vlpianus, sed inter viuos, hac tamen contemplatione vt in quartã habeatur potest dici, querelam inofficiosi cessare si quartam in donatione habeat, aut si minùs habeat, quod deest viri boni arbitrio repleatur, aut certè conferri oportere id quod donatum est *l. si non mortis. 25. D. de inoff. testam.* Hinc quidam inferunt, proprium iam olim & singulare ius fuisse donationum inter viuos, vt quamuis ab intestato tantum non etiam ex testamento fieri collatio soleret, tamẽ facto quoque testamento conferri deberent si per querelam inofficiosi testamentũ postea ruptũ proponeretur. Quod sanè falsum est, nisi addas de ijs donationib. inter viuos factis id intelligendum de quib. loquitur eo loco Vlp. id est quæ ita factæ essent vt in quartã imputari deberẽt, cũ donator eas præcipuas donatariũ habere noluisset. Quid enim tam contrariũ est imputationi faciendæ quàm haberi præcipuum id quod voluerit donator imputari? Aliud autem proculdubio respõdisset Vlpianus si tractasset de donatione simplici simpliciter facta nec ea lege vt in quartam imputaretur. Quid. n. haberet cõmune talis donatio cũ iure successionis siue testamentariæ siue legitimæ, aut quid posset interesse donatarij an esset factũ testamentũ necne, vel an quod factum esset, postea ruptum fuisset per querelam aut non? Nam & facta donatione inter viuos hac lege vt in quartam imputaretur, illa tamen dubitandi ratio apud Vlpianum quòd non fuerat dictum à donatore vt conferri deberet, sed tantùm vt imputari, quod longè diuersum est, Alioqui si pro eodẽ haberetur, vtiq. dicendũ esset nõ solùm omnia quæ in quartã imputãda sunt cõferri oportere, sed etiã è cõtrario quicquid cõfertur imputandũ esse quod *Iustin. negat. in l. penult. C. de collat.* Nec quod Iustin. ibi dicere videtur hanc veteris quoque iuris regulã fuisse, nõ ab omnib. tamẽ admissam vt quæcũq; in quartã imputanda essent illa etiã conferri oporteret, facere posse videbatur apud Vlpianũ vt donatio inter viuos ob id magis deberet cõferri, rupto per querelã testamẽto, quia donationis tẽpore id actũ fuerat vt in quartã imputaretur. Illa. n. cõuentio de huiusmodi donatione in quartã imputanda non ad alium casum pertinere poterat quàm in quo de quarta tractari posset, ac proinde quo factum esset testamentum illúdque validum, & vtile ad testamentariam hereditatem inducendam retinendámque non quo succederetur ab intestato. Itaque rupto per querelam testamento non magis conuentioni in casum testamentariæ successionis collatæ locus vllus videri relictus poterat, quàm ipsi successioni testamentariæ, quam tamen certum est nullam superesse post querelam inofficiosi rectè perlatam. Estque mala & captiosa illa ratiocinatio si quis ita argumentetur, Omnia quæ imputanda sunt in quartã, etiam conferuntur: Atqui hæc donatio erat imputanda in quartã ex lege donationi dicta per donatorem: Ergo est conferenda ex eiusdem donatoris voluntate. Maior enim propositio ad ea tantũ pertinet quæ sui natura sunt imputanda in quartã, non etiam ad ea quæ ex cõuentione dũtaxat, siquidẽ facta cõuentione in casum testati nulla ratio est, vt ad casum intestati eadẽ cõuẽtio accõmodetur nec vt aliud iuris cõstituatur, quàm si testamentũ nullũ, factũ

fuisset, nulláq; cōuentio circa causam testati. Cessante porro cōuentione certum est, nō fore ab intestato cōferendā donationem simplicē simpliciter factam. Ergo neq; conferenda videbatur rupto per querelā testamēto, tametsi donationis tempore actum esset de illa in quartā imputāda. Et sanè ita esset si non ab hoc ipso donatorio querela proposita fuisset, at fortassis à fratre qui dorationis collationē sibi fieri postularet. Hoc .n. casu cū nihil ei posset imputari, sed fratri potiùs qui querelā instituisset putā vtroq; filio immerenter exheredato, & extraneo instituto, Rogo qua frōte donatario huic posset quicquā obijcere frater qui ipse patris iudiciū euertisset? Aut cur testamento per querelā rupto debeat melior fieri cōdicio fratris qui nullā à patre donationē habuit, ob id solùm ꝙ frater, idémq; donatarius ruperit etiā pro sua parte testamētū, cū si nullā is querelā proposuisset, nō eo magis tamen alius quicquā supra suū semissem fuisset cōsecuturus, manēte scilicet valido testamēto pro parte fratris nō conquerētis. Postquā placuit absurdū nō esse vt ex postfacto quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestat' *l. Papi. 8. §. sed nec impub. l. nā etsi. 15. §. vlt. l. circa. 24. D. de inoff. test.* Se' cū ille ipse cui fuerat inter viuos donatū ea lege vt donationē in quartā haberet, nō cōtentus donatione mortuo patre cōqueritur de inofficioso rumpítq; testamentū tanquā qui nec iustè sit exheredat', nec eā portionē habeat, quę necessaria esset ad quartā excludendā, ratio æquitatis certè nō patitur, vt retineat ille pręcipuā donationē quasi ex iudicio patris quod ipse vltro impugnauit. Nā cùm alia ratione sibi victoriā nō comparauerit, quàm quòd donationem sibi factā ea lege vt amplius nihil peteret, noluerit habere pro facta, æqui boniq; cōsulere debet sic etiā cū eo agi acsi donationē nullā à patre accepisset, quo casu non esset nunc de quo posset queri an pręcipuū illud habere deberet, necne. Et si verò aliud Donari quid ea lege vt in quartā habeatur, id est vt pro quarta sit, Aliud verò donari ea lege vt in quartā imputetur, propterea quòd priore casu id agitur vt nihil præterea sub quartæ prętextu peti possit, posteriore verò nō vt nihil sed vt tātominùs petatur nō tamen dubito, quin vtriq; casui cōmune illud sit vt cōferri debeat ab intestato ruptóq; per querelā testamento ea donatio de qua fuerat actū vt vel pro quarta haberetur, vel in quartā imputaretur, si testamentū nūquā ruptū fuisset. Vtroq; .n. casu donatoris volūtas illa est vt donatio præcipua nō retineatur, quia nec pręcipuū videri potest ꝙ vel solū habetur vel in causā siue legitimę siue testament riæ successionis imputatur, siue in portionē ipsā bonorū quā vulgo legitimā, aut, vt alij, legitimariā appellāt, siue in portionē successionis legitimę imp t tur. Quare nec mirū illud est vtroq; casu cōferri donationē ab intestato quę sic facta fuerit, quoniā quę ratio volūtatis faceret vt si ex testamēto succederetur, ea imputatio fieri deberet, ne cōtra patris volūtatem haberet filius præcipuū quod ei donatū ita fuit ne præcipuum habere posset, eadem facit vt cùm ab intestato succeditur collationi locum esse oporteat, ne violata ea patris volūtate quę testamento declarata fuit, rupto scilicet per querelam testamento, illa etiam voluntas quæ fuit expressa in donatione violetur, quod planè absurdū esset. Nec enim querela inofficiosi testamenti quę testamētum rumpit potest etiam rūpere legē donationis inter viuos factę dictā siue illi ipsi qui cōquest' fuit siue alij facta donatio sit, pręsertim verò quę tātū abest vt sit inofficiosa eo sensu quo inofficiosas donationes solemus dicere per querelā inofficiosę donationis rescindēdas, de quib. in tit. *C. de inoff. donat.* vt è cōtrario nō alio prætextu fiat irrita

quàm

quàm quod sit manca minúsq; sufficiens ad filiū à querela submouendum. Fit quidem irrita tota donatio, quia perinde & in tanta portione non tantùm hereditatis, sed etiā bonorum succedit filius donatarius acsi nullā donationē accepisset, at non potestate querelę inofficiosi testamēti, sed quia cùm donatarius legi donationis stare nolit, nec tamen donatoris sui voluntatē diuidere possit, necesse est vt à tota donatione recedat, qui recedit à lege donationis. Nec proinde mirum est si quod fuerat donatum, conferatur acsi donatū non fuisset, quia quāuis ex donatione etiā quę certam legem habuit translatum sit dominiū. *l. 1. 2. 3. & pass. C. de don. quæ sub mod.* habetur tñ pro nō translato, saltem quod ad effectum & vtilitatem donationis, cùm reuocatur ipso iure donatio propter non impletam ipsius legem. *l. vlt. C. de reuoc. don.* Vt possit dici collationem hanc nō tam collationem esse quā donationis restitutionem. Ea nāq; conferri dicuntur quæ sunt conferentis, hæc aūt donatio non tam ideo cōfertur quod sit donatarij, quàm quod per propositam à donatario querelā inofficiosi testamēti reuocata sit, virésq; habere desierit. Quare nec malè quis dixerit non donationem ipsam conferri quæ amplius nulla est, sed potiùs id quod aliquando donatum fuit, vt loquitur Vlp. in *d. l. si nō mortis.* relatione sc. facta non tam ad donationem ipsam, quę sublata sit, quā ad rem donatā quæ in rerū natura mansit, & in donatarij non quidē dominio, sed tamen possessione. Cęterū hoc etiā casu quo facta fuerat donatio inter viuos ea lege, vt in quartam haberetur, ruptúmq; postea est testamentū, si quęratur quamobrem donatio illa inter viuos ab intestato conferatur: non illa rō reddenda est, quā illi putant contra quos disputamus, ꝙ facta esset donatio ea lege vt in quartā imputaretur, cùm ꝓ non facta habeatur non impleta ea lege donationis, nec illa rursus, ꝙ ab intestato soleat locus esse collationi, quandoquidē nō magis ab intestato quā ex testamēto cōferri deberet donatio inter viuos, q̄ valeret, sed vtraq; ratio ingenda est, ꝙ cùm neq; donatio, neq; testamentum valet, sicut nihil est quod intestati successionem impediat, ita neq; quod possit impedire collationem in eum statum repositis omnib. in quo essent, si neq; donatio, neq; testamentū vllum antea fuisset. Nihil igitur hac parte refert an donatio illa idcirco non valeat, quòd non fuerit paritum legi dictæ à donatore, an ob id solū quod ab initio fuerit inutilis collata nimirū in eum filiū qui donationis tpe fuerit in potestate. Vtriq; .n. casui cōmune illud est, vt neq; præcipua sit, neq; valeat donatio, nec alia differētia est, nisi quod donatio in priore casu valuit ab initio, nec tā valere desinit, q̄ reuocata esse intelligitur. In posteriore verò nec valuit ab initio, nec postea valet. Nō ab initio quia ius patrię potestatis fuit impedimēto. Non ex postfacto, quia quod in aliis donationib. à patre in filiūfam. collatis obtinet, vt solo patris silentio mortéq; cōfirmētur & cōualescant, vt loquitur Paul. *lib. 5. sent. tit. 11. de don. § pater.* ad hanc donationis speciē non pertinet, quæ quāquam inter viuos non tñ simpliciter facta est, sed ea lege vt in quartā haberetur, ac proinde nisi cum eadē sua lege & cōditione quā ab initio habuit, conualescere non pōt, quę porrò conditio deficit, atq; ita irritā facit donationē cū donatarius filius non cōtentus donatione euertit testamētū, succeditq; ab intestato. Et ex hac differētia illa quoq; nascitur, q̄ priore casu pōt dici locū esse collationi eo sensu quē iā attulimus, minùs in ꝓpriè q̄ posteriore. Quēadmodum .n. collatio propriè est eorū bonorū, quę sunt propria conferentis, ita minùs impropriè pōt accōmodari ad ea, quę aliquādo fuerunt donatarij, licèt esse desierint, quā ad ea quæ nunquam. Etsi iā sæpius monuimus in præcedētibus, quod & nunc repetere cogimur,

nullum quæstioni de collatione donationis locũ esse posse, cùm donatio inualida est & inutilis, qualis est ea quæ filiofamilias fit à patre. Qua ratione semper in eo perstamus, vt & *d.l.pen.C.de collat.*& omnes iuris locos, qui de simplici donatione conferenda, vel non conferenda loquuntur, putemus de ea donatione intelligi debere quæ valeat, & consequenter quę à patre profecta sit non in filiumfamilias, sed in emancipatum. Neq; repugnat Vlp. in *d.l.si non mortis.* non solùm quia minimè loquitur de donatione quæ in filium collata sit, potéstq; facilè intelligi de donatione facta cuilibet alij personæ ex iis quę pręter liberos ad inofficiosi querelã admittũtur, sed etiã quia tametsi de filio, ac donatione in filium collata loqueretur, posset tamen deberétque restringi ad filium emancipatum, in cuius persona non dubitatur quin valeat donatio etiã à patre profecta.*l.2.C.de inoff.donat.l.siue emãcipatis.17.C.de donat.* nã & emancipatos ad inofficiosi testamenti querelã aliorum liberorum exemplo admitti constat.*l.si ponas.23.D.de in off.test.l.nõ putauit.8.D.de bon.poss.cõt.tab.*nisi quod vt fiant capaces proponendę querelę quę est ex iure ciuili cui sunt ipsi incogniti, coguntur ante omnia petere bonorum possessionem, quę ob eã causam dicitur litis ordinandę gratia de qua in *l.posthumus.6.§.vlt.cũ duab.seqq.D.de inoff.test.* Quid ergo vetat Vlp. intelligere de donatione quę collata sit in emancipatum, vt & quod scriptum est a Iustin. in *l.si quando.35.§.& generaliter.C.eo.*in iis verbis, *vel inter viuos sub ea conditione, vt hac inter viuos donatio in quartã ei cõputetur.* Quomodo & quod in eiusdẽ *legis.§.præcedente,* cui sequens cohęret, scriptum legimus de pactione prohibita inter patrem & filium, De non mouenda inofficiosi querela, non de alio filio accipi põt, quã de illo, qui sit emancipatus, cùm alioqui nulla prohibitione aut lege opus fuerit ad infirmandam pactionem factam inter patrẽ & filiumfamilias, quam satis impedit ius ipsum patrię potestatis.*l.imperator.50.D.ad SC.Treb.*Igitur non video qua arte possis ex iis Vlp.& Iustin. locis colligere donationem inter viuos à patre in filiumfamilias profectã, siue conferendam, siue non conferendam esse: nec illud rursus quod isti inferunt, rupto per querelam testamento non aliter conferendam olim fuisse donationem inter viuos filiofamilias factã à patre, quàm si donator eam legem liberalitati suę apposuisset. Nam cùm in *d.l.si nõ mortis.*non donatio conferatur, vt iã diximus, sed id quod donatum est, id verò quod donatũ est non quia donatũ, sed quasi nec donatum propter nõ impletam donationis legem, apparet fieri in ea specie collationẽ nõ ob voluntatem donatoris, qui nec illã cõuentionẽ fecerat, vt res donata conferretur, sed e diuerso vt in quartã haberetur, at ex mera ratione iuris cõmunis, non illa quidem quę facit, vt ab intestato collationi sit locus[ea namq; regula, neq; pertinet ad donationes inter viuos quę valent, quas ideo conferri nunquam debere certum est nisi cùm ab initio sic dictum fuit, neq; ad eas quę non valent, de quibus nec dubitari põt an conferendæ sint necne] sed illa quæ non patitur, vt pręcipua retineatur donatio etiam, quæ valuit, ab eo qui donationis legem non impleuit. Quòd si ius ita esset, vt donatio à patre in filiumfamilias collata conferri ab intestato deberet, vt iidem volunt, profectò hęc eadem ratio faceret, vt apud Vlp. quoq; .i. rupto per querelam testamento filius idémq; donatarius cogeretur factã sibi donationẽ cõferre: nimirũ quod nihil posit interesse, an pater ab initio intestatus decesserit, an verò ruptũ sit eius testamentũ per querelã inofficiosi: nec petenda esset ratio faciendę collationis ex eo quod pater donasset adiecta ea

lege,

lege,vt in quartam haberetur. Quid.n.attineret recurrere ad voluntatem donatoris,tota donatione per in obseruantiam,vt aiunt,irrita facta? Sed quia ius ita est vt donatio inter viuos non magis ab intestato quàm ex testamento conferatur,fatendum est non eam rationem mouisse Vlpianum vt hanc donationem filio inter viuos factam conferendam esse diceret, quòd ab initio testamentum factum,& subinde per inofficiosi querelam ruptum fuisset,sed hanc vnam potiùs,quia esset nõ modò iniquũ verũ etiã absurdũ aliquid precipuum habere filiũ ex ea donatione cuius legi parere noluisset. Obseruãdũ autẽ est Vlp.in *d.l.si nõ mortis*,cùm ita loquitur,*põt d ei inofficiosi querelã cessare si quartã in donatione habet,aut certè conferri oportere id quod donatũ est*, nõ sic accipiendũ esse quasi det ille donatario electionem an velit querelam proponere,an verò citra querelam cõferre & succedere cõferendo. Sed vt distingui oporteat,an quod filio donatum fuit,quartã faciat an nõ. Vt si faciat, cesset querela nec proinde quærendũ amplius sit an conferri aliquid debeat nécne,cùm certissimi iuris sit nihil debere cõferre filium qui nõ succedit. Si verò nõ ascendat ad quartã donatio,nõ submoueat querelã nec proinde obstet quominùs faciat exitũ intestati testator rupto per querelam testamento: quo facto quia neq; testamentũ vllũ superest quod ponimus ruptũ fuisse in totum neq; donatio vlla,nẽpe quã ponimus factã fuisse nõ purè sed certa lege ac cõdicione cui nõ fuerit obtemperatũ, quid aliud cõsequẽs esse põt nisi vt hic donatarius succedat ab intestato prorsus eodẽ modo & iure,quo succederet si nunquã donatio facta fuisset,nũquã conditũ testamentum. Itaq; verba illa,*aut certè* neq; dãt electionẽ,neq; dubiã Vlpiani sententiã præferunt [de quo.n. potuerat tãtus vir dubitare in re tã aperti iuris?] sed secundã partẽ exprimunt eius distinctionis,quam in hac quæstione adhiberi est necesse. In referendis verò suprascriptis Vlpiani verbis cõsulto pretermisimus totã illam intermediã clausulã,*aut si minùs habeat, quod deest viri boni arbitrio repleatur*, tanquã quæ nõ sit Vlpiani sed siue imperiti alicuius interpretis,siue quod æquè facilè crediderim Triboniani respicientis ad Iustiniani constitutionem in *l.omnimodo.30.C.eod.* quæ primùm induxit vt qui habet minùs quarta non idcirco querelã inofficiosi proponere possit vt antea,sed ad supplementum quasi ex testamento agere compellatur, cùm olim nec si voluisset,alio tamen remedio vllo quàm per querelã sibi prospicere potuisset. Idq; ita esse apparet nõ ex eo solùm quod in *Pand.flor.*tota illa clausula parẽthesi circumscripta est, vt solent cætera quæ sunt suspecta, sed ex eo quoq;, quod cùm & præcedentia & sequentia habeant infinitiuum,*põt dici cessare*,& postea,*aut certè oportere*, conueniẽs erat vt media quoq; ad eandẽ constructionẽ pertinentia sic conciperentur si ex eadẽ fuissent manu,*aut si minus habeat id quod deest viri boni arbitrio repleri*,non vt scriptũ est, *repleatur*, prorsus ineptè & incõcinnè. Adde quòd si iã tũ fuisset locus actioni ad supplementũ, quã etiã repletionẽ vocat Tribon.in *l.scimus.36.vers.repletionẽ.C.de inoff.testam.*non fuisset quærendũ de collatione, quia huiusmodi actionis ad supplementum propriũ illud est,vt testamentũ conseruet *d.l.omnimodo*, subsistẽte autẽ testamento nõ de collatione,sed de imputatione quæri oportuisset,non ob id solùm ꝙ olim ab intestato tantùm non ex testamẽto collationi locus esset, sed etiam quia supplemẽti nomẽ ipsum demonstrat nihil nisi legitimã deberi ei qui agit ad supplementũ, aut potiùs nihil nisi quod legitimæ portioni deest,atq; ita id quod iam acceptum est in legitimam omnimodo im-

putari. Quapropter nec hodie aliud respondebo, quàm quod olim Vlpian. respondisset in *d.l.si nõ mortis*, si quæras. An donatarius agens ad supplementum conferre debeat quod accepit ex donatione inter viuos. Etsi. n. placuit Iustiniano esse hodie locum collationi etiam facto testamento, negabo tamen conferre illum debere, qui non succedit. Sed dicam imputare eum debere in legitimam quod sibi donatum est, vt tanto minùs ei suppleatur: Quia non fecit Iustinianus nec facere potuit, vt omnimodo collationi locus esse debeat facto testamento, sed tantùm vt conferre debeat etiam is qui succedit ex testamento non minùs quàm si succederet ab intestato. Vnũ est quod iis omnib. quæ diximus obiicitur ab interpretibus illis quorũ sententiam refutamus. Nẽpe quod Iustinianus cùm scribit in *d.l.pen.C.de collat.* donationem simplicem conferendã nõ esse nisi eã expressè legẽ donator dixerit eo tempore quo donauit, nõ videatur posse intelligi de donatione collata in emancipatum filium, quẽ scil. certũ est fratrib. in potestate retentis conferre debere oẽs donationes quas à patre acceperit siue ipso emancipationis tempore siue post emancipationem *l. vt liberis. 17. in fin. & pass. eod. tit.* fratribus verò emancipatis prorsus nihil. *l. si emancipati. 9. eod.* Sed iam respõdimus ad finem capitis tertij. Immo verò inter emancipatos posse locũ esse collationi, dotis scilicet vel donationis propter nuptias quę à patre sit profecta, vt cõstat ex *l. filia dotẽ. 4. eod.* Qui casus ille ipse est quem Iustin. tractat in *d.l.pen. constituens.* vt cùm dos vel donatio propter nuptias ab vno ex liberis confertur, similiter etiam donatio simplex ab alio conferatur, quę tamen alioqui non conferretur. An ergo constitutionẽ illam quę generalis esse támq; multos casus cõplecti videtur, ad hunc vnum restringemus quo agatur de collatione inter emancipatos, quorum alterutri data sit à patre dos vel donatio propter nuptias? Nequaquam. Esset. n. id sanè parũ probabile. Sed dicimus eadẽ constitutione plures alios casus cõtineri, putà si à matre dos data sit, vel donatio propter nuptias, aut etiã ab auo proauóve materno. Quinetiã si à patre ipso dos data fuerit, aut donatio propter nuptias filio nõ ęmancipato, sed in familia retento. Postquã Leoni placuit in *d.l. vt liberis.* vt sui quoq; debeant emãcipatis cõferre dotẽ, vel donationẽ propter nuptias acceptã à patre: nec. n. hodie distinguimus, an in suũ heredẽ collata sit à patre dos vel donatio propter nuptias, an in emancipatum, sed hanc distinctionem adhibemus tunc tãtùm cùm agimus de simplici donatione inter viuos facta quam dicimus ponendũ semper esse collatã fuisse in emancipatum, non in filiumfamilias, siue à patre ipso, siue ab alio quolibet facta proponatur, ideóq; Iustin. cõstit. ex hac parte restringendam necessariò esse ad emancipatos, siue cum suis heredibus, siue cum emãcipatis succedentes ob eas rationes quas attulimus in precedẽtibus.

ERROR SEXTVS.

De collatione dotis, siue profectitia, siue aduentitia, & siue filiafamilias fuit, siue emancipata.

Separanda est in hoc tractatu, vt in aliis plerisq; profectitia dos ab aduentitia, itémq; filia emancipata ab ea quę in potestate retẽta sit, rursúsq; distinguendum an suis heredibus conferendũ sit, an emancipatis. Filiã emancipatã certũ est suo heredi fratri conferre debere dotẽ quamlibet, siue profectitiã, siue aduentitiã, vt & cętera bona sua omnia vndecunq; acquisita. *l. filia dotẽ. 4. C. de coll.* Ratione illa generali quæ

ius &

ius & ęquitatē collationis induxit, quod aduentitiā dotem sibi propriam non potuisset habere filia, si non fuisset emancipata. *l.1.D.eod.* Emancipato verò fratri aduentitiā quidē dotem cōferre non debere, sed profectitiā debere. *d.l. filię.* Cur aduentitiā non conferat, rō non est obscura, quia non pōt videri aliqua in eo fieri iniuria fratri qui etiā ipse est emancipatus, quiq; nō plus iuris habeat, q̄ soror ad succedēdū in bonis paternis, siue iure ciuili, siue pretorio, vt proinde nō possit ille obiicere sorori quod appetēdo paterna appetat aliena. Quę generalis rō est, ꝓpter q̄ inter emācipatos cessat collatio. *d.l.1.l.si emācipati.9. C.eo.* Sed hoc ipsum est ꝙ facit, vt mirū videri debeat ꝙ dicimus ꝓfectitiā dotē à filia emancipata etia emācipato fratri conferendā esse. Quonā.n. colore frater q̄ etiam ipse emancipatus est profectitiæ dotis collationē petit? Quasi verò alioqui futurū esset, vt iniuriam ei faceret soror aspirans ad paternam successionem si non cōferret. Hoc.n. præcipuū est, quod in edicto de collationibus ante oculos habet pretor. Atqui tantūdem iuris habet soror hęc ad succedendū quātū frater cùm ambo sint emācipati. Ergo cessante colore iniurię, cessare videtur color etiā petēdæ collationis. Quod si ad eam rationem respicias quæ noui iuris est potiùs quā veteris, & ad quā potissimū respexerunt posteriores Imperatores in constituendo iure de collationibus, nimirum vt inter liberos seruetur ęqualitas. An nō potiùs inducitur inęqualitas īter emācipatos cùm ex vna parte dos cōfertur, ex altera verò nihil est quod cōferatur. Nā si Iustin. in *l.pen.C.eod.* tū quoq; cùm vni ex liberis dos à patre data fuit, in aliū verò collata simplex donatio, constituit vt donationem illam simplicem cōtra iuris cōmunis regulas cōferri oporteat, ne aliter posito iure inæqualitas aliqua inter liberos induceretur, planè consequens fit vt si dotis collationem à sorore petere liceat fratri qui nullā ipse donationē habeat quā cōferre possit hoc ipso inducatur inæqualitas ob idq; cessare collatio debere videatur. Et tamē iā olī ita ius fuisse, vt dos ꝓfectitia īter emācipatos quoq; cōferri deberet, apertè cōstat ex *d.l.filię dotē,* quāuis quod ibidē Imp. Gord. addit *post varias prudentiū opiniōes,* ostēdat satis nō bene de hoc inter prudētes veteres cōstitisse. Puto rōnem, q̄ dotis profectitiæ collationē ēt inter emācipatos induxit illā fuisse, quod profectitia dos iā olim nō magis esset filiæ emācipatæ, quam filię retentæ in potestate, sed vtroq; casu in patris adhuc iure quodāmodo esse crederetur proptereà ꝙ præmoriente filia ī matrimonio siue cū liberis siue sine liberis dos à patre ꝓfecta ad patrem reuertebatur, nec magis emācipata quā filiafamilias poterat in dote profectitia siue testamētariū, siue legitimū herede habere, vt plurib. à nobis probatū est *li. 13.coniect.c.4.& 5.* Proinde si è contrario accideret vt pater ant. filiam emancipatam moreretur, æquum erat vt quamuis eo casu dos esset omnino filiæ, perinde tamen illam conferre teneretur acsi non fuisset ipsa emancipata, cùm nō plus iuris in eā dote habuisset quàm si emancipata nō esset. Nam & in filiafamilias idem contingeret, vt præmortuo patre sola dotis repetendæ ius haberet, nec eo minus tamen conferre dotem fratribus cogeretur, vt postea dicemus. Quasi filia quæ dotem habet à patre profectam, siue in potestate retenta siue emancipata sit, habeat tale quid quod adhuc paternū quodā modo esse videatur, aut saltē paternorū bonorū quodāmodo iure cēsēdū. Quanquā nē rōne posset quis fortasse cōtra putare tantò minùs locū fieri posse quæsti de cōferēda dote, cū dici soleat quod & nos monuim.⁹ sępius ī pręcedētib. nō alia bona cōferri posse quā ea q̄ sunt cōferentis, quando q̄lē pri⁹ est vt

stinctio longè improbabilior est, quam isti comminiscuntur de donatione simplici conferenda ab intestato quidem, at nō ex testamēto rupto per querelam inofficiosi. An non enim succeditur ab intestato, cùm testamentum ruptū est per querelam? *l.circa.24.l.mater decedens.19.de inoff.test.* Aut quid refert an decesserit quis intestatus ab initio an ex postfacto vt eo magis minúsve debeat esse locus collationi? An non pugnat hæc distinctio cum toto iure vetere, cuius forma illa erat vt ex testamento quidem valido cessaret collatio, ab intestato verò omnimodo locū haberet? *l.1.C.eod.tit.de coll.* Hoc enim potissimum est quod Iustinianus innouauit *Nouell.18.de trient. & semiss.§.illud.* vt hodie collationi locus sit, etiam facto testamento nisi prohibita sit collatio, cùm olim non esset locus nisi testator nominatim id præcepisset. *l.1.C.eod.* Nempe quia respexit Iustinianus ad æqualitatem inter liberos quantum fieri possit conseruandam omni casu etiam ex testamento, cùm tamen prætor olim nihil aliud curaret nisi ne qua liberis in potestate retentis fieret iniuria per emancipatos succedentes iure prætorio siue per contra tabulas siue per bonorum possessionē *unde liberi*, quę porrò iniuria nulla est cùm emancipatus aut etiam suus ex testamēto consequitur eam partem quā testator ipse voluit ad eum pertinere. Nam & persona prorsus extranea quæ non esset ex liberis, tantundem si fuisset instituta, consequeretur. In quo tamen illa incurrit hæsitatio, quod etiam ab intestato factis codicillis si nihil aliud petatur nisi quod codicillis relictum est æquè cessat collatio *l. à. patre 18.l.filiam.16.C. eod.* eadem prorsus ratione, quia nullam iniuriam fratri facere videri possit filius siue suus siue emancipatus qui nihil consequitur nisi ex patris voluntate. Tam autem voluntas patris est ea quam declarauit codicillis quàm quæ declarata fuerit testamento. Atqui non eò minùs verum est decessisse ipsum intestatum, tametsi codicillos fecerit. Neque enim testamētum sunt codicilli ab intestato facti. Ergo, inquies, non tam illa distinctio adhibenda est, Vtrum factum sit testamentum necne, quàm vtrum filius ex voluntate patris succedat an contra vel præter voluntatem. Sed respondendum est, immo necessariam esse illam distinctionem, Vtrum sit factum testamentum necne, quotiescunque filius contra quē collatio petitur succedit patri, iure ac titulo vniuersali, siue sui heredis siue bonorum possessoris, quia nullo facto testamento siue suus siue emācipatus sit ille cui collationis onus irrogatur, cùm succedit in vniuersitate bonorum siue iure ciuili siue prætorio, siquidem emancipatus est eripit fratri qui mansit in familia partem bonorum paternorum, quæ alioqui tota debuissent ad suum heredem pertinere, ideóque facit ei iniuriam nisi conferat vicissim sua: si verò sit ex liberis in familia retentis cùm nihil possit habere proprium de quo possit quæri an conferre debeat necne præter dotem, vel ante nuptias donationem, hoc ipso debet eam conferre tam suis heredibus ex ratione iuris veteris quàm emancipatis ex constitutione Leonis in *lege vt liberis 17. Cod. eod.* quia quæ dote non est contenta vel donatione propter nuptias, sed præterea successionis partem capit, non succedit tanquam extranea persona sed tanquam ex liberis, ac proinde recusare non potest collationem siue dotis siue ante nuptias donationis, vt successionis intestati forma seruetur quæ illa est vt inter liberos omnes succedentes diuisio fiat siue hereditatis siue bonorum in partes æquales. In quo bonorū numero etiā dos vel donatio propter nuptias à patre profecta cōtinetur, propter eam rationē qua in sequētibus afferemus.

At

At cùm is cui aliquid in codicillis relictum est,ab intestato non succedit,nec aliud quicquam petit nisi quod ei à legitimis heredibus ab intestato venientibus præstari pater voluit, cessat collatio, quia quamuis relictum ei sit aliquid tanquam filio, percipit tamen extranei iure, hoc est eo prorsus modo quo caperet extraneus si ei relictum fuisset. Quæ sententia est *d.l.à patre.& d.l.filiam.* quam ita construi oportet,acsi scriptum esset filiam cum fratribus suis coheredibus intestato patri succedentem, si non conferat dotem nihil cõsequi posse iudicio familiæ erciscundæ,præterquam id quod ipsi relictum fuerit in codicillis: vt intelligamus vel abstinere illam debere ab hereditate patris, vel dotem conferre, alioqui si dotem conferre nolit officium arbitri familiæ erciscundæ tale esse debere, vt præter id quod in codicillis relictum est nihil ipsam cõsequi patiatur. Quod vereor ne nõ satis bene perceptũ sit à viro doctissimo Iacobo Cuiacio,qui *lib.3.obseruat.cap.30.probat d.l.filiam.& d.l.à patre.*ea quæ in codicillis relicta sunt non conferri. Quæ propositio licèt vera sit ob eam rationem quam attulimus, quòd relicta in codicillis extraneorum potiùs quàm liberorum iure capiuntur, quódque non nisi post mortem eius de cuius bonis agitur,acquirantur, ex iis tamen locis non probatur. Aliud enim est dicere ista non conferri, aliud verò posse filiam etiam non conferendo ea consequi, quæ sibi relicta sunt in codicillis, cùm patri non succedit. Alioqui eodem modo probares ne quidem dotem esse conferendam, quia in earum legum specie non magis dos confertur, quàm quod relictum est in codicillis: sed tamen diuersa ratione: Dos enim ideo non confertur, quoniam filia quæ dotem acceperat se abstinet patris hereditate. Relictum verò in codicillis ideò, quòd extranei iure percipitur, neque conferendum esset, etiamsi filia patri succederet ab intestato, quandoquidem si extraneo relictum esset non magis id quàm cætera bona sua conferre cogeretur. Nec leuior aliorum error est qui ex iisdem locis probant etiam factis codicillis locum esse collationi, quamuis non itidem sit ei locus facto testamento. Etsi enim hoc quoque verum vtrumque est, tamen ad has leges non pertinet. Quinimo posset quis potiùs probare ex *d.l. à patre.* factis ab intestato codicillis non fieri collectionem siquidem ibi negent Imperatores cogendam filiam ad collationem dotis,cùm tamen codicilli facti,& quidem ab intestato proponerentur. Vt & in *l.filiam.* factis etiam codicillis ab intestato non vrgetur ad collationem filia,ne quidem dotis,sed tantùm à paterna successione si non conferat,summouetur.Sed ea quoque argumentatio captiosa esset,quia collationi locus non est in iis legibus,non quòd codicilli ab intestato facti essent,sed quòd filia nollet ab intestato succedere, contentáq; esset dote & iis quæ sibi relicta essent in codicillis. Nam si ab intestato succedere voluisset, vtique conferre debuisset non quidem ea, quæ relicta fuissent in codicillis,sed dotem & cætera si qua erant quæ in collationem venirent. Itaque quod dicunt factis codicillis non eo minùs locum esse collationi, tunc verum est cùm succedere vult is, qui conferre debet, succedere verò non in iis tantùm quæ sibi relicta sunt in codicillis, quæ semper ei sunt præcipua,nisi relicta fuerint ea lege vt conferantur,sed in ipsa etiam vniuersitate bonorum pro parte quæ ad eum spectat, vel ciuili iure, vel prætorio. Eáque nimirum ratio differentiæ est inter testamentum, & codicillos,id est cur facto testamento non sit locus collationi,sit autem factis ab intestato codicillis: quia ex testamento quoties ritè factum est nec destituitur, necesse

est vt succedat quisquis succedit, ac proinde tanquam alius quilibet extraneus. Ex codicillis verò non succeditur, tum quoque cùm testamentum nullum factum est, sed ex sola lege, quandoquidem nec hereditas per codicillos defertur. Ideóque non possunt codicilli ab intestato conditi, facere vt conferri non debeant ea ipsa, de quorum collatione nullis factis codicillis minimè dubitaretur, quia neq; faciunt quominùs succedatur eo ipso iure quo succederetur si nulli facti essent, id est ex sola lege, quamuis tacita quoque voluntas patrisfamilias cócurrere videatur quoties ab intestato succeditur, siue codicillis aliquibus factis siuè nullis, quasi patrefamilias spóte sua relinquente legitimis successoribus suam hereditatem *l.3.l.conficiuntur.8. D.de iur.codicill.l.ab exheredat.126.de legat.*1. Sed non potest ea voluntas tacita vim tantam habere quantam haberet expressa ad impediédū ius collationis, quia nó sicut extranei iure capitur, quicquid ex vltima voluntate siue testamenti siue codicillorum percipitur, ita & iure extraneorum capere videri possunt, qui capiunt ab intestato. Soli enim sui aut legitimi, vel qui à prætore pro suis aut legitimis habentur, possunt ab intestato succedere, qui nullomodo succederent si extranei essent. Quæ cùm ita sint dubitari nó oportet, quin quod à Iustiniano constitutum est *d. Nouell. 18. de trient. & §.illud. Vnde sumpta est Auth.ex testamento.C.de collat.* De collatione ex testamento quoque faciéda, etiamsi nihil de eo cautum, dummodo nec quicquam prohibitum sit à testatore, sicuti pugnat cum iure vetere, sic & à iuris ratione omnino sit alienum. Ita enim fit vt qui habens pro se volútatem testatoris expressam quam perinde habere quilibet extraneus sine collationis onere potuisset, succedit iure cuiuslibet extranei, deterioris tamen cōdicionis sit quàm extraneus quilibet. Hoc nimirum colore, quem vnū præ oculis habuit Iustinianus, vt seruetur æqualitas inter liberos quos natura facit æquales siue sui sint siue emãcipati, siue ex testamento siue ab intestato succedatur. Legislator vetus id tãtùm curabat ne qua fieret iniuria ei cui pars successionis eripiebatur, si non ei conferretur: nec putabat illud etiam attendendum vtrum æqua lance succederent qui non æquo & pari iure ad successionem veniebãt. At Iustinianus contrà, quasi nullius planè momenti esset ea differentia, quæ ex suitatis & emancipationis dissimilitudine proficiscebatur, nihil aliud intuitus est nisi vt inter omnes cuiuscumque sexus & condicionis liberos æqualitas omnimodo seruaretur si non expressa testatoris voluntas repugnaret. *d. §.illud & d.l. penult.§.*1. quod etiam Leonis propositum fuerat in *l.vt lib.17.eod.* nisi quod iura collationis non fuerat ausus porrigere ad causam testati, vt in sequentibus dicemus. Et hæc quidem tractasse satis sit aduersus eos qui facilius esse putant vt simplex donatio in filiumfamilias collata conferatur ex testamento quod per querelam inofficiosi testamenti ruptum sit quàm si paterfamilias ab initio intestatus decessisset. Quasi testamentum quod per querelam ruptū est, vllum ex eo tempore vnquam fuisse videatur. Vt taceam Iustinianum in *d.l.penult.§.*1. nihil minùs, quàm de hoc casu cogitare, de quo ne verbū quidem. Sed indicandus & explicandus locus est qui viros alioquin doctissimos in hanc sententiam adeo improbabilem perduxit. Is est in *l.si non mortis.25.D.de inoff. testam.* De cuius emendatione ac interpretatione iam videmus.

ERROR QVINTVS.

De interpretatione & emendatione leg. si non mortis. 25. D. de inoffic. testam.

SI non mortis causa fuerit donatum, inquit Vlpianus, sed inter viuos, hac tamen contemplatione vt in quartã habeatur potest dici, querelam inofficiosi cessare si quartam in donatione habeat, aut si minùs habeat, quod deest viri boni arbitrio repleatur, aut certè conferri oportere id quod donatum est *l. si non mortis. 25. D. de inoff. testam.* Hinc quidam inferunt, proprium iam olim & singulare ius fuisse donationum inter viuos, vt quamuis ab intestato tantum non etiam ex testamento fieri collatio soleret, tamẽ facto quoque testamento conferri deberent si per querelam inofficiosi testamentũ postea ruptũ proponeretur. Quod sanè falsum est, nisi addas de ijs donationib. inter viuos factis id intelligendum de quib. loquitur eo loco Vlp. id est quæ ita factæ essent vt in quartã imputari deberẽt, cũ donator eas pręcipuas donatariũ habere noluisset. Quid enim tam contrariũ est imputationi faciendæ quàm haberi pręcipuum id quod voluerit donator imputari? Aliud autem proculdubio respõdisset Vlpianus si tractasset de donatione simplici simpliciter facta nec ea lege vt in quartam imputaretur. Quid.n. haberet cõmune talis donatio cũ iure successionis siue testamentariæ siue legitimæ, aut quid posset interesse donatarij an esset factũ testamentũ necne, vel an quod factum esset, postea ruptum fuisset per querelam aut non? Nam & facta donatione inter viuos hac lege vt in quartam imputaretur, illa tamen dubitandi ratio apud Vlpianum quòd non fuerat dictum à donatore vt conferri deberet, sed tantùm vt imputari, quod longè diuersum est, Alioqui si pro eodẽ haberetur, vtiq. dicendũ esset nõ solùm omnia quæ in quartã imputãda sunt cõferri oportere, sed etiã è cõtrario quicquid cõfertur imputandũ esse quod *Iustin. negat. in l. penult. C. de collat.* Nec quod Iustin. ibi dicere videtur hanc veteris quoque iuris regulã fuisse, nõ ab omnib. tamẽ admissam vt quæcũq. in quartã imputanda essent illa etiã conferri oporteret, facere posse videbatur apud Vlpianũ vt donatio inter viuos ob id magis deberet cõferri, rupto per querelã testamẽto, quia donationis tẽpore id actũ fuerat vt in quartã imputaretur. Illa.n. cõuentio de huiusmodi donatione in quartã imputanda non ad alium casum pertinere poterat quàm in quo de quarta tractari posset, ac proinde quo factum esset testamentum illúdque validum, & vtile ad testamentariam hereditatem inducendam retinendámque non quo succederetur ab intestato. Itaque rupto per querelam testamento non magis conuentioni in casum testamentariæ successionis collatæ locus vllus videri relictus poterat, quàm ipsi successioni testamentarię, quam tamen certum est nullam superesse post querelam inofficiosi rectè perlatam. Estque mala & captiosa illa ratiocinatio si quis ita argumentetur, Omnia quæ imputanda sunt in quartã, etiam conferuntur: Atqui hæc donatio erat imputanda in quartã ex lege donationi dicta per donatorem: Ergo est conferenda ex eiusdem donatoris voluntate. Maior enim propositio ad ea tantũ pertinet quę sui natura sunt imputanda in quartã, non etiam ad ea quę ex cõuentione dũtaxat, siquidẽ facta cõuentione in casum testati nulla ratio est, vt ad casum intestati eadẽ cõuẽtio accõmodetur nec vt aliud iuris cõstituatur, quàm si testamentũ nullũ, factũ

fuisset,nullaq; cōuentio circa causam testati.Cessante porro cōuentione certum est, nō fore ab intestato cōferendā donationem simplicę simpliciter factam.Ergo neq;conferenda videbatur rupto per querelā testamēto, tametsi donationis tempore actum esset de illa in quartā imputāda. Et sane ita esset si non ab hoc ipso donatorio querela proposita fuisset,at fortassis à fratre qui dorationis collationē sibi fieri postularet.Hoc .n. casu cū nihil ei posset imputari, sed fratri potiùs qui querelā instituisset putà vtroq; filio immerenter exheredato,& extraneo instituto,Rogo qua frōte donatario huic posset quicquā obijcere frater qui ipse patris iudiciū euertisset? Aut cur testamento per querelā rupto debeat melior fieri cōdicio fratris qui nullā à patre donationē habuit,ob id solùm ꝙ frater, idémq; donatarius ruperit etiā pro sua parte testamētū,cū si nullā is querelā proposuisset,nō eo magis tamen alius quicquā supra suū semissem fuisset cōsecuturus, manēte scilicet valido testamēto pro parte fratris nō conquerētis. Postquā placuit absurdū nō esse vt ex postfacto quis decedat pro parte testatus,& pro parte intestat' *l. Papu. 8.§.sed nec impub.l.nā etsi. 15.§.vlt.l.circa.24.D. de inoff.test.* Sed cū ille ipse cui fuerat inter viuos donatū ea lege vt donationē in quartā haberet,nō cōtentus donatione mortuo patre cōqueritur de inofficioso rumpitq; testamentū tanquā qui nec iustè sit exheredat',nec eā portionē habeat,quę necessaria esset ad quartā excludendā,ratio æquitatis certè nō patitur,vt retineat ille pręcipuā donationē quasi ex iudicio patris quod ipse vltro impugnauit.Nā cùm alia ratione sibi victoriā nō comparauerit, quàm quòd donationem sibi factā ea lege vt amplius nihil peteret,noluerit habere pro facta,æqui boniq; cōsulere debet sic etiā cū eo agi acsi donationē nullā à patre accepisset,quo casu non esset nunc de quo posset queri an pręcipuū illud habere deberet,necne.Et si verò aliud Donari quid ea lege vt in quartā habeatur,id est vt pro quarta sit,Aliud verò donari ea lege vt in quartā imputetur, propterea quòd priore casu id agitur vt nihil præterea sub quartæ pretextu peti possit,posteriore verò nō vt nihil sed vt tātominùs petatur nō tamen dubito,quin vtriq;casui cōmune illud sit vt cōferri debeāt ab intestato ruptóq; per querelā testamento ea donatio de qua fuerat actū vt vel pro quarta haberetur,vel in quartā imputaretur,si testamentū nūquā ruptū fuisset. Vtroq;.n.casu donatoris volūtas illa est vt donatio præcipua nō retineatur,quia nec pręcipuū videri potest ꝙ vel solū habetur vel in causā siue legitimę siue testament riç successionis imputatur,siue in portionē ipsā bonorū quā vulgo legitimā,aut,vt alij,legitimariā appellāt, siue in portionē successionis legitimę imp t tar.Quare nec mirū illud est vtroq; casu cōferri donationē ab intestato quę sic facta fuerit, quoniā quę ratio volūtatis faceret vt si ex testamēto succederetur, ea imputatio fieri deberet,ne cōtra patris volūtatem haberet filius præcipuū quod ei donatū ita fuit ne præcipuum habere posset,eadem facit vt cùm ab intestato succeditur collationi locum esse oporteat,ne violata ea patris volūtate quę testamento declarata fuit,rupto scilicet per querelam testamento, illa etiam voluntas quæ fuit expressa in donatione violetur,quod planè absurdū esset.Nec enim querela inofficiosi testamenti quę testamētum rumpit potest etiam rūpere legē donationis inter viuos factę dictā siue illi ipsi qui cōquest' uit siue alij facta donatio sit,prę sertim verò quę tātū abest vt sit inofficiosa eo sensu quo inofficiosas donationes solemus dicere per querelā inofficiosę donationis rescindēdas,de quib. in tit. *C. de inoff. donat.* vt è cōtrario nō alio prætextu fiat irrita quàm

quàm quod sit manca minúsq; sufficiens ad filiũ n à querela submouendum. Fit quidem irrita tota donatio, quia perinde & in tanta portione non tantùm hereditatis, sed etiã bonorum succedit filius donatarius acsi nullã donationẽ accepisset, at non potestate querelę inofficiosi testamẽti, sed quia cùm donatarius legi donationis stare nolit, nec tamen donatoris sui voluntatẽ diuidere possit, necesse est vt à tota donatione recedat, qui recedit à lege donationis. Nec proinde mirum est si quod fuerat donatum, conferatur acsi donatũ non fuisset, quia quãuis ex donatione etiã quę certam legem habuit translatum sit dominiũ. *l.1.2.3.& pass.C.de don.quæ sub mod.* habetur tñ pro nõ translato, saltem quod ad effectum & vtilitatem donationis, cùm reuocatur ipso iure donatio propter non impletam ipsius legem. *l.vlt.C.de reuoc.don.* Vt possit dici collationem hanc nõ tam collationem esse quã donationis restitutionem. Ea nãq; conferri dicuntur quæ sunt conferentis, hæc aũt donatio non tam ideo cõfertur quod sit donatarij, quàm quod per propositam à donatario querelã inofficiosi testamẽti reuocata sit, virésq; habere desierit. Quare nec malè quis dixerit non donationem ipsam conferri quæ amplius nulla est, sed potiùs id quod aliquando donatum fuit, vt loquitur Vlp. in *d.l.si nõ mortis.* relatione sc. facta non tam ad donationem ipsam, quę sublata sit, quã ad rem donatã quæ in rerũ natura mansit, & in donatarij non quidẽ dominio, sed tamen possessione. Cęterũ hoc etiã casu quo facta fuerat donatio inter viuos ea lege, vt in quartam haberetur, ruptúmq; postea est testamentũ, si quæratur quamobrem donatio illa inter viuos ab intestato conferatur: non illa rõ reddenda est, quã illi putant contra quos disputamus, ꝙ facta esset donatio ea lege vt in quartã imputaretur, cùm ꝓ non facta habeatur non impleta ea lege donationis, nec illa rursus, ꝙ ab intestato soleat locus esse collationi, quandóquidẽ nõ magis ab intestato quã ex testamẽto cõferri deberet donatio inter viuos, ꝗ valeret, sed vtraq; ratio iungenda est, ꝙ cùm neq; donatio, neq; testamentum valet, sicut nihil est quod intestati successionem impediat, ita neq; quod possit impedire collationem in eum statum repositis omnib. in quo essent, si neq; donatio, neq; testamentũ vllum antea fuisset. Nihil igitur hac parte refert an donatio illa idcirco non valeat, quòd non fuerit paritum legi dictæ à donatore, an ob id solũ quod ab initio fuerit inutilis collata nimirũ in eum filiũ qui donationis tpe fuerit in potestate. Vtriq;.n. casui cõmune illud est, vt neq; præcipua sit, neq; valeat donatio, nec alia differẽtia est, nisi quod donatio in priore casu valuit ab initio, nec tã valere desinit, ꝗ reuocata esse intelligitur. In posteriore verò nec valuit ab initio, nec postea valet. Nõ ab initio quia ius patrię potestatis fuit impedimẽto. Non ex postfacto, quia quod in aliis donationib. à patre in filiũfam. collatis obtinet, vt solo patris silentio mortéq; cõfirmẽtur & cõualescant, vt loquitur Paul. *lib.5.sent.tit.11.de don.§.pater.* ad hanc donationis speciẽ non pertinet, quæ quãquam inter viuos non tñ simpliciter facta est, sed ea lege vt in quartã haberetur, ac proinde nisi cum eadẽ sua lege & cõditione quã ab initio habuit, conualescere non põt, quę porrò conditio deficit, atq; ita irritã facit donationẽ cũ donatarius filius non cõtentus donatione euertit testamẽtũ, succeditq; ab intestato. Et ex hac differẽtia illa quoq; nascitur, ꝗ priore casu põt dici locũ esse collationi eo sensu quẽ iã attulimus, minùs in ꝓpriè ꝗ posteriore. Quẽadmodum.n. collatio propriè est eorũ bonorũ, quę sunt propria conferentis, ita minùs impropriè põt accõmodari ad ea, quę aliquãdo fuerunt donatarij, licèt esse desierint, quã ad ea quæ nunquam. Etsi iã sæpius monuimus in præcedẽtibus, quod & nunc repetere cogimur,

nullum quæstioni de collatione donationis locũ esse posse, cùm donatio inualida est & inutilis, qualis est ea quæ filiofamilias fit à patre. Qua ratione semper in eo perstamus, vt & *d.l.pen.C.de collat.* & omnes iuris locos, qui de simplici donatione conferenda, vel non conferenda loquuntur, putemus de ea donatione intelligi debere quæ valeat, & consequenter quę à patre profecta sit non in filiumfamilias, sed in emancipatum. Neq; repugnat Vlp. in *d.l.si non mortis.* non solùm quia minimè loquitur de donatione quæ in filium collata sit, potéstq; facilè intelligi de donatione facta cuilibet alij personæ ex iis quę pręter liberos ad inofficiosi querelã admittũtur, sed etiã quia tametsi de filio, ac donatione in filium collata loqueretur, posset tamen deberétque restringi ad filium emancipatum, in cuius persona non dubitatur quin valeat donatio etiã à patre profecta. *l.2.C.de inoff.donat.l.siue emãcipatis.17.C.de donat.* nã & emancipatos ad inofficiosi testamenti querelã aliorum liberorum exemplo admitti constat. *l.si ponas.23.D.de inoff.test.l.nõ putauit.8. D.de bon.poss.cõt.tab.* nisi quod vt fiant capaces proponendę querelę quę est ex iure ciuili cui sunt ipsi incogniti, coguntur ante omnia petere bonorum possessionem, quę ob eã causam dicitur litis ordinandę gratia de qua in *l.posthumus.6.§.vlt.cũ duab.seqq.D.de inoff.test.* Quid ergo vetat Vlp. intelligere de donatione quę collata sit in emancipatum, vt & quod scriptum est a Iustin. in *l.si quando.35.§.& generaliter.C.eo.* in iis verbis, *vel inter viuos sub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartã ei cõputetur.* Quomodo & quod in eiusdẽ *legis.§.præcedente,* cui sequens cohęret, scriptum legimus de pactione prohibita inter patrem & filium, De non mouenda inofficiosi querela, non de alio filio accipi põt, quã de illo, qui sit emancipatus, cùm alioqui nulla prohibitione aut lege opus fuerit ad infirmandam pactionem factam inter patrẽ & filiumfamilias, quam satis impedit ius ipsum patrię potestatis. *l.imperator.50.D.ad SC.Treb.* Igitur non video qua arte possis ex iis Vlp. & Iustin. locis colligere donationem inter viuos à patre in filiumfamilias profectã, siue conferendam, siue non conferendam esse: nec illud rursus quod isti inferunt, rupto per querelam testamento non aliter conferendam olim fuisse donationem inter viuos filiofamilias factã à patre, quàm si donator eam legem liberalitati suę apposuisset. Nam cùm in *d.l.si nõ mortis.* non donatio conferatur, vt iã diximus, sed id quod donatum est, id verò quod donatũ est non quia donatũ, sed quasi nec donatum propter nõ impletam donationis legem, apparet fieri in ea specie collationẽ nõ ob voluntatem donatoris, qui nec illã cõuentionẽ fecerat, vt res donata conferretur, sed e diuerso vt in quartã haberetur, at ex mera ratione iuris cõmunis, non illa quidem quę facit, vt ab intestato collationi sit locus [ea namq; regula, neq; pertinet ad donationes inter viuos quę valent, quas ideo conferri nunquam debere certum est nisi cùm ab initio sic dictum fuit, neq; ad eas quę non valent, de quibus nec dubitari põt an conferendæ sint necne] sed illa quæ non patitur, vt pręcipua retineatur donatio etiam, quæ valuit, ab eo qui donationis legem non impleuit. Quòd si ius ita esset, vt donatio à patre in filiumfamilias collata conferri ab intestato deberet, vt iidem volunt, profectò hęc eadem ratio faceret, vt apud Vlp. quoq; .i. rupto per querelam testamento filius idémq; donatarius cogeretur factã sibi donationẽ cõferre: nimirũ quod nihil possit interesse, an pater ab initio intestatus decesserit, an verò ruptũ sit eius testamentũ per querelã inofficiosi: nec petenda esset ratio faciendę collationis ex eo quod pater donasset adiecta ea

lege,

lege, vt in quartam haberetur. Quid.n. attineret recurrere ad voluntatem donatoris, tota donatione per in obseruantiam, vt aiunt, irrita facta? Sed quia ius ita est vt donatio inter viuos non magis ab intestato quàm ex testamento conferatur, fatendum est non eam rationem mouisse Vlpianum vt hanc donationem filio inter viuos factam conferendam esse diceret, quòd ab initio testamentum factum, & subinde per inofficiosi querelam ruptum fuisset, sed hanc vnam potiùs, quia esset nō modò iniquū verū etiā absurdū aliquid præcipuum habere filiū ex ea donatione cuius legi parere noluisset. Obseruādū autē est Vlp. in *d.l. si nō mortis*, cùm ita loquitur, *pŭt d ei inofficiosi querelā cessare si quartā in donatione habet, aut certè conferri oportere id quod donatū est*, nō sic accipiendū esse quasi det ille donatario electionem an velit querelam proponere, an verò citra querelam cōferre & succedere cōferendo. Sed vt distingui oporteat, an quod filio donatum fuit, quartā faciat an nō. Vt si faciat, cesset querela nec proinde quærendū amplius sit an conferri aliquid debeat nécne, cùm certissimi iuris sit nihil debere cōferre filium qui nō succedit. Si verò nō ascendat ad quartā donatio, nō submoueat querelā nec proinde obstet quominùs faciat exitū intestati testator rupto per querelam testamento: quo facto quia neq; testamentū vllū superest quod ponimus ruptū fuisse in totum neq; donatio vlla, nēpe quā ponimus factā fuisse nō purè sed certa lege ac cōditione cui nō fuerit obtemperatū, quid aliud cōsequēs esse pōt nisi vt hic donatarius succedat ab intestato prorsus eodē modo & iure, quo succederet si nunquā donatio facta fuisset, nūquā conditū testamentum. Itaq; verba illa, *aut certè*, neq; dāt electionē, neq; dubiā Vlpiani sententiā præseferunt [de quo.n. potuerat tātus vir dubitare in re tā aperti iuris?] sed secundā partē exprimunt eius distinctionis, quam in hac quæstione adhiberi est necesse. In referendis verò suprascriptis Vlpiani verbis cōsulto prętermisimus totā illam intermediā clausulā, *aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitrio repleatur*, tanquā quæ nō sit Vlpiani sed siue imperiti alicuius interpretis, siue quod æquè facile crediderim Triboniani respicientis ad Iustiniani constitutionem in *l. omnimodo.* 30. *C. eod.* quæ primùm induxit vt qui habet minùs quarta non idcirco querelā inofficiosi proponere possit vt antea, sed ad supplementum quasi ex testamento agere compellatur, cùm olim nec si voluisset, alio tamen remedio vllo quàm per querelā sibi prospicere potuisset. Idq; ita esse apparet nō ex eo solùm quod in *Pand. flor.* tota illa clausula parēthesi circumscripta est, vt solent cætera quæ sunt suspecta, sed ex eo quoq;, quod cùm & præcedentia & sequentia habeant infinitiuum, *pōt dici cessare*, & postea, *aut certè oportere*, conueniēs erat vt media quoq; ad candē constructionē pertinentia sic conciperentur si ex eadē fuissent manu, *aut si minus habeat id quod deest viri boni arbitrio repleri*, non vt scriptū est, *repleatur*, prorsus ineptè & incōcinnè. Adde quòd si iā tū fuisset locus actioni ad supplementū, quā etiā repletionē vocat Tribon. in *l. scimus.* 36. *vers. repletionē. C. de inoff. testam.* non fuisset quærendū de collatione, quia huiusmodi actionis ad supplementum propriū illud est, vt testamentū conseruet *d.l. omnimodo*, subsistēte autē testamento nō de collatione, sed de imputatione quæri oportuisset, non ob id solùm ꝙ olim ab intestato tantùm non ex testamēto collationi locus esset, sed etiam quia supplemēti nomē ipsum demonstrat nihil nisi legitimā deberi ei qui agit ad supplementū, aut potiùs nihil nisi quod legitimæ portioni deest, atq; ita id quod iam acceptum est in legitimam omnimodo im-

ius & ęquitatē collationis induxit, quod aduentitiā dotem sibi propriam non potuisset habere filia, si non fuisset emancipata. *l.1.D.eod.* Emancipato verò fratri aduentitiā quidē dotem cōferre non debere, sed profectitiā debere. *d.l. filiæ.* Cur aduentitiā non conferat, rō non est obscura, quia non pōt videri aliqua in eo fieri iniuria fratri qui etiā ipse est emancipatus, quiq; nō plus iuris habeat, q̄ soror ad succedēdū in bonis paternis, siue iure ciuili, siue prętorio, vt proinde nō possit ille obiicere sorori quod appetēdo paterna appetat aliena. Quę generalis rō est ꝓpter q̄ inter emācipatos cessat collatio. *d.l.1.l.si emācipati.9. C.eo.* Sed hoc ipsum est ꝙ facit, vt mirū videri debeat ꝙ dicimus ꝓfectitiā dotē à filia emancipatā etiā emācipato fratri conferendā esse. Quonā.n. colore frater q etiam ipse emancipatus est profectitiæ dotis collationē petit? Quasi verò alioqui futurū esset, vt iniuriam ei faceret soror aspirans ad paternam successionem si non cōferret. Hoc.n. præcipuū est, quod in edicto de collationibus ante oculos habet prętor. Atqui tantūdem iuris habet soror hęc ad succedendū quātū frater cùm ambo sint emācipati. Ergo cessante colore iniurię, cessare videtur color etiā petēdæ collationis. Quod si ad eam rationem respicias quæ noui iuris est potiùs quā veteris, & ad quā potissimū respexerunt posteriores Imperatores in constituendo iure de collationibus, nimirum vt inter liberos seruetur ęqualitas. An nō potiùs inducitur inęqualitas īter emācipatos cùm ex vna parte dos cōfertur, ex altera verò nihil est quod cōferatur. Nā si Iustin. in *l.pen.C.eod.* tū quoq; cùm vni ex liberis dos à patre data fuit, in aliū verò collata simplex donatio, constituit vt donationem illam simplicem cōtra iuris cōmunis regulas cōferri oporteat, ne aliter posito iure inæqualitas aliqua inter liberos induceretur, planè consequens fit vt si dotis collationem à sorore petere liceat fratri qui nullā ipse donationē habeat quā cōferre possit hoc ipso inducatur inæqualitas ob idq; cessare collatio debere videatur. Et tamē iā olī ita ius fuisse, vt dos ꝓfectitia īter emācipatos quoq; cōferri deberet, apertè cōstat ex *d.l. filiæ dotē,* quāuis quod ibidē Imp. Gord. addit, *post varias prudentiū opiniões,* ostēdat satis nō bene de hoc inter prudētes veteres cōstitisse. Puto rōnem, q̄ dotis profectitiæ collationē ēt inter emācipatos induxit illā fuisse, quod profectitia dos iā olim nō magis esset filiæ emācipatæ, quam filię retentæ in potestate, sed vtroq; casu in patris adhuc iure quodāmodo esse crederetur propterea ꝙ præmoriente filia ī matrimonio siue cū liberis siue sine liberis dos à patre ꝓfecta ad patrem reuertebatur, nec magis emācipata quā filiafamilias poterat in dote profectitia siue testamētariū, siue legitimū herędē habere, vt plurib. à nobis probatū est *li. 13. coniect. c.4. & 5.* Proinde si è contrario accideret vt pater ante filiam emancipatam moreretur, æquum erat vt quamuis eo casu dos esset omnino filiæ, perinde tamen illam conferre teneretur acsi non fuisset ipsa emancipata, cùm nō plus iuris in eā dote habuisset quàm si emancipata nō esset. Nam & in filiafamilias idem contingeret, vt præmortuo patre sola dotis repetendæ ius haberet, nec eo minus tamen conferre dotem fratribus cogeretur, vt postea dicemus. Quasi filia quæ dotem habet à patre profęctam, siue in potestate retenta siue emancipata sit, habeat tale quid quod adhuc paternū quodā modo esse videatur, aut saltē paternorū bonorū quodāmodo iure cēsēdū. Qua tamē rōne posset quis fortasse cōtra putare tantò minùs locū fieri posse q̄ōni de cōferēda dote, cū dici soleat quod & nos monuim⁹ sępius ī pręcedētib. nō alia bona cōferri posse quā ea q̄ sunt cōferentis, quando quidē pri⁹ est vt

habeat quis sibi proprium id quod cũ alio cõmunicare velit, quàm vt possit cõmunicare, quę tamen cõmunicatio fit per collationẽ. Ergo dicat aliquis, quod placet dotẽ profectitiam non tãtùm esse filię sed etiã patris, tale esse videtur vt collationẽ excludere debeat, potiùs quàm inducere. Verùm non ita est. Etsi enim negari non potest, quin aliquod ius in profectitia dote habeat pater quandiu viuit siue filiafamilias sit siue emancipata cui dos data fuit, illud tamen etiam verùm est dotem patrimonium esse filiæ viuo quoq; patre, nec minùs filięfamilias quàm emancipatę, ob idque dicitur dos etiã quæ promissa tantùm est, multo magis quę soluta abscessisse à bonis patris *l. 3. §. sed vtrum. D. de minor. l. in eum. 16. de relig. & sumpt. funer. l. 1. §. vlt. & l. vlt. D. de collat. dot.* Non igitur ea ratio tueri potest filiam siuę in potestate retẽtam siue emancipatã, quominùs conferre teneatur, dotẽ, quòd non habeat rẽ quã cõferre possit, Neque illa rursus quod dotẽ à patre profectã vsq; adeo pleno iure suam habeat vt non sit cogenda eã fratribus cõmunicare. Cur non enim cogatur communicare fratribus etiã emãcipatis dotem quam ipsi patri si viueret soluto vel morte viri vel per diuortiũ matrimonio cõmunem esse pati cogeretur? Ex quo etiã intelligimus cur dotẽ aduẽtitiã filia emãcipata fratribus emãcipatis cõferre nõ cogatur. Quoniã scilicet ita est dos illa filię emãcipatę vt nihil in ea iuris pater habeat vllo casu neq; cõstãte matrimonio neque soluto. Nõ quidẽ matrimonio cõstante quia eo tẽpore quęlibet dos siue profectitia siue aduẽtitia sit, est mariti aut saltẽ in mariti bonis vt loquitur *l. quãuis 75. D. de iur. dot. l. doce. 6 C. de rei vind.* Nõ etiã soluto, q̃a si quidẽ morte mulieris solutum sit matrimoniũ aduentitia dos tota remanet penes maritũ tametsi mulier patrẽ habuerit in cuius mãserit potestate vt scribit *Vlp. in tit. de dotib.* si verò morte viri, reddẽda est mulieri quę eo tempore capax dotis reperitur vt & cęterarũ rerũ omniũ cùm sit emãcipata. Vtrũq; ita, nisi extraneus qui dotẽ dedit eã sibi reddi stipulatus fuerit, quæ olim receptitia dos dicebatur. Si denique diuortiũ interuenisset non ideo tamen aut dos aut actio de dote videri posset cõmunis patri & filię. Quo .n. iure posset pater cõmunionẽ aliquã aut aliud ius p̃tẽdere in dote ab extraneo data filię emãcipatę? Quod si nullũ ius fuit viuẽtis patris in dote aduẽtitia filię emãcipatę data, quid obsecro causę esse potest, cur patris heredib. etiã emãcipatis, emãcipata soror eã dotẽ cõferre sit cõpellẽda? An nõ ita fieret ei iniuria. Ita sane perinde acsi cętera bona sua quolibet alio iure acquisita cõferre cogeretur, præsertim fratrib. cõtra nihil omnino cõferẽtib. At quid si agamus de dote quam pater dederit filię suę nõ emãcipatę, sed in potestate cõstitutæ. Nemo .n. nescit ius patriæ potestatis licèt impediat ne quid possit filia sibi acquirere à patre, tamẽ nõ efficere quominùs filia sit capax dotis cõstante matrimonio, perinde ac capax est patrimonij contrahendi *l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc.* Non quod magis ex causa dotis valeat donatio inter viuos à patre facta filięfamilias quàm ex alia qualibet, vt contra interpretes disputauimus *lib. 7. Coniectur. cap. 12. ex dict. l. Pomponius.* qua tamen sola illi mouentur, sed quoniã publicè interest etiã filiasfamilias nubere ad replẽdam liberis ciuitatẽ, nec patris mortẽ semper expectari, quas tamẽ sine dote, tam cõmodè tãq; bona cõdicione nubere impossibile esset, dotes verò maritis ita acquiri nõ possũt vt nullũ in ijs ius sit vxorũ. Itaq. necesse fuit admitti ęquè dotis atq. matrimonij filiãfamilias esse capacẽ. An igitur filiafamilias datã sibi à patre dotẽ cõferre cogitur? Eadẽ ferè dubitãdi ratio occurrit, quę circa filiã emãcipatam.

Vt non

vt nō videatur debere conferre dotē, quā scil. ita sibi propriā habeat, vt proprium ipsius patrimonium dici possit, à patris patrimonio separatam *d.l.vlt. D.de collat.dot.l.1.§.vlt.eod.l.filiū.4.D.de collat.* Quemadmodū.n.est inauditum, vt emancipatus emancipato patrimonium suum conferat *d.l.si emancipati.9.C.eod.* ita & illud multo alienius fuerit vt liberi in potestate retenti aliis liberis qui similiter in familia manserunt, si quid suum ipsi & omnino proprium habeant, id conferre teneantur. Cuius rei exemplum apertum est in peculio castrensi & quasi castrensi quod quoniam ita est filij, proprium eius patrimonium videatur, ab onere collationis immune est *l.2.D.de SC. Maced.l.vlt.D.ad.SC.Tertyll.l.1.§.nec castrense.D.de collat.* Quidni ergo idem constituimus in dote filiæfamilias si dos siue profectitia siue aduentitia illa sit proprium ipsius patrimonium est? Respondendū videtur quod respondimus in dote quam pater filiæ emancipatæ dederit, esse quidem illam patrimonium filiæ sed non vsque adeo vt non aliquod in ea sit ius patris etiam filia viuente, quin & multo maius quàm quod habet pater in dote filiæ emancipatæ, quia dos à patre profecta in filiam emancipatam aliquo casu penes eam remanere potest viuo quoq; patre, adeóq; penes ipsius heredes. Nimirū si solutū sit matrimoniū diuortio cui dederit causam culpa mariti dum ne quid dolo malo factū sit in fraudem patris *l.si filias.D.de diuort. l.filia mea.59.D.solut.matrim.* Itémq; si morte mariti solutū sit matrimoniū siue iam emancipatæ filiæ dos data fuerit, siue post dotem datam filia fuerit emancipata *l.2.in princ.l.si cùm dotē.22.§.eo autē tēpore.l.Titia.34.d.l.filia.59.eod.* Vno.n.tantùm casu dos à patre data filiæ emancipatæ ad patrem regredi potest vt ait *l.pater filia.71.D.de euict.* i. vt eiusdem legis sequentia explicant. defuncta filia in matrimonio ante patrem. At dos à patre in filiamfamilias profecta non hoc tantùm casu quo decesserit filia viuo patre regreditur ad patrem, sed siue diuortio siue morte viri solutū sit matrimoniū communis est patri & filiæ, ita vt non magis filia posit agere, de dote sine patre quàm pater sine filia *d.l.2.§.1.solut.matrim.* propterea quòd interest vtriusque, patris cuius officiū est dotare filiam quæ nullam habet dotem, filiæ verò cuius ipsa etiam dos est. Non ergo bona est comparatio dotis in persona filiæfamilias, & peculij castrensis vel quasi castrensis in persona filijfamil. qui miles aut quasi miles fuit, cùm nihil penitus iuris habeat pater neq; habere possit in eo peculio, quandiu filius viuit, qui de eo posit disponere vel inter viuos, vel in vltima voluntate, vt proinde mirum non sit si non conferatur dos autem conferatur, quamuis quod neq; castrense neq; quasi castrense peculium confertur, acceptum ferri posit constitutionib. ex quib. cætera priuilegia & militib. & peculio castrensi data promanarunt, vt probant verba *d.§.nec castrēse.* Eadem verò ratio quæ filiamfam. obligat vt dotem quam à patre accepit fratribus etiam in potestate retentis conferre cogatur, an perinde aduentitiæ quoq; dotis collationem inducit? Ita posit fortasse quis existimare, ex *l.1.§.si sub cōditione.D.de collat.dot.* vbi scriptū est etiam ab extraneo datam dotem conferendam esse, & ex *d.l.4.C.de collat.* vbi non separatur dos profectitia ab aduentitia, nisi si conferendum sit emancipato. Atq; ita Cuiac. sentit *lib.3.obser.ca.30.* Neq; sanè potest negari qui plurimū iuris habeat pater in dote quamuis aduentitia filiæfamil. data immo plus quàm in profectitia. Nam & communis ei cum filia est actio dotis aduentitiæ sicut & profectitiæ si matrimonium diuortio solutū sit, propria verò solius patris si

morte viri vt probauimus suprà citato loco, *Coiect. lib. 13. ca. 5.* In hoc sanè minus iuris habet quod mortuâ in matrimonio filiâ non recipit pater dotem, quæ à se profecta non est, quam si ipse dedisset reciperet. Sed id fit quoniam hoc casu dos aduentia tota pertinet ad maritum vt scribit *Vlp. in tit. de dotib.* Sed tamen non facilè possum ego mihi hoc persuadere, vt filiafamilias dotē aduentitiam cogenda sit conferre, ne quidem fratrib. in familia retentis, tātum abest vt cū Cuiacio putē cogendā eā conferre emancipatis. Mouet me primùm quod nullo iuris loco id scriptum video. Nam quod obiicitur ex *d. l. 1. §. si sub condicione. D. de collat. dot. & ex l. 4. C. de collat.* facilè dilui potest cùm pertineant ij loci ad speciem illam collationis quæ fit à filia emancipata, vt constat ex eo quod in *d. l. 4.* tractatur de dote per filiam emancipatiæ quoq; fratrib. conferenda, cui tamen collationi non fuisse obligatam filiamfamilias ante Leonis constitutionē in *l. vt liberis. 17. C. eod.* apparet ex *l. filia licet. 11. eod.* & ex iis quæ sequenti capite dicemus. Et cùm verba edicti prætoris ita demum cogant filiā conferre dotē si petierit bonorū possessionē vt ait *l. 1. de collat. dot. totumque edictū de collation.* sit cōtra emancipatos, si quis leges oēs quæ de collatione loquuntur in dubio de emancipatis intellexerit is meo iudicio nō errauerit. Sed illa etiam ratio me non parum mouet quod defuncto patre viua adhuc in matrimonio filiafam. quæ aduentitiā dotē habet verum est nihil vnquam iuris patrem in ea pecunia habuisset. Siquidem nemo dubitat quin cōstante matrimonio dos siue profectitia siue aduentitia sit tota mariti & quod magis est eo animo & voto data marito, vt penes eū perpetuo esset *l. 1. D. de iur. dot.* Ac quāuis potuerit aliquo casu dos ad patrē pertinere aut in totum aut cōmuniter cū filia, nō fuit tamen id tale ius aut tā certū vt ius ratio aliqua sit habenda in fauorē heredū patris tanquā, quod cōdicionale fuerit si matrimonium vel morte viri vel diuortio eo viuo solueretur, qui casus neuter euenerat neq; probabiliter sperari poterat cùm nimis mali ominis esset viuente patre, ob idq; nec quisquā dixerit ius illud ad patris heredes transmitti potuisse, vt nec illud dici potest vllā fieri iniuriā fratrib. si dos aduentitia nō cōferatur quod vnū inspiciendū est quoties de collatione saltē ex iuris veteris ratione disputatur, *l. si filia. 3. D. de collat. dot.* Quod si ad iuris noui rationem magis attendere libeat, i. ad æqualitatem inter liberos conseruandā, neq; ratio hæc suadere potest dotis aduētitiæ collationē, quia nō ea Leonis aut Iustin. mens fuit vel esse potuit, vt æquale liberorū omniū patrimoniū cōstitueretur: sed vt æqualitas seruaretur inter eos quantū ad patrimoniū quod ab eo profectū esset de cuius successione quæreretur, à cuius patrimonij cōputatione aliena est dos quæ numquā abscessit à bonis patris, quod in iis nunquā fuerit, & quæ aliunde obuenit quā à patre. Nec est quod replices dotem aduentitiam acquiri quidem marito ita vt in ipsius bonis sit cōstāte matrimonio, sed nō eo minùs dotem esse ipsius filię, ex *l. quamuis. 75. D. de iur. dot. l. in reb. 30. C. eod.* atq; ita per filiæ personā quę sit in potestate hoc ipso videri acquisitā patri. Nam & ius illud filiæ vt tū quoq; cùm dos in mariti bonis est, constante videlicet matrimonio dotem habere dicatur, tam personale est & cū causa matrimonij coniunctū, vt nō magis acquiri per filiamfamilias patri possit, quàm illud fieri vt nupta filia pater quoq; nupsisse & in eodem patrimonio esse videatur. Vnde est quod filiafam. perinde capax dicitur cōstante matrimonio habendæ dotis etiā quæ ab ipso patre profecta sit, quod vtiq; falso diceretur si ius idem à patre quæsitum filiæ eidem

patri.

patri per filiā acquireretur. *d.l. Pōponius. 35. fam. ercisc.* Nā cùm quicquid patri per liberos in potestate cōstitutos acquiritur, ita acquiratur vt ne momento quidē temporis in liberorum persona consistat acquisitio *l. placet. 79. de acq. her.* non posset dici quonam instanti capax dotis fuisset filia, si ius illud omne cuius capax fuisset per filiā patri quęsitū fuisse diceretur. Porrò absurdū esset patris personam iúsq; potestatis magis nocere filiæ in ea dote quæ aliunde quàm à patre profecta esset, quàm in ea quę à patre ipso. At non similiter in dote profectitia tractari ista possunt, quia licèt perinde illa sit & in bonis mariti, & in dño Quiritiario filię cōstante matrimonio, eóq; animo & voto data marito, vt ad patrē nunquā rediret, verum tñ est abscessisse illā à bonis patris qui eam dedit aut promisit. *d.l. vlt. de coll. dot.* tantóq; minus locupletem factum esse patrem ex ea dotis datione vel promissione: vt proinde æquissimum sit præmortuo quoq; patre in diuidenda ipsius successione rationem haberi eius iuris, quod pater habuit in ea dote priùs etiam quàm dos esset, ne per filiam pręcipua retineatur, si pręterea succedere patri velit. Pręsertim cū dotis conferendę necessitas filię irrogetur, nō vt dotis iacturam vel diminutionem aliquam sentiat, sed tantùm vt de suo in solidum non ex aliqua parte de alieno dotata esse videatur quę ratio æquitatis est ab Vlp. allata in *d.l. 1. §. pen. D. de coll. dot.* & in toto hoc tractatu, De collatione dotis pręcipuè ponderanda. Nam si filia etiam in potestate retenta dotem profectitiam cōferre non cogeretur, consequens fieret vt de fratrū quoq; portionib. saltē ex parte dotata videri deberet, cùm si dotē illa nullam accepisset, tanto amplior nunc esset patris successio, tātoq; maior ea pars successionis paternæ quam eorum quisq; habet, siue ciuili, siue pretorio iure succedatur. Quæ ratio etiā ostendit quàm verum sit quod proximè disputauimus dotem aduentitiam à filiafam. conferendam non esse. An.n. eo magis videri poterit filia dotata de bonis fratrum, si eam non conferat? Planè si dotis quoq; profectitię collationem filiafamilias cū fratribus in potestate retentis recusaret eo colore ꝙ non alia cōferantur quàm quæ sunt in pleno iure ac dominio conferentis, captiosa certè esset argumentatio, quia licèt quandiu pater vixit, non fuerit dos profectitia pleno iure filię, sed interim mariti, spe verò patris, ea nimirum spe quę cōtra spem esset, præmortuo tamē & patre & marito incipit esse pleno iure solius filię, defuncto verò solo patre quamuis viuo adhuc marito æquè dos est solius filię, non quidem ad exclusionem mariti qui dotem vxoris in bonis suis habet, sed ad exclusionem tam patris iam defuncti, quàm heredum ipsius in quos nimirum ius nullū transmisit pater cuius morte finita sunt iura omnia quæ pater in profectitia dote, vel habere, vel sperare potuit, [cui rei argumēto est ꝙ si filia nolit succedere, non potest in dote inquietari ab heredibus patris] nisi quod illud semper verum manet, dotem illam à bonis patris abscessisse, ex eáq; causa non tantùm patris, sed etiam hereditatis heredúmq; ipsius deteriorem conditionem factam esse: ideoque vt totam hanc quæstionem concludamus dotem hanc profectitiam omnimodo omníque casu conferri oportere, siue filiafamilias sit quæ succedit, & conferre debet, siue emancipata, & siue fratribus in potestate retentis conferendum sit, siue emancipatis. Eo scilicet casu quo emancipatis quoque confertur, id est ab emancipatis tantùm ex ratione iuris veteris, ab iis verò etiam qui in familia manserunt post constitutionem Leonis in *d.l. vt liberis. 17. C. de collat.* de cuius sententia tempus iam est, vt noui aliquid afferamus.

ERROR SEPTIMVS.

De collatione per eos, qui in potestate sunt, emancipatis facienda.

EVENIT in hoc tractatu de collationibus quod in aliis plerisq; iuris nostri partibus, vt nisi ius nouũ à vetere distinguatur errari persæpe necesse sit, Aliud enim ius fuit quod prætoris edictum ex æquitate primùm induxit, aliud quod Leonis constitutio addidit *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* Postremum quod Iustinianus innouauit tam in constitutionibus Codicis quę extant *in l. 19. 20. & 21. eod. quàm in Nouel. 28. de trient. & semiss. cap. 5. §. illud.* Prętor cùm hoc ius primùm induxit, nihil aliud egit, nisi vt liberis in familia retentis prospiceret aduersus emancipatos, quos edicto suo vocabat ad bonorum possessionem contra tabulas patris participésq; faciebat bonorum paternorum cũ his qui mansissent in potestate, cùm putaret iniquum si nõ cogerentur illi bona sua in medium conferre, qui paterna appetendo appeterent aliena vt Vlpianus tractat *in l. 1. D. de collat.* Idem ius à prætore ipso ad eos quoque emancipatos tractum est qui non petita bonorum possessione contra tabulas nullo fortassis facto testamento peterent ab intestato bonorum possessionem ex capite vnde liberi: Eadem enim hic ratio suberat æquitatis, si frater emancipatus vellet intestato patri succedere cum liberis in familia retentis, quando iure ciuili tota patris intestati hereditas ad suos heredes pertineret nulla verò ex parte ad emancipatos, qui quod ad ius ciuile attinet in omnibus pro extraneis habetur. Itaque nõ minus hoc casu quàm petita bonorum possessione contra tabulas futurum erat, vt fratribus in familia retentis iniuriam faceret frater emãcipatus succedẽdo cũ iis ab intestato, si nõ etiã bona sua eis cõferre cogeretur, quippe quæ non haberet si filiusfamilias mansisset, qualem se mansisse fingi vult vt perinde succedat acsi filiusfamilias mansisset. Nec. n. existimandum est prætorem tam apertè iuri ciuili vim facere aut velle aut posse, vt cũ quem ius ciuile habet pro penitus extraneo velit ipse admittere cũ suis heredib. ad paternam successionem. Sed cùm ius ciuile non aliũ filiũ agnoscat quàm qui filiusfamilias sit, vt nec alium patrem quàm qui sit paterfamilias. *l. 4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* ideoq; nimirũ habeat emancipatum pro extraneo. Prætor hanc iuris ciuilis asperitatem sic temperat, vt rescindat emancipationem, qua rescissa filióq; in eam condicionem redacto acsi nunquam emancipatus fuisset, possit hic filius agnosci pro filio, qui non amplius habetur pro emancipato. Neq; .n. veretur prætor ne iniuriam ei faciat cùm rescindit emancipationem. Siquidem non idcirco futurum est. vt recidat in potestatem patris qui nunc defunctus reperitur & à cuius potestate per ipsius mortem iam liberatus esset si nõ fuisset antea liberatus per emancipationem. Quanquam nec nouum est, vt etiam viuente patre prætor emancipationem rescindat nec eo magis filium redigat in potestatem, quod nec si vellet facere posset: quod contingit in eo edicto, quod est de capite minutis ex quo restituuntur in emancipatum actiones quæ in eum adhuc filiumfamilias competebant. Rescinditur enim emancipatio quod ad effectum illum restitutionis in integrum non quod ad cetera omnia. Vt & in edicto de collationibus rescinditur quantum ad causam successionis non vt filius emancipatus toto eo tempore quo pater vixit in patris familia retentus fuisse existimetur. Alioqui confunderentur omnia si quæcunq; cum

eo tan-

eo tanquam cum emancipato gesta sunt, cum filiofamilias gesta retrofingerentur. Porro quamuis prætor in proponendo edicto De collationibus, de emancipato tantùm locutus esset, sicut & in edicto de bonorum possessionibus contra tabulas tamen cepit, postea eadem ratio æquitatis accommodari etiam ad liberos in potestate retentos, vt patri cōmuni succedentes sua etiam conferre cogerentur. i. dotem & donationem ꝓpter nuptias quam à patre acceпissent. Hoc enim addendum est vt excludamus dotem aduentitiam quam à filiafamilias nunquā conferri debere probauimus capite præced. Quid verò aliud habere filiafamilias potest à patre pręter dotem aut filiusfamilias pręter donationem propter nuptias? Iam enim sæpius monuimus donationem simplicem à patre in filium aut filiamfamilias collatam nec olim valuisse nec hodie valere: Ac ne quidem ex causa dotis si ipsi filiæ facta donatio & traditio sit non aūt vt fieri solet ac debet marito pro filia *l. Pomponius.35. D. famil. ercisc.* Cur autem visum sit prætori, filiam in patris familia retentam dotem suam à patre profectam fratribus in eadem familia retentis conferre oportere ratio iam à nobis allata est in præcedentibus, quod alioqui videretur fratribus iniuriam facere soror si hanc dotem non conferret, siquidem de fratrum suorum patrimonio dotata partim videretur, quę in solidum dotata esse posset ac deberet de suo. Sed hæc ipsa ratio ostendit non similiter potuisse filiamfamilias obligatam esse, siue ex verbis, siue ex ęquitate edicti pretoris, vt dotem profectitiam conferret fratrib. emancipatis. Quam.n. facit emancipatis iniuriam sua heres, si patri cōmuni simul cum ipsis succedat ab intestato etiamsi nihil conferre velit, quę suo iure totā successionem habere deberet? Facit emancipata soror iniuriā fratribus, siue in potestate manentibus, siue emancipatis si dotem à patre profectam iis conferre nolit: facit fratrib. in familia retentis, cū quib. succedit si non conferat etiā aduentitiam. Facit filiafamilias fratribus in potestate retentis si non eis conferat profectitiā, sed emancipatis nullam facit etiamsi nihil cōferat iis qui cùm nihil ex paternis bonis habere deberent ad paternę tn̄ successionis participationem & cōmunionem admittuntur, ex beneficio & mera indulgentia pretoris. Hęc cùm ita iure vetere se haberent, Imp. Leo primus constituit, vt dos & donatio propter nuptias à liberis qui in potestate sunt cōferantur fratrib. etiā emancipatus in *l. vt liberis.17. C. de coll.* quæ lex si non in hoc nouum ius facit planè non video in quo faciat. Nam in eo quod additur emancipatos vicissim coferre debere fratrib. in potestate retentis donationes omnes quas à parentib. acceperint, siue in ipsa emancipatione, siue post emancipationē, certè ius nouum nō facit, cùm iam olim obtineret, vt emancipati succedentes cum fratrib. in familia retentis omnia bona sua iis conferre deberent etiā aduentitia, vt iam diximus ex *d. l. 1. & tot. tit. D. de coll. l. 4. C. eod. l. 1. §. si sub cōditione. D. de coll.* iis tantùm exceptis quę fuisset habiturus emancipatus etiamsi in patris potestate mansisset, vt ex Papin. tractat Vlp. in *l. cùm duob. 52. alsàs l. si fratres. §. idē Papin. D. pro socio.* Nec rursus possis dicere in eo fecisse Leonem ius nouum, quod constituit vt collationi locus sit quocunque iure intestatæ successionis, siue testamento penitus non condito, siue facto quidem, sed postea per inofficiosi querelam rescisso, siue deniq; petita contra tabulas bonorum possessione. Nam & ante Leonem id ipsum obtinebat, vt in omni casu successionis intestati locus esset collationi. *l. si nō mortis.25. D. de inoff. test.* præsertim verò petita contra tabulas bonorum possessione, qui casus verbis ipsis edicti De collationibus cōprehendebatur

l.1.D.de collat.l.1.in princ.D.de dot.coll. ob idq; & titulus *De collat.* positus est in Pandectis post titulos qui pertinent ad bonorum possessionem contra tabulas. Cùm tamen is solus casus dubitationem aliquã habere posse ex eo videretur quod per bonorum possessionem cõtra tabulas non tam ab intestato quàm ex testamento succedi creditur. *l.2.D.vnd.liber.§.sunt autẽ.Inst.de bon.poss.* vbi dicitur ex testamẽto duas esse bonorum possessiones secundùm tabulas & contra tabulas. Sed ita id accipi debet, vt qui succedit per bonorum possessionem contra tabulas succedat per occasionẽ testamenti, potiùs quàm ex ipso testamento. Quomodo.n.succederet ex eo testamento quod rumpitur? Ideo autem dicimus succedere illum per occasionẽ testamenti, quia si tabulę nullæ essent, adeóq; si non tales vt ex iis posset peti bonorum possessio secùdùm tabulas vel adiri hereditas, neq; cõtra tabulas daret prętor. *l.quod vulgo.19.D.de bon.poss.cont.tab.* porrò cùm quis petit bonorum possessionem cõtra tabulas hoc ipso quod rumpit succedit, neq; indiget bonorũ possessione, vnde liberi tanquam ab intestato, quam nec si vellet habere, tamen posset, quia non eam detulit prætor edicto suo nisi sub ea conditione, si tabulæ testamẽti nullæ extarent. *d.l.2.& tot.tit.si tab.test.null.extab.vnd.liber.* quomodo & de posthumo dicimus eum si præteritus fuerit ac postea natus, rũpere testamentum patris succedẽdo, & succedere rumpendo. *l.5.D.de iniust.rupt.l.si posthumus.14.D.de lib.& posth.* quod in querela inofficiosi diuersum est quę licet nõ minus rumpat testamentum quàm bonorum possessio cõtra tabulas, imò tanto fortius quãto potentius remedium est quippe quod iuris ciuilis sit non prętorij, non tamen per eam succeditur testatori, siue ex testamento, siue ab intestato, sed prępáratur via ad successionem intestati, ob idq; nonnunquam euenit, vt alius rumpat, alius succedat. *l.1.l.posthumus.6.§.si quis ex his personis.D.de inoff.test.* Nihil ergo noui hac parte Leo cõstituit cùm voluit collationi locum esse in omni casu successionis intestati, petitáq; cõtra tabulas bonorũ possessione, quia vno illo casu poterat iã olim collationi locus non esse si testamentum factũ esset ex quo tanquã non rupto vel rescisso succederetur. Mãsitq; ius illud vsq; ad tẽpora Iustin. qui primus induxit, vt ex testamẽto quoq; collationi locus sit nisi expressim prohibita fuerit à testatore. *Nou.18.de triẽt.& semiss.cap.5.§.illud.* vnde sumpta est Auth. *ex testamento.C.de collat.*

ERROR OCTAVVS.

De sententia legis, vt liberis.17.C.de collat.& de aequalitate inter liberos seruanda.

POssit quis fortasse probabilius existimare hoc tantùm noui cõstituisse Leonẽ, vt donatio ante nuptias conferatur cùm olim dos tantùm conferretur. Hoc.n.videtur innuere Iustin. ipse cum eam cõstit. refert, & ampliat in *l.quoniã.nouella.29.C.de inoff.test.* Neq; sanè põt negari quin istam donationis ante nuptias collationem primus Leo introduxerit: nã & edictum prętoris & priora omnia, siue prudentũ respõsa, siue Imper. rescripta de dote tantùm non etiã de donatione ante nuptias cõferenda tractauerant: sed hoc vt puto, non tam quòd ratio & æquitas collationis quę in profectitia dote locum habebat eadẽ in donatione ante nuptias locum quoque habere videretur [quid enim aliud est dos, quam donatio propter nuptias filiæ, quid aliud donatio propter nuptias filiæ, quid aliud donatio propter nuptias quam dos ipsa quodammodo filij? vt Iacob. Cu-

Iacob.

iacius non ineleganter ſcripſit] Quam quod toto Pandectarum iure ſincognita fuerit donatio ante nuptias eiúſque nullus vſus, nulla certè ipſius mentio vſpiam apud Iureconſultos reperitur, eius ſcilicet donationis quam pater in filiũ ſuum cõferat, ſicut & filiæ dos à patre datur quáuis iam olim eſſet receptum vt non minùs eam donationem pro filio facere quàm dotem pro filia dare pater deberet. *l. vlt. C. de dot. promiß. itémque* vt pro arbitrio ſponſus aliquid vxori donaret non in vicem dotis quod hodie fit, vnde & *ἀντίφερνα* id eſt contradotem vocant, ſed fauore tantùm nuptiarum *l. cùm multa.* 20. *C. de donat. ant. nupt. iunct. l.* 2. *C. de bon. quæ liber.* Verùm quáuis Imp. Leo primus conſtituerit vt donatio ante nuptias conferri deberet, non tamen ex eo poſsis inferre illud quoque ab eo cõſtitutum non fuiſſe, vt dos ipſa profectitia emancipatis quoque liberis conferretur à filia quę manſiſſet in poteſtate. Incipit. n. cõſtitutio à dote nõ à donatione ante nuptias, cùm ita loquitur Imperator *tam dos quàm ante nuptias donatio conferatur.* Scribendũ namq; fuerat è contrario *tã donatio ante nuptias quàm dos conferatur,* ſi hoc agebat Leo vt in dote nihil noui cõſtitueret ſed tãtùm vt ius qđ in dote iã obtinebat ad donationem ante nuptias produceret. Neq; ex eo ꝙ ſequentia illa *Memorati parentes donationem contulerint,* de donatione tãtùm loquũtur, capi poteſt cõiectura quaſi ea conſtitutio propter donationẽ ante nuptias facta ſit potiùs quã propter dotẽ. Donationis. n. nomẽ in illis verbis ſũpſit Leo nõ ſpecialiter pro donatione ante nuptias, ſed generaliter ita vt dotẽ quoq; cõprehendat, cùm nec dubitetur apud ipſos quoq; antiquos iuris conditores donationis nomine dotẽ contineri vt Iuſtin. ipſe teſtatur in *d. l. cũ multa.* Quod & ſequẽtia oſtendunt in quibus ita eſt, *eadem dos vel ante nuptias donatio ex ſubſtãtia eius profecta conferatur.* Nam & ſimiliter cùm in fine legis tractatur de collatione per emancipatos facienda donationis tãtùm nomen vſurpatur nõ dotis, cũ tamẽ negari non poſſit, quin dos quoq; ab emancipatis conferenda ſit etiã aduentitia quoties ſuccedit frater emancipatus cũ fratribus in familia retẽtis *d. l. filia dotem.* 4. *C. de collat.* Nec obſtat noſtræ ſententiæ quod *in d. l. filiæ dotem.* tractatur de dote profectitia etiam emancipato conferenda: quæ res Cuiaciũ decepit vt exiſtimauerit iam olim & ante Leonem ita obtinuiſſe vt dos profectitia etiam emancipatis fratribus conferri deberet per filiam in poteſtate retentam. Debuit enim potius ex conſtitutione Leonis quę nouum hoc ius induxit colligere intelligẽdam legẽ illam de filia quæ fuerit emancipata vt & quod ſcriptum eſt in *l.* 1. *§. ſi ſub condicione.* D. *de coll. dot.* vbi agitur de aduentitia quoque dote conferenda, quã tamen certũ eſt ex ijs quæ ſuperiore capite diximus, nullo caſu conferri per filiũ quę manſerit in poteſtate non ſolùm ſi cum emancipatis fratrib. ſuccedat, ſed nec ſi cum ſuis. Planè nihil noui Leonem facere in poſtrema cõſtitutionis parte qua iubet cõferri ab emancipatis donationes omnes in eos à parentibus collatas ſiue in ipſo emancipationis tempore ſiue poſt emancipationem apparet ſatis ex illis verbis, *pro tenore præcedentium legum,* quæ probant apertiſſimè nihil eo capite conſtitui niſi quod præcedentibus legibus continebatur: quæ ſanè tam generales erant contra emancipatos vt nihil addi poſſet, cùm à collationis onere nihil exceptum eſſet præter peculium caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe. idque ex conſtitutionibus Imperatorum potiùs quàm ex edicto ipſo prætoris. *d. l. cùm duobus.* 52. *§. idem Papinianus.* D. *pro ſocio. d. l.* 1. *§. nec caſtr.* D. *de coll.* Nimirũ ſi ſuccederet emãcipatus cũ ſuis emãcipatũ. n. emãcipato nihil olim

cōferre debuisse certū est *l. si emancipati. 9. Cod. eod.* excepta scilicet dote quę à patre profecta fuisset *d. l. filia dotem.* Ergo neq; hodie quicquā amplius cōferet, nisi donationē ante nuptias ad exēplum dotis. Post hanc .n. enim Leonis legem verū est omnib. omnino casib. quib. dos cōferēda est donationem quoq; ante nuptias aut vt hodie nos loqui Iustinianus voluit, propter nuptias cōferri oportere *d. l. quoniā. nouella. 29. C. de inoff. test.* In eóque Paulo Castrēsi Aretino Romano, Decio & alijs assētior, qui cōtra Bartolū Alexādrū aliósq; nōnullos defendūt adeò generaliter accipiēdā esse illā Leonis constitutionē vt emācipatus hodie donationes quaslibet à patre profectas fratrib. suis etiā emācipatis cōferre teneatur. Fefellit Bart. & cæteros ꝙ priora legis Leoninæ verba videntur generalia, *Vt liberis*, inquit, *tā masculini, quā fœmini sexus siue sui iuris siue in potestate cōstitutis æqua lāce pariq. modo prospici possit.* Sed pręter id ꝙ postrema pars cōstitutionis restricta est ad pręcedentiū legū tenorē quę distinguebāt vtrū emācipatus succederet cū suis heredib. an cū emācipatis, apparet etiā sensum Leonis in supra scriptis verbis hūc esse vt quemadmodū edicto pretoris & anteriorib. legib. cautū erat suis heredibus in potestate paterna cōstitutis si quādo eū ijs succedere emācipati vellet iniuncto scilicet emācipatis onere conferendū bonorū omnium quę vndecūq; habuissent, ita emācipatis prospiciēdū fuerit cōtra suos heredes per collationē à suis quoq; faciendā emācipatis tā dotis quàm ante nuptias donationis quæ à patre profecta esset, Non quasi iniuriā pati viderētur emācipati si non ijs sui cōferrēt, cùm sui suo iure succedentes ad propria bona veniant potiùs quàm ad aliena *l. in suis. 11. D. de lib. & post. l. 1. §. largius. D. de success. edict.* sed quia digni viderētur etiā emācipati inter quos & suos heredes seruaretur ęqualitas in ijs nimirū bonis quæ profecta essent à patre cui succederēt vel à matre vel ab auo proauoué siue paterno siue materno. Cur nō .n. succedāt & cōferāt ęqua lāce vt lex ait quātū attinet ad bona ab eo profecta de cuius successione agitur, cū succedāt oēs si nō eodē iure [sui siquidē succedūt iure ciuili, emancipati verò iure pretorio] saltē eadē ratione & quidē naturali quòd sint filij, negari autē nō possit ęquè filios esse illos qui emācipati sūt, atq; suos in potestate retētos? Ergo quemadmodū prior pars legis est dę collatione per suos heredes faciēda emancipatis, ita & posterior non de alia collatione accipi pōt quàm quæ suis heredib. fieri debeat per emancipatos. Ad eū verò casū quo vel inter suos heredes tantū, vel inter emancipatos tantū facienda collatio sit illa cōstitutio nō pertinet: quia nec erat necesse quicquam noui in ijs casib. cōstitui, quibus edictū pretoris iam bene prospexisset. Hanc eandē ęqualitatis inter liberos inducēdę potiùs quàm cōseruandæ rationem, adeo amplexus est Iustin. vt ex hac primùm Leonis lege occasionē sumpserit cōstituēdi in *l. penult. §. adhæc. eod. tit.* vt si vnus ex liberis à parente quisquis ille sit, vel dotē vel ante nuptias donationem acceperit, alius verò scilicet emancipatus simplicem inter viuos donationem, cogatur hic simplicem quoq; donationem cōferre fratri, suam quoq; cōferenti, nec tantū suo, in quo nihil esset noui cùm iam olim emancipatus suo cōferret omnia vt diximus, verùm etiam emancipato, ne alioqui inter liberos inęqualitas induceretur si secūdū vulgares iuris regulas simplex donatio quāuis à patre profecta collationis munere nō fungeretur, inter eos ipsos fratres inter quos alia quęlibet donatio ob causam facta conferenda sit. Hoc enim casu seruandæ æqualitatis gratia dici generaliter potest, Omnia profectitia cōferenda esse vt in ea vniuersitate simplex quoq; donatio cōtineatur,

atur, cùm tamen extra hunc casum falsa futura sit ea vniuersalis propositio & necessariò restringenda ad profectitia illa quæ causam aliam quàm meræ liberalitatis habuerunt, quæque verisimile est non fuisse daturum parentem nisi dandi causam illam habuisset. Quamquam quod post Iustinianum dicimus collatis à parente in omnes liberos donationibus tametsi diuersi generis in hoc quidem simplicibus, in illos verò ob causam aliquē, omnes cõferēdas esse ad seruandam inter eos æqualitatē nõ ita accipiēdum est vt si sint dispaiis quantitatis quod facile fieri potest & plerumq; fit, non inducatur collatio nisi vsq; ad concurrentem quantitatem. In solidum enim donationes omnes proculdubio conferendæ sunt, licèt non idcirco futurum sit vt omnimodo liberorum portiones sint æquales. Aequalitatem enim voluerunt inducere Imperatores in iure ipso collationis non in emolumento portionum hereditariarum, aut in proportione æstimationis earum rerum quæ conferrentur. Præterquàm in casu *l. vlt. C. commun. vtriusque iudic.* Nec enim quod plus minúsve confertur eo magis minúsve collationi locus fieri potest, quia ex iure non ex facto nec ex quantitate sumitur an conferēdum sit necne. Sed illud multo mirabilius est quod eodem huius æqualitatis inter liberos seruandæ studio constituit *Iustin. d. Nouell.* 18. *§.* illud, vt ex testamento quoq; collationi perinde locus sit atque ab intestato, Colore illo, quasi per obliuionem collationis faciendæ iniunctionem prætermisisse credendus sit testator qui de eo nihil dixit, potiùs quàm quod collationem fieri noluerit, vt habet constitutio.

ERROR NONVS.

De sententia & ratione perobscura Papiniani in l. Pomponius Philadelphus. 35. D. Fam. ercisc.

OBSERVAVI ex hac lege nouũ quid & propemodũ mirabile quod nescio an hucusq; à quoquã alio fuerit obseruatũ deterioris cõdicionis olim fuisse donationē inter viuos factã filiæfamilias ex causa dotis quàm cęteras in eo quòd cũ cęterę donationes inter viuos à patre in filios vel filiasfamilias collatę solo silētio & morte patris cõualescerēt etiã citra specialē cõfirmationē si modò cõtrariũ iudiciũ nõ probaretur *l. filia cuius. 18. C. famil. ercisc. & apud Paulum. 5. sentent. tit. 11. de donat. §. pater.* donatio tamen facta ex causa dotis non confirmabatur. Alioquin nulla fuisset ratio dubitandi apud Papinianum in *d. l. Pomponius.* nec quærenda tã curiosè à Papiniano ratio aliqua specialis petita ex capacitate filiæ circa dotē habendã si sufficere posset ratio illa iuris cõmunis quod oẽs donationes etiã inter à patre in filiãfamilias collatę patris morte confirmētur. Illa aũt ratio esse videbatur propter q̃ donatio facta filię ex causa dotis nõ cõfirmaretur morte patris quia quę morte cõfirmantur ea sunt eiusmodi vt in perpetuũ cõfirmentur, vt cernere est in legatis, donationibus causa mortis, & ceteris vltimis voluntatibus. Nec. n. possunt confirmari ad tempus *l. obligationum ferè. 44. §. 1. D. de oblig. & act. l. nemo potest. 55. D. de leg. 1.* Atqui esset contra voluntatē patris qui donauit filię ex causa dotis vt donatio illa in perpetuum confirmaretur. Nec enim id pater ab initio egit cùm non simpliciter donauerit sed ob causam dotis. Nam quid si filia viuo patre decessisset? An eo minus dotem ad se regredi pater voluisset? Minimè verò. Prodesset namq; ista interpretatio non filiæ cui fauere quis vellet sed marito penes quem re-

maneret iure dominij dos etia si à patre profecta si non miserationis ratione ad patrem reuerteretur *l. iure succursum.6. D. de iur. dot.* Neque contrarium est quod diximus dotis dandæ causam perpetuam esse *l. 1. D. eod.* Id enim rationem illam habet quòd vt eadem lex explicat detur semper eo animo & voto vt perpetuò sit penes maritum. at non vt semper sit penes mulierem, imò vt nunquam; cùm non possit eodem tempore esse penes vtrumque & ibi semper esse debeat vbi sunt onera matrimonij *l. si is qui.56.§. ibi dos. D. eo.* Pater autem in specie *d. l. Pomponius.* non penes maritũ esse voluerat cui tantùm reditus prædij donati solui mandauerat, sed penes filiã ipsam cui tradiderat. Non igitur in perpetuum sed tam diu duntaxat quamdiu matrimonium duraret. Mirum igitur non est si morte patris non confirmetur donatio facta ex causa dotis ne aliter posito iure necesse esset in perpetuum eam confirmari quam pater non nisi ad tempus factam esse voluisset. Eaque nimirum fortissima dubitandi ratio erat apud Papinianum, propter quam videbatur filiam non posse hanc dotem præcipuam retinere quamuis facto per patrem testamento cùm donatio ista nec valuisset ab initio nec ex postfacto conualuisset. Eas demum verò donationes soleat & debeat arbiter familiæ erciscundæ præcipuas adiudicare filiæ non quę ab initio valuerunt [eæ siquidem non veniunt in iudicium familiæ erciscundę cùm sint extra causam hereditatis & bonorum defuncti. *l. sequens. quæstio 67. D. de legat. 2.*] sed quæ ab initio inualidæ morte donatoris conualuerunt equidem, sed ita tamen vt officio arbitri egeant ad dominium per adiudicationem adquirendum *d. l. filia cuius. 18. C. fam. ercis.* Nec ad rem faciebat quod factum fuisset testamentum, eo autem casu certum esset Papiniani temporibus non esse locum collationi siue dotis siue alterius cuiuslibet rei *l. Theopompus. 14. D. de dot. præleg. l. 1. C. de collation.* Id enim tunc verò dicitur cùm donatio siue facta ex causa dotis siue ex alia qualibet ab initio valuit, cùm prius sit vt quid sit in bonis eius qui ad collationem vrgetur quàm vt de eo quęri possit an collationi locus esse debeat néene. At donatio vt diximus non valuerat, neque confirmata erat morte patris. Igitur quamuis collationi locus esse non posset duplici illa ratione, quod nec donatio vnquam valuisset, nec si aliquando valuisset facto tamen testamento collationi locus fieri potuisset, non eo magis consequens fiebat, vt præcipuam dotem habere filia deberet, immò tanto minus quod eadem fere ratio arbitri officium impediret quæ collationem excludebat quod nunquam donatio valuisset, hoc est neque ab initio, neque ex postfacto. Nam si ab initio valuisset, quęrendum fuisset de collatione, cui tamen non potuisset locus esse facto testamento. Si verò ex postfacto conualuisset vtique arbiter familiæ erciscundæ eam filiæ præcipuam adiudicare debuisset. Verùm respondet Papinianus subtilissimè, vt solet nihilominus debere hanc dotem filiæ præcipuam remanere, vnica illa ratione æquitatis, & voluntatis potius quàm iuris quod & pater donata filiæ prædia dotis esse voluisset, & matrimonium post patris quoque mortem constitisset. Inde namque fieri vult Papinianus, vt quamuis nullo iure sint prædia illa penes filiam, nec in iis quidquam ipsa habeat præter naturalem possessionem defendenda tamen illa sit in ea naturali possessione per officium arbitri non specie donationis, vt vulgo malè creditur, cuius scilicet non magis illa capax

pax

pax fuerit ex causa dotis quàm si simpliciter donatũ fuisset specie dotis, cuius fuit illa capax quandiu dos esse potuit, id est quàmdiu matrimonium constitit. Nec enim dos sine matrimonio esse potest vt intelligamus aliud responsum fuisse Papinianum si viuo patre dissolutum fuisset matrimonium, aut etiam si socer & gener in eadem forte naui simul vel ruina periissent adeoque si post mortem patris finitum esset matrimonium vel diuortio vel morte viri ante acceptum iudicium familiæ erciscundæ. Vtrum enim iustam retinendæ possessionis causam habeat filia ex eo tempore æstimandum est quo iudicium accipitur, non ex instanti mortis patris. Planè si post adiudicationem ab arbitro factam superueniat distractio matrimonij non eo magis desinent esse propria filiæ prædia, quæ semel ei fuerint non per donationem, sed per adiudicationem acquisita non secus ac si iure legati vel donationis legitimæ ea possideret cum dominium semel iure quæsitum non nisi legitimis modis amitti possit. Adiudicatio autem perinde atque lex ipsa legitimus modus est dominus etiam iure Quiritium acquirendi teste Vlpiano in *fragment. titull. Sæpius à nobis citato de acquisitione rerum.* Et hæc sanè Papinianei responsi ratio & interpretatio est quam si quis iungat cum ijs quæ scripsimus *libro 7. conjecturarum capite duodecimo.* Facile intelliget quàm longè à Papiniani mente alienæ sint interpretum nostrorum ad eum locum interpretationes & quàm falsum illud quod ij toties iactitant donationem inter patrem & filiam ex causa dotis valuisse iam olim quæ nec hodiè valeret. Nihil enim Iustinianus in profectitijs innouauit nec vllo loco sustulit ius patriæ potestatis ex quo proficiscitur impedimentum iuris quod non patitur vllam consistere inter patrem & filium aut donationem aut obligationem *lege, siue emancipatis.* 17. *Cod. de donat. lege, Imperator.* 50. *D. ad SC. Trebell.*

ERROR DECIMVS.

De collatione inter eos qui ex diuerso iure succedunt, ad legem, si filius 10. *D. de collat. bonor.*

TRADITIO nostrorum vulgaris est esse locum collationi etiam inter eos qui ex diuerso iure succeduntputà si vnus ex liberis succedat ex testamento tanquam institutus alius verò vel ad intestato vel petita contra tabulas, bonorum possessione. Sic enim Bartolus Castrensis Alexander & cæteri quos refert & sequitur Cagnolus ad *legem si emancipati. nu.* 138. *Cod. de collation. ex lege, si filius.* 10. *D. de collat. bonor.* vbi cùm filius in potestate heres institutus adijsse proponeretur & emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas, ipse tamen non

petiisse fatetur quidem Scæuola ita quidem habere edictum, vt non sit ei conferendum, sed tamen magis se sentire ait, vt quemadmodum pro parte hereditatem retinet eo iure quod bonorum possessionem contra tabulas petere posset si vellet beneficio fratris præteriti edictum committentis ita & conferri ei debeat. Vtique, inquit, cùm iniuriam per bonorum possessionem patiatur. Mihi nunquam probari potuit hæc sententia, quam fatentur omnes cum Scæuola esse manifestè contrariam edicto. Verba enim edicti etsi hodie non extant tamen certum est sic concepta fuisse, vt inter eos tantùm collationem daturum se prætor edixisset quibus possessionem dedisset. Ita namque accipiendum est quod Vlpianus ait *in l.1.§.1.D.eod.* Non vt è contrario locum habeat collatio inter eos omnes quibus data est bonorum possessio. Alioqui daretur etiam inter emancipatos quod falsum est *l. si emancipati 9.C.de collat.* Et ratio edicti est non quod per collationem bona omnia deducantur ad vnum cumulum qui non debeat diuerso iure censeri vt ratiocinatur Bartolus ad *l.pater filium.6.nu.2.D.de collat.dot.*[collatio enim præcedit & inducit confusionem, non confusio collationem *l.si soror.8.C.de collat.*] neque rursus quod vt ibidem addit Bartolus, cùm plures diuerso iure succedunt, singuli vocentur in solidum quisque ex suo iure: partes verò fiant per concursum, atque ita mutua illa iniuria quam alter alteri facit inuicem compensetur [nulla siquidem iniuria fit ab eo qui suo iure tanquam suus heres, & sine beneficio prætoris succedit in vniuersa patris hereditate, nec eo magis collationi locus fit inter succedentes ex diuerso iure quòd pro parte tantùm singuli succedant, vt in specie *dict.l.pater filium.6. cum l.seq.*] Sed quia collationis æquitas tota est ex edicto & iurisdictione prætoris, qui porro beneficio suo talem legem dicere potuit qualem voluit. Eam verò dicendam putauit, vt non alij ad beneficium illud admitterentur, quam qui ex eodem edicto bonorum possessionem peterent, nec prætoris iurisdictionem aspernarentur, quæ potissimum in danda bonorum possessione consistit, vt ait Vlpianus in *l.3.D.de iurisd.* At aspernatur ille qui cùm posset petere bonorum possessionem contra tabulas, siue ex persona propria, siue ex persona fratris edictum committentis, mauult tamen succedere ex testamento tanquam extraneus quilibet. Cur ergo prætor iubeat ei conferri, qui tanquam extraneus succedit? An fortè vlla edicti pars est quæ iubeat fieri collationem extraneo heredi? nulla prorsus. Duæ, namque duntaxat fuerunt partes edicti, ex quibus prætor iubebat fieri collationem, vt refert Tryphoninus in *l.filium.20.versic. videamus. D.de bonor.possess. contr. tabul.* ex capite scilicet edicti, De contra tabulas, & ex capite edicti *vnde liberi*, quarum neutra extraneo fauet, quia neque vlla videri potest fieri iniuria ei qui vel extraneus est, vel extranei cuiuslibet iure succedit etiam si pars hereditatis, aut vt meliùs dicam successionis ei auferatur qui tanquam extraneus nihil penitus in ea successione habere deberet. Quæ ratio facit vt neque inter emancipatos vllus collationi locus sit *d.l.si emancipati.* nisi quod ad dotem vel donationem ante nuptias profectitiam. *l.filia dotem.4.C.eod.* neque olim suus heres quidquam conferre debuerit emancipato cui non poterat videri facere iniuriam succedendo scilicet ante Leonis constitutionem *in l.vt liberis.17.eod.de qua diximus cap.præcedenti.* Et hanc nostram contra interpretes omnes opinionem probat mirificè responsum Papiniani *in d.l.pater. iuncto eo quod in l.seq.* subiicitur ex Paulo. Pater filium emancipatum instituerat heredem

redem & filiam exheredauerat: quæ inofficiosi lite mota & perlata partem dimidiam hereditatis fratri abstulerat. Respondit Papinianus non esse cogendum fratrem bona propria conferre. Additur verò ex Paulo in *l. seq.* nec ipsam filiam dotem suam fratri conferre debere, quoniam, inquit, diuerso iure fratres sunt heredes, frater scilicet ex testamento, filia verò ab intestato. Nec possis respondere quod Bartolus respondet in ea specie non esse locum collationi, non tam ob id quod isti diuerso iure succedant quàm quòd ex eodem iure succedere etiamsi maximè vellent non possent. Etsi enim verum est neque filiam exheredatam posse vnquam succedere ex testamento, cùm nec ad bonorum possessionem cōtra tabulas admitti possit *l. nō putauit.* 8. D. *de bonor. poss. contr. tab.* neq; fratrem institutum posse ab intestato heredem esse vbi iam semel heres fuit ex testamento ante propositam inofficiosi querelam, quia non nisi post aditam hereditatem ex testamento querela inofficiosi proponi potest *l. Papin. 8. §. si conditioni. D. de inoff. testam. l. si quis filium. 34. in fin. C. eod.* Non eam tamen rationem adfert Paulus, quòd non posint isti succedere ex eodem iure etiamsi vellent, sed hanc vnam quod succedant ex diuerso iure. Et verò, quid referre potest, an posint ex eodem iure succedere néne, cùm ex diuerso succedunt? Quinimo longè maior ratio suadet vt locus sit collationi inter eos qui ob id tantùm non succedunt ex eodem iure, quòd etiamsi succedere vellent, tamen non possent, quàm inter eos qui ob id succedunt ex diuerso iure quod ita velint, non ex eodem iure tametsi possent. Illo enim casu potest imputari ei qui sibi conferri vult, cur non succedat ex eodem iure cùm possit, malitq; succedere tanquam extraneus, quod imputari similiter nō potest ei, qui ex eodem iure succedere etiamsi vellet, non posset. Neque puto dissideret à me quisquam ex interpretibus, nisi omnes responsum illud Scæuolæ fefellisset, quod extat in *d. l. si filius*, cuius loci autoritate non dubitat Bartolus hoc ius de collationibus ita æstimare æstimare quasi partim à Scæuola, partim à prætore fuerit constitutum. Quod tamen ne probare possim illud facit, Primùm quod video Scæuolam initio legis negare collationi locum esse, cùm ita scribit, *nec conferendū est ei.* Nec contentū ita respondisse subiicere rationē sumptā ex edicto, quod, inquit, edictum prętoris ita se habeat. Cui consequens omnino fit vt quisquis cōtra respōdere velit, etiāsi Scæuola sit aut Papin. nedum Bartolus, eum necesse sit respondere aduersus edictū, quod nec Scæuolæ nec alij vlli Iureconsulto vt facere auderet puto venire in mentem vnquā potuisse. Fuerunt enim illi omnes religiosiores iuris, præsertim Scæuola religiosissimus omnium, & præterea non tantæ autoritatis vt eis licuerit negligere prætoris edictum, eiúsque potestatem violare, cùm edicta prætorū non minùs quàm leges ligarent prudentes ne quid legibus aut edictis contrarium inducere possent. Maximè verò cùm non ex verbis edicti collationem excludat Scæuola, sed ex edicto ipso, quo nomine significat nōn tantùm verba edicti, sed etiam mentē prætoris facere ne debeat conferri. Sicut è cōtrario aliàs euenit nonnumquam vt ex verbis edicti collatio inducatur, quæ ex prętoris sententia debeat denegari vt in *l. filium. 20. §. penult. D. de legat. præst.* Secundo me illud magis mouet, quod ratio qua moueri se scribit Scæuola vt contra edictum respondeat, non est bona: Ait enim collationi locum esse debere, quod in ea specie filius institutus hereditatem quam adiit pro parte retineat non alio iure quàm quod bonorum possessionem petere posset. Quod etsi verum

est ad rem tamen non pertinet. Non enim ad collationem inducendam sufficere voluit prætor vt posset filius petere bonorum possessionem, sed illud etiam exigi vt effectu ipso bonorum possessionem petierit, quia, vt diximus, tanto minus dignus est cui faueatur qui bonorum possessionem petere potuit, nec petiit. Alioqui eadē ratione probabo, si filius qui erat in potestate, & fratrem emancipatum habebat decesserit ante acceptam bonorum possessionem, relicto herede Sempronio, perinde cogendum emancipatum conferre Sempronio, atq; ipsi filio secundùm Scæuolæ sententiam conferre cogeretur, tametsi filius possessionem nō accepisset, cùm in heredem transeat haud dubiè ius collationis tam actiuè quàm passiuè vt nostri loquuntur ex *l.1.§.ibidem. D.de collat.bonor. l.si maritus.14.C.eod.* Atqui falsum est in proxima specie Sempronio conferendum esse si Vlpiano credimus in *d.§.* ibidem vbi ait tuendum quidem Sempronium à prætore pro ea parte qua heres scriptus fuit is qui in potestate erat dum ne vltra virilem. Sed tamen ad collationem admitti eum non debere in hunc casum, quia, inquit, bonorum possessio admissa non est. Quæ ratio prorsus inepta esset si sufficeret quod admitti potuisset possessio, quamuis admissa non fuisset. Præsertim cùm nec alio colore filij heredem tueatur prætor ad virilem vsque partem petita per emancipatum contra tabulas bonorum possessione quàm quod ipsi filio competierit ius petendæ bonorum possessionis, tametsi ius illud non transmiserit ad heredem. Atqui negari non potest quin transmiserit beneficium edicti quod ad tuitionem virilis portionis, cum suis omnibus qualitatibus & condicionibus, & consequenter cum iure collationis si tale ius habuisset vt ei conferre emancipatus debuisset. Cùm igitur neget Vlp. heredi filij conferendum esse, nec id ratione illa quasi minùs iuris habeat quàm habiturus esset filius si viueret, sed illa tantùm quòd bonorum possessio accepta non sit, fatendum est nō aliud eum sensisse in ipso filio in quo eadem ratio non petitæ possessionis locum haberet. Nam & secundùm Bartoli distinctionem dicendum esset digniorem esse filij heredem cui succurreretur quàm ipsum filium, quandoquidem ipsi filio posset imputari cur possessionē nō petiisset, quod ipsius heredi non potest imputari. Alia verò ratio, quam subiungit Scæuola iis verbis, *vtique cùm iniuriā per bonorum possessionē patiatur*, licèt interpretibus nostris plausibilior videatur, tamē minùs ad rem facere mihi videtur. Etsi enim nō negamus cùm de collatione quæritur, illud potissimum inspici solere & debere an iniuria fiat aliqua ei qui collationem petit *d.l.§.toties.D.de collat. d.l.3. de collat. dot.* tunc tamen id obtinet, cùm cætera omnia concurrunt quæ necessaria sunt ad inducendam collationis necessitatem: inter quæ illud vnum primum ac præcipuum est, vt inter eos res agatur qui bonorum possessionem acceperint *d.l.1.§.1.& d.§.ibidem.* Alioqui dicendum erit in specie quoq; *d.§.* ibidem conferri etiam filij heredi oportere, tanquam heredi eius cui proculdubio facta fuerit iniuria per emancipatum, quod tamen Vlp. eo loco negat vt iam diximus, Non ratione illa quod nullam hic heres iniuriam patiatur [quantumuis enim extraneus sit, cùm tamen non tanquam extraneum eū tueatur prætor, sed tanquam heredem filij instituti quem tueri debuisset, patitur sine dubio eam ipsam iniuriam quam filius ipse ex cuius persona succedit si adhuc viueret, pateretur] sed quia bonorum possessio per filium admissa non est, quæ porrò nec per heredem admitti potest cùm non fuerit ei delata. Quæ ratio ostēdit quod huic heredi conferendū non est, nō fieri proprio aliquo iure quod

ex ipsius persona proficiscatur, sed hac tantum ratione quod nõ debeat plus iuris habere quàm defunctus, qui tamen vnquam ius illud habuit vt conferri ei deberet, cùm bonorum possessionem numquam admiserit, licet adhuc viuus passus fuerit iniuriam ab emancipato, qui iam tum successit. Vt proinde fatendum sit Vlpianum eo loco dissensisse à Scæuola in *d. l. si filius*, neq; cõciliari vllomodo posse, aut quærenda ratio quæ nulla poterit inueniri. Cur putauerit Vlp. ipsi quidem filio quãuis bonorũ possessionem nõ admisisset conferendum fuisse si vixisset, tanquam passo iniuriam ab emancipato. Heredi verò filij quamuis ex ipsius filij persona succedenti eiusdémq; iniuriæ succedaneo conferendũ nõ esse, cõtra eã iuris regulã quæ vult ius collationis tam actiuũ, quàm passiuũ trãsire in heredem. Sed & in specie *d. l. pater cũ seq.* dicendum esset collationi locũ fore si nihil aliud nisi iniuriã factã inspiceremus. Facit. n. fratri soror iniuriã eo sensu quo Bart. intelligit, cũ aufsert partem hereditatis fratri qui suo iure totã illã ex testamento erat habiturus. Ob idq; nec aliã rationem reperit Bart. cur in ea specie nõ sit locus collationi nisi quod valeat testamentũ saltem pro ea parte quæ nõ fuit rupta per querelã. Ex testamento autẽ locus nõ fuerit collationi toto Pandectarũ iure. Cui sententiæ cõsequens esset vt in eadem specie collationi hodie locũ esse oporteret, postquàm placuit Iustin. vt nõ minùs ex testamento cõferendũ sit quàm ab intestato. Quod tamen nõ puto verè dici posse. Quãquã. n. eã solã rationem attulit Papin. quod testamentũ nõ solùm factũ esset, verùm etiam post querelæ quoq; victoriã subsisteret adeo, vt ex eo quoque cõpeterent libertates [is. n. sensus est eorũ verborum, *nã & libertates cõpetere placuit*] alia tamen etiam ratio erat propterea quam nõ poterat collationi locus esse, quę ponitur in *d. seq.* ex Paulo quod succederent liberi ex diuerso iure frater ex testamentò, soror ab intestatò. Quę ratio si non esset, profectò soror fratri conferre debuisset, cùm ab intestato ipsa succederet non ex testamento. Ergo quę ratio liberat sororem quamuis ab intestato succedentem ne conferre cogatur, cùm fratri quoq; communis sit, cur non fratri proderit, vt nec hodie conferre sit cogendus? Non. n. Iustin. fecit vt omnimodo conferendũ sit ex testamẽto, sed vt quo casu cõferẽdũ esset ab intestato, eo ipso cõferẽdũ sit etiamsi factum fuerit testamentum. Atqui hoc casu soror quæ ab intestato succedit, non eo magis tamen confert, tanquam quę ex diuerso iure succedat. Ergo neq; frater hodie conferet tametsi succedat ex testamento, quia quod succedit ex testamento hoc ipsum est quod facit vt ex diuerso iure succedat, & consequenter vt nec locus sit collationi. Et hoc sanè est quod sibi voluit Papinianus cùm eam suæ sententię rationem attulit, quod testamentum valeret ex quo frater successerat. Non tam enim ad id respexit, quod solum obseruant interpretes quod ex testamento olim non conferretur, quàm ad id quod subsistente adhuc pro parte testamento, necesse esset succedi ex diuerso iure partim ex testamẽnto partim ab intestato. Si enim testamentum fuisset ruptum in totum, succedi debuisset tam à fratre quàm à sorore vel ab intestato, vel nullomodo, quãdoquidem ab intestato vnus tãtũ casus est *l. ab intestato. 16. D. de iur. codicill.* atq; ita collationi locus fuisset duplici ratione. Et quia ab intestato. Et consequenter quia ex eodem iure successum fuisset. Ex cõtrario igitur subsistente testamento duplex ratio Papin. tẽporib. ĩpediebat ne collatiõi loc⁹ esse posset. Vna ꝗ ex diuerso iure fratres succedere necesse esset. Altera quòd ex testamento non conferretur. Prior

ratio communis erat vtriq;. Posterior verò solum fratrem non etiam sororem à collationis onere liberabat. Posterior cessat hodie post Nouellam Iustiniani constitutionem. Prior verò semper manet, ac proinde ipsum quoq; ius quod ex ea inducebatur, quia quoties ex duplici ratione quid constituitur, alterutram sufficit manere vt ius retineatur *l.cum is. 32. §. mulier.* D. *de cōdict. indeb. cum vulgar.* Non addo tertiam illam rationem quam Bartolus diluere non potuit, quòd faciat soror iniuriam fratri scripto ex asse toto cùm auffert ei ab intestato dimidiam partem hereditatis. Est enim falsa & mala ratio cùm soror quæ succedit ab intestato postquàm vicit in querela succedat suo iure si non emancipata fuerit, sed retenta in potestate: cùm dici soleat iuris communis executionem iniuriam non habere *l.iniuriarum. 13. §. 1. D. de iniur.* Potiúsq; videretur hæc soror iniuriam pati à fratre emancipato, qui ab intestato nihil consequi deberet, nisi fratrem quoq; ratio illa tueretur. Quod quamuis emancipatus sit, tamen fuit institutus adeóq; heres ex testamento adita scilicet hereditate quam adiri necesse fuit vt posset locus esse querelæ inofficiosi. Semel autem factus heres non potuit desinere esse heres ex eo ipso testamento, ne quidem volens, nisi pro qua parte ruptum fuit testamentum per querelam, quod porro ruptum non fuit nisi pro qua parte potuit soror succedere ab intestato, id est, pro dimidia. Quod expeditū quidem est si ponas filiam fuisse emancipatam, in quo nihil est absurdi cùm liberis quoque emancipatis & exheredatis non minùs quàm suis heredibus querela non solùm vtilis sit sed etiam necessaria *l. non putauit. 8. D. de bon. poss. contr. tab.* Sed si ponas filiam fuisse retentam in potestate, quo Papiniani verbis conuenientius videtur cùm de solo fratre dicat fuisse illum emancipatum. Illa occurret pro filia dubitatio, quod quemadmodum sola ipsa iure ciuili ab intestato succedere patri potest, nec fratris emancipati concursum vereatur. Ita per querelam videtur in totum rumpere testamentum, cùm & iuris ciuilis sit querela [siue dicas cum Cuiacio ex lege Glicia, siue nobiscum ex iure recepto & per prudentum interpretationem inducto] & soleat rumpere testamentum pro qua parte successurus est ab intestato is cui victoria sit profutura siue ille ipse sit qui agit siue alius. *l. mater decedens. 19. D. de inoff. testam.* Eáque certè ratio dubitandi nec inelegans fuisse videtur apud Papinianum: Qui nec planè hoc negare audet ruptum summo iure esse totum testamentum. Sed hoc tantùm innuit, non esse habendum pro rupto saltem quantum ad pretorem, qui scilicet filium emancipatum perinde vocat ab intestato acsi non esset emancipatus, rescissa in eam rem emancipatione: Cur non ergo eum tuebitur pro ea parte qua fuit institutus, & quidē tanquam institutum etiamsi iure ciuili ruptum fuerit testamentum per querelam? Nam & cùm collationis ius sit ex edicto pretoris, apparet in hac quæstione quæ de illo est. Vtrū cōferre debeat sorori frater hic emācipatus, nécne nō tā inspiciendū esse quid ius ciuile statuat quàm quid pretor atq; prætor licèt nō possit facere quin soror sua heres patri succedere debeat in totum ex iure ciuili, nec proinde quin per querelam rumpatur testamentum patris in totum. Attamen sicut facit pro sua iurisdictione vt frater emancipatus perinde succedere debeat ab intestato cum sua herede acsi esset ipse quoq; suus heres. Ita & institutum illum heredem ex toto asse debet tueri tanquam institutum pro ea parte quam ei daret ab intestato, & pro ea parte habere testamentum pro non rupto. Ne alioqui secum pugnaret si haberet testamentum

pro

pro in totum rupto per filiam quam non patiatur ab intestato succedere nisi pro parte. Atq; ita esse probat Papin. hoc etiam argumento quod ex huiusmodi testamento libertates competunt & conseruantur. Quod vtiq; falsum esset si testamentum ita ruptum esset ac rescissum in totum vt pro in totum rupto ac rescisso illud haberi oporteret *l.generaliter.24.§.ex testamento.*D.*de fideic.libert.iunct.l.cùm mater.28.*D.*de inoff.testam.* Quid ergo respõdebimus ad Scæuolam in *d.l.si filius.10.*D.*de collat.* Nimirum hoc vnum de quo planè non dubito, non Scæuolæ esse, sed Triboniani totam illam clausulam, quam nos improbamus ab illis verbis, *sed magis sentio*, vsque ad finem legis. Nam cùm in præcedentibus illis, *nec conferendũ est ei*, non aliorum sed suam ipsius sententiam exposuisset, non video quid causæ fuerit cur tam citò, & post confirmatam ex edicto sententiam suam debuerit ille non tantùm ab edicto, sed etiam à seipso dissidere. Quid verò Tribonianum mouerit aut potius deceperit non est in obscuro. Illa nimirum ratio quod is filius institutus quamuis adierit hereditatem ex testamento nec bonorum possessionem petierit, potuit tamen petere, cúmq; tuetur prætor ad virilem vsq; portionem eo iure aut potiùs colore quasi petierit. Qua etiã ratione vtitur Paulus in *l.is qui.15.§.1.in fin.de legat.præstand.* licèt in alia specie nempe cùm quæritur, an frater emancipatus institutus, qui adiit debeat legata certis tantùm personis an omnibus alio fratre emancipato præterito contra tabulas petente. Sed ratio est periculosa nec semper vera, vt ex eo apparet quod in illa ipsa Pauli specie aliter putauit Vlpian. qui sine dubio à Paulo dissensit in *l.si duo.16.eod.tit.vt scripsimus lib.5.coniect.tit.13.* Neq; verò etiamsi esset bona ratio pro Paulo in illa quæstione, similiter tamen posset bona videri pro Triboniano in eo de quo tractamus. Cùm in edicto de collationibus id exigat nominatim prætor vt bonorum possessionem acceperint ij inter quos collatio debeat locum habere non etiam vt eam accipere potuerint. Adeò vt si quando persona talis sit, quæ potuerit & bonorum possessionem petere, & citra bonorum possessionem se immiscere, eáq; se immiscuerit ne ex edicto conferre cogeretur, necessarium fuerit rescriptum Hadriani ad eam collationi obligandam non sufficiente in eam rem prudentum autoritate *l.1.in princ.*D.*de collat.dot.* Quanto magis igitur fuisset necessarium rescriptum imperatoris nec sufficere potuisset autoritas Scæuolæ ad inducendum ius collationis in specie *d.l.si filius*, id est non tantùm deficiente edicto [quo casu fortasse licuisset tanto Iureconsulto aliquid noui inducere supplendi edicti gratia, vt Iuliano in *l.Gallus.29.§.ille casus.*D.*de liber.& posthum.* quamuis Iureconsultorum munus fuerit interpretari non supplere. *l.cõmodissimè.10.*D.*eod.iunct.l.vlt.C.eod.*] sed expressim repugnante. Neq; tamen puto facile fieri potuisse vt etiam imperator quisquam ante Tribonianum, qui in tã multis aliis imperatorem egit, ius edicti hac parte fuerit correcturus. Multum enim refert an quæramus quis conferre debeat, an cui. Estq; multo facilius, vt quamuis verba edicti collationem non inducant nisi inter eos qui possessionem acceperint, conferre tamen cogatur etiam ille qui non accepit si modò accipere potuit ac preterea tantum consequitur quantum si accepisset putà si suo iure & tanquam suus heres misceat se bonis paternis, vt in specie *d.l.1.in princ.de collat.dot.* Quàm vt ei conferri debeat qui cùm bonorum possessionẽ accipere posset, tamen nõ accepit, maluítq; succedere ex testamento. Huic enim potest imputari cur voluerit succedere tanquam ex-

traneus si voluit sibi tanquam filio conferri, & cur prætoris beneficium in succedendo abiecerit, si ex eiusdem prętoris beneficio nunc velit postulare collationem. Et quod potest imputari ei, facit ne collationem petens sit audiendus. Cùm verò quæritur, quis conferre debeat, sufficere dicimus vt potuerit accipere bonorum possessionem licèt non acceperit, quia licet sui heredis iure se immiscere potuerit, hoc ipsum tamen ei potest imputari cur potiùs se immiscere quàm bonorum possessionem petere voluerit, cùm ea ratione voluerit facere fraudem edicto ne ad collationem vrgeri posset. Deniq; ei cui potest imputari non confertur, quia sibi debet imputare, ab eo autem cui potest imputari confertur ob hanc ipsam rationem quòd imputari ei possit. Nunquam enim lucrum sentire quis debet ex eo quod potest ei imputari, cur fecerit vel non fecerit. Illud corollarij vice addendum superest, multo grauiùs errare illos ex nostris interpretibus, qui putant hodie correctum esse responsum illud elegans Tryphonini quod extat in *l. filiũ. 20. vers. videamus. D. de bon. poss. contr. tab.* & in ea specie suum heredem hodie emancipato collatur. Secuti Butrigarium quem refert Alex. ad *l. si emancipati. col. 2. C. de collat.* Vitalis in *tract. de collat. cap. 2. nu. 9*. Fachin. *lib. 5. Controuers. iur. cap. 79. in fin.* Nam quod aiunt non alia ratione niti Tryphoninum quàm ratione iniuriæ cessantis, quæ ratio, inquiunt, iam non tam attendi debet, quam ratio ęqualitatis, certè falsum est. Habet enim illud responsum duplicem aliam rationem. Vnam hanc, quod in ea specie liberi succedant ex diuerso iure, suus quidem ab intestato, emancipatus verò per contra tabulas. Inter ęos autem qui ex diuerso iure succedunt collationi locus numquam esse potest vt diximus. Alteram, quod hoc casu tantum abest vt suus heres qui ab intestato succedit aliquam ab emancipato, iniuriam patiatur vt è contrario acquirat ei nomen & ius sui heredis. Quarum rationum neutram Iustinianus sustulit nouáque alia vel alicuius imperatoris vel saltem Triboniani lege opus esset ad ius colllationis hoc casu inducendum. Etsi enim ad hoc maximè respexerunt posteriores imperatores qui ius antiquum de collationibus innouarunt, vt inter liberos æqualitas induceretur, absurdum tamen fuerit existimare solam æqualitatis rationem facere hodie posse vt omni casu collatio locum habere debeat. Nam immo verò quibus casibus nihil expressè innouatum est ius antiquum in hoc tractatu vt & in cęteris omnibus iuris partibus incorrectum manere dicendum est vulgat. *l. sancimus. 27. C. de testam. l. præcipimus. 32. in fin. C. de collat.* Et vt dicam apertiùs, ratio illa quæ olim potissimùm attendi solebat cùm de colllatione quærebatur quod futurum esset vt iniuriam pateretur vel non pateretur frater cui non conferretur, ab intestato, hodie sublata est. Sed non item cæterę quæ collationem olim poterant impedire etiam ab intestato. In omnibus namq; legibus quæ nouum ius hac in refecerunt videns agi de succedentibus ex eodem iure non ex diuerso, vt in *d. l. vt liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20. C. de collat. Nou. 18. §. illud. l. vlt. C. comun. v triusque iudic.* In summa quibus casibus olim ab intestato quoque non conferebatur etiam hodie ex testamento non conferetur, extra eos casus qui posterioribus imperatorum constitutionibus expressi fuerunt. Etsi Tribonianum noluisse plus æquo fauere collationibus apparet sanè ex *d. l. si filius*, cuius nec alia ratio melior quærenda est.

ANT O-

ANTONII FABRI IC

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLI.

ERROR PIMVS.

De collatione donationis propter nuptias.

DE donatione simplici à patre in filium emancipatum collata an & quando conferenda sit satis diximus Decade superiore. Vbi etiam monuimus non posse hanc quæstionem incidere in eam donationem, quæ filiofamilias facta esse proponatur, à patre, propterea quòd neque valuit olim neque hodie valet propter impedimentum quod inducitur ex patria potestate quam à Iustiniano sublatam fuisse nemo dixerit vt nec ille in iis bonis quæ à patre proficiscuntur quicquam innouauit. Sed de donatione ob causam nondum diximus quantum necesse est ad hanc de collationibus tractationem complendam. Nisi quod de dote iam vidimus, quæ sicut inter donationes annumeratur, ita separatur ab iis quæ simpliciter fiunt, cùm fiat ob causam matrimonij scilicet contrahendi quod aliter non contraheretur *l. cùm mulie. 20. C. de nupt.* Doti similis est donatio ante nuptias quam pater pro filio facere solet cum filius vxorem ducit, sicut & pro filia nubente dotem dare *l. vlt. C. de dot. promiss.* Et hanc exemplo dotis conferendam esse certum est post Nouellam Leonis legẽ in *l. vt liberis. 17. C. de collat.* in eóq; interpretes omnes consentiunt. Sed errant tamen iudicio meo in eo ipso, in quo etiam errant cùm tractant de dote. Sic enim & de dote & de donatione propter nuptias loquuntur, quasi ex huiusmodi causis valeat donatio etiam à patre in filium vel filiamfamilias collata. Quod sane falsum est. Nam neq; donatio per patrẽ facta filiæ ex causa dotis valet neq; morte patris confirmatur, in quo deterioris condicionis est quàm si donatio simpliciter facta esset: vt probauimus *cap. 9. Decad. præcedentis.* Idem igitur de donatione propter nuptias in filiũfamilias collata sentiendum est vt neq; valuerit olim, neq; hodie valeat, ac ne quidem confirmetur morte. Vtrumq;. n. probatur optimè ex *l. Pomp. Philadelphus. 35. D. fam. ercisc.* quãuis nõ nisi de dote loquatur eo loco Papin. cũ certi iuris sit nõ posse hac parte meliorem esse cõdicionem donationis propter nuptias quàm dotis. Quãquã erat olim melior in eo ante Leonis cõstitutionem quod nõ cõferebatur vt Iustin. testatur in *l. quoniã. nouella. 29 C de inoff. testam.* Hoc ipsum verò non alia de causa, quàm quod nulla constitutio esset quæ id ius induxisset, vt argumentatur Iustin. in *l. illam. 19. C. de collat.* Ius enim collationis nullum est nisi quod vel ex edicto prætoris vel ex aliqua iuris alia cõstitutione proficiscatur. Edictũ verò prætoris & rescriptũ

Hadriani, de quo in *l.1.in princ.D.de dot.coll.* non de donatione propter nuptias, sed tantùm de dote conferenda locutum est. Illa vt puto ratione, q; non quemadmodum dos dicitur proprium patrimonium filiæ etiam in potestate patris constitutę. *l.3.§.sed vtrũ.D.de minor.l.in rũ.16.D.de relig.& sumptib.funer.* ita & donatio propter nuptias data filij nomine pôt dici propriũ patrimoniũ filij, cùm non in ipsum filium conferatur, sed in filij vxorem cui proinde acquiritur, fitq; ipsius non filij patrimonium. Cuius etiã diuersitatis ea ratio est, q; dos data filiæ nomine licèt interim sit mariti, tamen soluto matrimonio, siue per diuortium, siue per mortẽ viri restituenda est mulieri per actionem, aut ex stipulatu si stipulatio aliqua intercesserit, aut rei vxoriæ si nulla, quoniã dotes mulierib. saluas esse expedit reipublicę, vt iterum nubere possint. *l.1.& tot.tit.D.sol.mat.l.interest.18.D.de reb.autor.iud.possid.l.vnic.C.de rei vxor.action.* At verò vt donatio propter nuptias nomine filij data mulieri restituenda sit filio, siue per diuortium, siue morte mulieris soluto matrimonio, nulla actio prodita est, quia nec donationis nomen mereretur ea liberalitas si posteaquã esset collata in mulierem, adhuc viri patrimoniũ cẽseretur, neq; rursus interest reipub. maritum habere donationem vt ducere vxorem possit. Melius.n. de suis ciuibus credit sperátq; ciuilis legislator quàm vt eos putet, tã ignauos, támq; parum industrios, qui non sine bonis vxorẽ habere possint. Maximè verò quod ita fieri solebat, vt quæ mulier ex tali donatione accepisset in dotem redigerẽtur. *l.1.C.de don.ant.nupt.l.generaliter.§.vers.hoc obseruare.C.de sec.nupt.* Itaq; non tam de illo quærendum videtur quare donatio propter nuptias ante Leonis tempora non conferretur, exemplo dotis, quàm illud mirandum cur & Leo & Iustin. conferri voluerint. Cùm in eo videatur fieri iniuria filio qui cogitur conferre quod nõ habet, verùm pro Imperat. responderi potest: Immo nullam filio iniuriam fieri, non ob id solùm quod huiusmodi donatio propter nuptias, si non ipsi saltem propter ipsum mulieri data est, vt proinde hoc respectu ipse quoq; habere illam videatur. *l.dotem.6.in fi.D.de coll.bon.* Sed etiã quia eius donationis beneficio habuit, & dotem, & vxorem, quam alioqui verisimile est, neque se, neq; dotẽ marito daturam fuisse. Et quamuis facile possit euenire, vt non putet filius magnum se habuisse beneficiũ à patre in eo quod per hanc donationem habuerit vxorem, negare tamen non potest, quin cõmodum sentiat ex dote, cuius dominium habet saltem bonitarium. *l.quamuis.75.D.de iur.dot.l.doce.6.C.de rei vind.* Præsertim hodie postquam placuit Imperat. vt mulier transiens ad alia vota donationem hanc communibus liberis seruare teneatur. *l.3.4.& 5.C.de sec.nupt.* Deniq; cùm nõ minùs paternum officium sit hanc propter nuptias donationem pro filio dare mulieri, quã nomine filiæ dare dotem marito. *d.l.vlt.C.de dot.promiss.* æquissimum sanè fuit ita constitui, vt ad exemplũ dotis hæc quoque donatio conferretur, cùm vtroque casu æquè diminuatur patrimonium patris, aut alterius cuiuscunque à quo, siue dos, siue donatio profecta sit. Nec.n. hac in re distingui voluerunt Imper. an à patre, vel à matre, vel quo alio ex parentib. dos profecta sit, licèt non sicut patris ita & matris, vel aui materni officium sit dotare filiam vel neptem. *l.neque mater.14.C.de iur.dot.& d.l.vlt.l.pen.D.de agnosc.& alend.liber.* Neq; dubito quin hoc ipsum iam olim prætor fuerit constituturus in edicendo De collatione dotis nisi eatenus tum fuisset inter dotem & donationem istam differentia quæ etiamnum est, quod nulla lege cogitur pater filij nomine donationem hanc facere, qui

tamen

tamen filiæ nomine cogitur dotem dare. ex lege Iulia, de qua Marcianus in *l.capite.19.D.de rit.nupt.* vbi quamuis loquatur non minùs de masculis vxores ducturis quàm de filiabus nupturis, cùm ait lege Iulia cogi patrem collocare in matrimonium liberos quos in sua potestate habet, si fortè per iniuriā velit prohibere ne vel vxores ducant, vel nubant. Tamen de dote tantum subiungit non de donatione propter nuptias illis verbis, *vel qui dotem dare non volunt*, itémq; in illis sequentib. *coguntur in matrimonium collocare & dotare.* vt intelligamus parem quidem esse filiorum & filiarum conditionem in eo quod pater, neq; has, neq; illos per iniuriam prohibere debet ne nuptias contrahant, itémq; in eo quod si secus facit cogendus est, non quidem per actionem quæ inter patrem & liberos in sacris constitutos, non magis ex hac causa quàm ex alia vlla esse potest, sed per officium proconsulis, vel præsidis prouinciç, vt liberos vtriuslibet sexus in matrimonium collocet: sed disparē tamen in eo quod dotem præterea dare cogitur nomine filiæ quam certū sit, non aliter posse pro dignitate virum inuenire, propter imminētia onera matrimonij, interdictámq; huic sexui pro publica honestate negotiationis vllius exercendæ facultatem. Filij verò nomine donationem conscribere non cogitur [quamuis si ita faciat pietatis paternæ officium sit impleturus, qui sensus est Iustiniani in *d.l.vlt.C.de dot.promiss.*] sed tantùm pati, vt quàm honestè & commodè vxorem ducere filius potest eam ducat, quam alioqui ex iuris ciuilis ratione, sine patris consensu ducere non posset. *l.2. & 3. eod.tit.de rit.nupt.* Nec enim verendum putauit legislator, ne viris destitueretur respublica, si non cogerentur parentes quærere vxores masculis, & corū nomine donationes exercere, siue quod non esset credibile defuturos eò magis viros & patresfamilias quibus possent mulieres nubere, siue quod si quis fortè filiusfamilias esset tam ignauus, vt sine bonis præsentib. quæ spōsæ donaret sponsam nullam inueniret is nec dignus esset, cui vel à patre, vel à legislatore vxor quæreretur, sed qui potius in vltimas insulas perpetuúmq; cœlibatum relegaretur. Taceo, quod fœminarum pudicitiç fuit diligentissimè prospiciendum nō tantum ob honestatem publicā quæ præcipua & sanctissima cuiq; legislatori lex esse debet, sed etiam propter dignitatem reipublicç quç sicut ex familiarū dignitate æstimatur, ita & familiarum certitudo pendet tota ex pudicitia mulierū quando nec aliud quicquā habuit ciuilis legislator prçter nuptias ex quo patrem demonstrare posit *l. quia semper.5.D.de in ius voc.l.filium.6. D. de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Ac periclitaretur, quàm maximè pudicitia mulierum si non ita ius esset vt parentes dotare filias cogerentur, quam vtramque rationem breuiter & elegant ex perstrinxit Vlp.in *l.mulier.22.§.cùm proponeretur.D.ad SC.* Indéq; factum est vt Iustin. iustā exheredādç filiç causam illā esse noluerit, si peccauerit illa in corpus suū nō q̄sita ei per patrē ante vicesimum quintum annū impletum honesta nuptiarum cōdicione, *Nou.115. Vt cùm de appellat.cognosc.§.aliud quoque capitulū.vers.si alicui ex prædictis.* Quorum omniū tale nihil in masculis aut tractari potuit aut constitui. Sempérque visum fuit posse amorem paternum sufficere in ea re in qua publicæ vtilitatis necessitas non vrgeret ad mouendū patrē, vt pro filio donaret quoties videret nō aliter posse filiū çquè bona & honesta cōdicione vxorē inuenire, cum neque magis pene intersit ipsius filij quàm patris felix faustúmque esse matrimonium filij, neque sit quod pater eiusmodi donationes præsertim moderatas tantopere detrectare debeat, quarū cōmodum aliqua ex parte ad

filium adeoq; patrem ipsum sit rediturum, conuersa vt fieri solitum iam olim diximus donatione ꝓpter nuptias in dotem *d.l.1.C.de dona.ant.nup.d.l. generaliter 5.C.de secun.nup* Accedit illa nō leuioris momenti ratio ad incitandos parentes potiùs quàm ad cōpellendos, vt has ꝓ filiis suis liberalitates alacrius exerceant ꝙ si fortè contingeret ipsis parentib. viuis filios præmori, tales donationes ad eos reuerterentur. *l.2.C.de bon.quæ liber.* ne scilicet & amissorũ liberorum & donationum simul iacturã sentirent, vt de profectitiis quoq; dotibus scriptum est in *l.iure succursum.6.D.de iur.dot.* Ex his apparet summa ratione ita iure vetere obseruatum fuisse, vt donatio propter nuptias à patre facta filij nomine non conferretur, nisi pater id fieri expressim præcepisset [hoc enim semper excipiendum est] quamuis dotem conferri necesse esset, cùm non tanta præsumptio meræ liberalitatis exercendæ caderet in dotem quæ à patre etiam inuito danda erat, quanta in donationem propter nuptias quã dare pater nō cogebatur si nollet. Nec eo minus tamen iustè constitutũ fuisse à Leone, primùm, deinde à Iustiniano, vt tam donatio propter nuptias, quàm dos conferri deberet exemplo dotis, cùm vtraque & ex patris officio & ex eiusdem substantia profecta sit, nec debeat mera liberalitas censeri, quę quáuis nō habeat coactionem, officij tamen implendi causam habet. Cęterũ siue de dote agatur siue de donatione propter nuptias, semper obseruandum est qđ initio posuimus de ea dote agi, quę à patre data sit nō filiæfamilias, sed genero pro ea, itémque de donatione propter nuptias quæ à patre data sit nō filiofamil. sed mulieri quam filius ducturus sit vxorem. Alioqui absurdum sit putare constitutum ab imperatoribus vt ea dos vel donatio propter nuptias conferatur, quæ non valeat, & de qua nec dubitari possit an sit conferenda, necne: cùm prius sit vt valeat quàm vt debeat communicari. Nam quæ non sunt in dominio conferentis sed in bonis & in hereditate patris, ea diuidenda sunt iudicio familiæ erciscundæ non communicanda. In cóque interpretes omnes nostros errare mirandum est cùm est iuris ratio pro nobis sit aperta, & verba ipsa constitutionis Leoninæ hanc sententiam nostram mirificè cōfirment. Sic enim scriptum, *Nulla discretione intercedente vtrum in ipsas sponsas pro liberis suis memorati parentes donationem contulerint, an in ipsos sponsos earum vt per eos eadem in sponsas donatio celebretur.* Quibus verbis excluditur casus ille quo donatio collata sit in ipsos liberos proprio nomine. Hoc verò cur ita? Nisi quia sicut non aliter dos bene data videri potest quàm si detur marito nomine filiæ ita nec donatio propter nuptias bene facta, quàm si fiat vxori nomine filij. Sponsas enim Leo intelligit sponsas filiorum ac proinde quæ non sunt ex liberis, Sponsas verò eos quidem qui sunt ipsi filij: At quibus tamen non fuerit simpliciter donatum sed ad eum finem vt sponsis suis donent. Quia licèt hoc casu non valeat donatio facta in filiofamilias non eo minus tamen valet donatio facta per filium familias sponsæ tanquam facta de bonis quidem patris sed ex ipsius patris voluntate quod satis est. Sed & illud obseruandũ est cùm agit Leo de donatione propter nuptias in sponsam collata pro filio non poni adiectionem illam quæ ponitur cùm agit de donatione propter nuptias, *vt per ea eosdem in sponsas donatio celebretur.* quia nō quemadmodũ donatio propter nuptias potest filio fieri vt postea per filiũ fiat sponsæ: ita & mulieri potest hic fieri vt postea filio fiat. Nam quæ rediret ad filiumfamilias acquireretur per eum patri ipsi qui priùs donasset, atq; ita nihil

in nihil omnino donatum videretur, non magis quàm si pater soli ipsi filio, & proprio eius nomine donasset.

ERROR SECVNDVS.

De collatione donationis factæ filiofamilias à patre fauore & contemplatione matrimonij.

NOn pauci ex pragmaticis nostris in hoc errant, quod eas donationes quę passim à parentibus hodie fiunt fauore & contemplatione matrimonij filijs etiam in potestate constitutis, non distinguũt à donatione propter nuptias de qua in *l.vlt.C.de dot. promiss.l.vt liberis.17.l.illam.19.l.illud.20.§.1.C.de collat.* cùm tamen ea sit pereuidens inter huiusmodi donationes differẽtia, quod hæc nõ fit ipsi filio sed filij nomine fit ipsius vxori, ob idque nec causę quicquam est cur non valeat tùm quoque cùm ipsi filio fit vt per eũ fiat & acquiratur spõsę, quasi hoc casu filius non tam ipse donare videatur rem quę proculdubio mansit in dominio patris, quàm paternę donationi & liberalitati ministeriũ prębuisse ad transferendam possessionem in sponsam & per possessionẽ dominium vt ad proximi capitis finem dicebamus. Quę verò fit ipsi filio non vt per eum postea fiat sponsę, sed vt penes filium ipsum remaneat, quamuis fauore & contemplatione matrimonij, vt quotidie fit, ea non valet, nec magis hodie quàm olim propter vinculũ patrię potestatis quę impedit ne qua inter patrem & filiumfamilias obligatio contrahi possit *l.2.C.de inoff. donat. l.siue emancipatis.17.C.de donat.* quam tamen contrahi necesse esset ex donatione si valeret, siue per traditionẽ siue per stipulationẽ [qui duo tãtùm olim fuerũt modi perficiẽdę donationis] perfecta donatio proponeretur. Quid.n. posset prohibere quominùs rem quoque donatã vindicare pro arbitrio posset donator qui donando neque se obligasset donatario neque obligari potuisset? Quid verò tam alienum à perfecta donatione quàm vt possit eam donator pro arbitrio siue in totum siue pro parte reuocare adeóq; vel minimam ei inijcere condicionem? *l.perfecta.4.C.de donat.quæ sub mod.l.velles necne.6.C.de reu. donat.* Sed ex ijs quoq; pragmaticis qui donationẽ propter nuptias norunt separare à donatione facta fauore matrimonij, plerique omnes in hoc errant quod hanc quoque non minus quàm illam valere arbitrantur, Exemplo, inquiũt, donationis factę à patre filięfamilias ex causa dotis de qua nec dubitatur quin valeat ex *d.l.Pomponius Philadelphus.35.famil.ercisc.* Nos verò sicut in pręcedentibus docuimus & probauimus ex illo ipso Papiniani responso quo isti abutuntur ex *d.l. Pomponius* donationem factam filięfamilias etiam ex causa dotis non valere, sed vt valeat dotis datio in ipsius sponsę personam nomine filię conferri eam oportere. Ita & admissa in omni casu dotis huiusmodi donationis comparatione non aliter patimur valere donationem à patre profectam etiam fauore & contemplatione matrimonij quàm si non in filium, sed eius nomine in sponsam conferatur. Quo præmisso consequens fit vt sicuti cùm tractauimus de dote, diximus & probauimus, si ea donata sit ipsi filię,

nullum quæstioni locum esse an debeat conferri necne, Ita & non nisi frustra & ridiculè quęstio ista ab interpretibus proponatur. An donatio facta filiofamilias per patrem fauore & contemplatione matrimonij conferenda sit, an non. Quomodo enim posset conferri quæ numquam valuit? Ea nimirū quæ à patre viuo inutiliter donata sunt, eodem mortuo communicanda non sunt, sed diuidenda, potéstque illa solùm incidere quæstio, an in diuisione hereditatis pręcipua retineri possint, quod à collatione & communicatione longè distat, quia licet quæ præcipua retinentur non conferātur, non ideo tamē non conferuntur, quod non fiant communicanda, sed quia donatarij ante id tempus propria numquam fuerūt, Acquisitio autem debeat pręcedere vt cōmunicationem ita & quæstionem de collatione. Interpretes nostros illud videtur fefellisse quod ex ijs ipsis qui viderūt aut videre potuerunt donationes istas in filiumfamilias etiam fauore matrimonij collatas nō valere, nemo tamen vnquam dubitauit quin saltem patris morte confirmarentur, exemplo cæterarum omnium donationum, de quibus ita constitutum videtur à Iustiniano in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Inauditum enim, hucusque ante nos fuit paradoxum illud, quo tamen verius nullum esse arbitramur, quod in præcedentibus disputauimus donationem à patre factam liberis in potestate constitutis ex causa dotis & matrimonij deterioris fuisse condicionis, quàm cæteras in hoc quod neque olim confirmabantur morte patris, neque hodie confirmantur. Tantū abest vt verum sit quod vulgo nostris placet fuisse melioris in eo vt valerēt iā inde ab initio nec egerent confirmatione. Ergo nec donationes istas in filiosfamilias à patrib. collatas quamuis fauore ac comtemplatione matrimonij morte patris cōfirmatas dici patiemur. Cum eadem in ijs locum habeat ratio quæ in dotibus ad impediendā confirmationē, quod donationes quæ confirmantur morte, in perpetuū confirmantur, vt & omnes vltimæ voluntates. Ea verò patris volūtas nō est vt quod donat siue filięfamilias ex causa dotis siue filiofamilias ex causa matrimonialis donationis in perpetuum à se alienatū donatūq; videatur, sed tantùm ad tēpus, id est quādiu dos manebit vel donatio propter nuptias aut fauore matrimonij hoc est quādiu dūtaxat durabit matrimonium vt ipsa nomina ostēdūt tā dotis quā donationis siue propter nuptias siue fauore & contēplatione matrimonij facta esse dicatur. Idq; ex eo euidēter apparet quod si matrimoniū filij viuo patre per ipsius filij mortem solueretur nō minùs donatio propter nuptias quàm dos, vtpote vtraq; à patre profecta, ad patrem reuerteretur, etiamsi talis donatio esset quæ ab initio valuisset, nimirū non in filium ipsum, sed ipsius nomine in spōsam collata *l. 2. C. de bon. quæ li.* ne alioqui pater miser & amissi filij & liberalitatis suæ iacturā sentiret vt de dote dicitur in *l. iure succursum. 6. D. de iur. dot.* Non ergo perpetua causa est transferēdi dominij causa dotis & matrimonij, ne tum quidem cùm donatio sic facta est vt valeat. Quanto minus si nō valebit? Nec contrariū ꝙ ait *l. 1. D. eo. tit. de iur. do.* eo animo & voto dari dotē vt sit perpetuò penes maritū. Quo exēplo nec illud nego, Cū pater filijfam. noīe confert donationē propter nuptias in ei⁹ spōsā, id cū facere hoc animo & voto vt perpetuò remaneat penes spōsā q scilicet, & ab initio dominiū vtroq; casu trāsfertur, & casus ille futur⁹ dissoluēdi viuo patre matrimonij pręsertim per filij aut filię mortē tāquā patri abominabilis nō cōsideratur *l. cū tale. 72. de cond. & demonst.* Est. n. contra votū cōmune naturæ & parētū vt turbetur ordo mortalitatis & liberi parētib. præ-

premoriantur *l. nā e. §. 15. D. de inoff. test. l. scripto. 7. in fin. D. vnd. liber. l. Iulianus. 16. D. si quis om. caus. testam.* Sed cùm donatio non valuit ab initio, nec dominium ex ea trãslatum fuit, nō potest dici eo animo & voto factam esse à patre donationē vt perpetuo penes filiū filiámve remaneret cui nec per vnū instans acquiri potuerit viuo patre. Prius.n. esset vt acquireretur ipso donationis tēpore, quàm vt tractari oporteret an in perpetuum an ad tēpus duntaxat esset acquisita. Vt verò ne tum quidem cùm pater moritur incipiat huiusmodi donatio liberis acquiri quasi morte patris confirmata, sufficit quod facta sit ex ea causa quæ potuerit non esse perpetua, matrimonio scilicet ante patris mortem quomodo dissoluto. Ne aliter possit iure eueniat vt magis in perpetuum facta videatur donatio, quæ numquam valuit, quàm quæ aliquando valuisset. Neque tantū.n eo casu quo filij matrimonium per ipsius mortem solutum fuerit, sed etsi per mortem vxoris filij viuo patre, fatendum est ad patrem reuerti debere donationem quam propter filij nuptias fecerat etiā vtiliter collata ea in sponsam filij hactenus saltem vt hoc casu esset communis patri & filio, quemadmodum dos profectitia pro filia genero data, soluto postea morte generi matrimonio, cōmunis fieret patri & filię quousque in aliud matrimonium conuerteretur *l. 2. §. 1. D. solut. matrim.* Quanto magis igitur donatio à patre facta ipsi filio fauore matrimonij, quæ nunquam valuit, mortua sponsa remanebit penes patrem non tanquam cōmunis, quippe in qua nihil dū iuris filius vnquam habuerit, sed tanquā propria ipsius patris à cuius dominio propter impedimentum patrię potestatis numquam abscesserit? Quod si admittas, negare verò nō potes qua frōte cū interpretib. possis dicere morte patris qui post filij sui spōsam decesserit nullo prodito suę voluntatis nouo iudicio, cōfirmatam esse hanc donationem, quę tametsi ab initio valuisset ad patrem tamen ipso iure fuisset reuersa? An non hoc saltē casu opus esset noua voluntate & donatione vt posset morte confirmari, *arg. l. bona. 22. §. vlt. D. de capt. & postli.* At si noua opus esset donatione tum quoque cùm prior valuisset, an ea minus erit necessaria noua volūtas, & specialis cōfirmatio quod agatur de eo donatione, quæ nec valuerit vnquam nec valere potuerit? Rursus si non confirmatur morte patris ea donatio, quæ à patre vtiliter profecta subinde ad eundē patrem reuersa est siue filij siue nurus morte solutum matrimonium proponatur, qua obsecro ratione cōfirmari ea debebit quæ numquam valuit, licèt casus reuersionis nullus contigerit ante mortem patris? Cur.n. requireremus vt euenisset casus reuersionis in ea donatione quę nunquam à patre ipso decessisset? Reuerti potest ea tantùm donatio quę aliquando ab eo profecta est, & discesit ad quē nunc reuertitur. De casu, porro reuersionis an cōtigerit necne tūc disputamus cùm aliquo casu reuerti potuit. Cęterum quamuis donatio quam pater fecerit si nunquā valuit, nūquam reuerti ad patrem possit, perinde tamen impeditur eius confirmatione scilicet patris morte solóq; silentio cōfirmetur, atque si ad patrem reuerti aliquo casu posset, ne fauorabiliore iure censeatur donatio quę non valet, & ob hoc solùm quod non valeat. Ergo quemadmodum donatio quę ab initio valeret nec vlla confirmatione indigeret, non eo minùs ad patrem soluto in eius vita matrimonio reuerteretur, ita & quę ab initio nō valuit quãuis reuerti non possit, perinde tamen censenda est acsi reuerti posset, hactenus saltem vt non posit dici eo animo facta vt in perpetuum esset alienata, & consequenter ne morte confirmari posit. Non enim magis capax est filiusfamilias donationis sibi factæ fauore matrimonij, quàm filia capax est

ERROR TERTIVS.

De donatione per patrem facta filiofamilias fauore matrimonij an sit simplex, an ob causam.

INTERPRETES nostri qui errãt omnes, vt ꝓxime docuimus, in eo quod putant matrimonij fauore valere donationem à patre in liberos quos in potestate habeat collatam siue causam dotis habuerit in persona filiæ siue nomen generis, id est donationis retinuerit in persona filij, fauore, inquiunt, matrimonij, sicut inde sumunt occasionem quærendi. An huiusmodi dos vel donatio cõferatur, ita & distinguẽdi, an donatio facta sit simpliciter an ob causam. Donationem ob causam appellant eam quæ vulgo propter nuptias appellatur, quam diximus in superioribus veluti dotem esse filij, quemadmodum filiæ nomine data dos, nihil nisi donatio est propter nuptias filiæ *l. cùm multa. 20. C. de donat. ant. nupt.* Et in hoc cum ipsis sentio. Nec enim potest quis videri simpliciter donasse id quod nec donauerit nec fuerit donaturus nisi ob causam nuptiarum & matrimonij. At donationem illam quæ fiat fauore matrimonij & quę non in filij spõsam nomine filij, sed in filium ipsum collata sit, volunt esse simplicem, ideóque non conferendam, tametsi fateãtur quod nemo negat non tantùm donationem propter nuptias quę filiifamilias nomine facta sit, sed & aliam quamlibet factam ob causam conferri oportere. In hoc verò ab iis ego dissentio. Nam etsi probarent quòd semper negabo valere huiusmodi donationem à patre profectam in filium, nunquam tamen mihi persuadebunt simplicem donationem dici debere illam quę facta sit ob eam nominatim causam vt filius vxorem haberet illam quæ alioqui nuptura ei non fuisset. An non enim semper verũ est factam esse propter nuptias & ob causam matrimonij? quicquid autem ob causam fit meram donationem videri non posse. *l. hoc iure. 19. §. pen. l. Aquilius Regulus. 27. D. de donat.* Aut quid interest inter hanc donationem & illam quæ propter nuptias appellatur, & quæ indubitatè fit ob causam, nisi quod hęc fit filio illa nurui? Sed diuersitas ista personæ donatarij potéstne facere, vt vno minùs quã alio casu videri debeat ob causam facta donatio, quam pater nunquã fuerat facturus, si vxorẽ illã filius non duxisset? Et verò vt ita esse fateare, finge post talẽ conscriptã donationẽ siue in filiũ siue in nurũ nomine filij collata sit fauore & cõtemplatione matrimonij, nullũ tamen, quod ex variis causis potest euenire, secutum esse matrimonium. Quęro, supposita etiam huiusmodi donationis validitate, vt quæstioni locus fieri possit, An nõ esset locus cõdictioni quasi facta donatione ob causam quę non esset secuta? Vtique dicendũ ita est *l. §. extraneus. 6. l. si donaturus. 9. in princip. & §. 1. cum l. seq. D. de condict. caus. dat. caus. non secut. l. stipulationẽ. 21. cũ donat. seqq. D. de iur. dot.* Atqui hoc falsum esset si donatio simplex videri posset. Sicut enim contradictionẽ implicaret vt simplex esset donatio, & causę aliam haberet quã ipsius donatoris liberalitate *l. 1. D. de donat.* ita & vt prætextu causam nõ secutę reuocaretur donatio quæ simpliciter facta fuisset. Neq; sanè hoc omnino negare audẽt qui defendunt huiusmodi donationem quasi simplicẽ conferendã nõ esse, quã sententiã ex recentiorib. defendit Aynio Crauet. *cons. 85.* à pragmaticis nostris hac parte vt & aliàs ferè semper approbatus. Sed vt obiectionẽ effugiãt cõminiscũtur duplicẽ donationis causam, vnã quę sit necessaria, aliã quę sit voluntaria, priorẽ quę ex officij

necessitate, posteriorem quæ ex liberalitis exercendæ volūtate proficiscatur. Prioris generis esse volunt donationē quā propter nuptias appellamus, propterea quod, inquiunt, nō minùs teneatur pater filio vxorem ducente donationem nurui conscribere, quàm nubente filia dotem genero dare *ex l. vlt. C. de dot. promiss.* Posterioris verò generis, donationem factam ipsi filio fauore matrimonij: quippe cum nō sit obligatus, pater donare quicquam filio ob hoc solùm vt vxorem inueniat vel nobiliorem vel ditiorem. Indéque colligunt nullam esse rationem cur hæc donatio fauore matrimonij facta conferri debeat exemplo siue dotis siue propter nuptias donationis cùm nō sit facta ob causam necessariam. Quod si ita est, Non erit generaliter vera propositio illa, quam hucusque verā esse omnes crediderūt Donationes ob causam factas venire omnes in collationem nisi eam restringas ad donationes, quæ causam necessariam habeant, necessariam, inquam, ex parte donatoris, non ex persona donatarij, Quasi causa quæ respicit merum fauorem personámq; solius donatarij nō possit facere causulē donationē, cui semper verùm sit solā libertatē donatoris causam dedisse. Atque ita idē ille noster Caueta ratiocinatur. Sed tamen vereor ne magis subtiliter quàm verè. Quod .n. supponit pro vero, perinde cogi posse patrem vt pro filio conscribat nurui donationē propter nuptias, atq; filiæ nomine cogitur genero dotē dare, id falsum esse iā probauimus in primū huius Decadis Errorē: neq; aut in *d. l. vlt. C. de dot. promiss.* quę vna in hāc rē adduci solet aut alio vllo iuris loco ita scriptū reperias, sed tantùm ad paternū officiū hoc vtrūq; pertinere. Quod nos certè non negamus, sed dicimus nō quicquid patris potestati & officio, committitur, id etiā subijci iuris necessitati, vt de iudice scriptum est in *l. non quicquid. 40. D. de iudic. l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Itémque de tutore in *l. videamus 4. D. de in lit. iur.* non esse quidē cogendū illū iurare in litē pro pupillo, sed tamen si tantā adfectionem pupillo suo habeat vt etiam iurare velit nō esse prohibēdū: Nō alia planè ratione quàm quòd hoc quoq; ad ipsius officium pertinere existimetur, Alioqui nō esset ei permittēdū pro alio iurare nec si vellet millies, quia iuris regula est alium quàm dominū litis quiq; suo nomine ei cōtestatus sit iurare nō debere *l. vulgo. 7. eod. tit.* Similiter igitur dicimus ad officiū patris pertinere vt pro filio vxorem ducturo faciat donationem, hoc nimirum sensu vt si fecerit, perinde officium suum impleuisse videri possit acsi dotem pro filia dedisset, sed negamus huic consequens esse vt perinde cogēdus sit hanc donationē pro filio facere atq; dotē pro filia dare cogeretur, siue inspiciamus verba legis Iuliæ quæ prima dotandæ filiæ necessitatem patri irrogauit, nec nisi de dote locuta est vt constat ex *l. capite 19. aliàs l. qui liberos. D. de rit. nupt.* siue rationē manifestam diuersitatis hac parte inter filiā & filiū quam attulimus in pręcedentibus. Et certè si verum amamus cùm ita loquitur Iustinianus in *d. l. vlt. C. de dot. promiss.* vt dicat omnino paternum esse officium dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie, nihil minus agit quàm vt patri vel imponat necessitatē faciendæ pro filio donationis propter nuptias, vel iam olim fuisse impositā testetur, sed vt præcedentia & sequentia demonstrant, ita scribit ad excludendam eam interpretationē per quam posset quis putare dotis vel propter nuptias donationis constitutionē à patre factam ex maternis quoq; bonis aut ex ipsius filij patrimonio si quod habeat pro patre factam intelligi oportere. Certùm enim est, inquit, ad patris non ad matris officium hoc pertinere, ac proinde patrem de suo non

de

de alieno fecisse videri quod ad ipsius curã & officium pertinebat. Cæterum non quærit eo loco Iustin. an æquè cogatur pater pro filio conscribere donationem propter nuptias atq; dotẽ pro filia dare [quæ fuisset longè diuersa quęstio & in qua vel fuisset separanda dos à donatione propter nuptias vt in lege Iulia, vel ipsa lex Iulia quæ de dote tãtùm locuta erat fuisset ad donationem quoq; propter nuptias extendenda] sed tractans de patre qui vltro vel dotem pro filia dederat vel donationem propter nuptias pro filio, quærit duntaxat vtrum de suis tantùm bonis dedisse videri debeat, an etiam de alienis. Et postquàm magis probauit faciendam esse in dubio interpretationem contra patrem qui sibi debet imputare cur non apertius expresserit quid ex bonis suis proficisci vellet, quid ex alienis. Concludit debere patrem in eo esse diligentiorem & cautiorem, ne dum effuso sermone se iactat in promptum incidat sui periculum. Ita ostendens eo quoq; casu quo ipsa etiam dos promissa vel data sit supra eam quantitatem ad quam vsq; pater dare cogi potuisset, non eo minùs tamen totam ex officio paterno datam intelligi debere. Vt intelligamus non esse bonam consecutionem ab officio paterno ad necessitatem, nec quicquid ex officio facit pater si faciat, cogi eum vt faceret potuisse, si facere noluisset. Sed & probat optimè ni fallor lex illa Iustiniani, quàm falsa sit ea distinctio contra quam disputamus. Si enim vera esset eáq; tantũ donatio conferretur, quæ facta esset ob causam necassariam, sequeretur vt dos quam pater pro filia dedisset longè maiorem quàm ex facultatum suarum comparatione dare debuisset, non esset conferenda nisi vsque ad concurrentem eam quantitatem quam potuisset cogi pater vt daret. Tanquam quæ supra eam quantitatem censeri deberet iure donationis simplicis, aut saltem factæ ob non necessariã causam. Atqui hoc falsum est quia leges omnes & veteres & nouæ quę de dotis collatione tractant, indistinctè loquuntur, de ea quantitate quæ dotis nomine vel promissa vel data est quantacunq; tandem illa sit, quando nec prohibetur pater si velit maiorem dotem constituere quàm quę ab ipso debita fuisset ex officij necessitate. Sicut nec distinguit Iustinianus in *d.l. l. vlt.* an plus dederit vel promiserit pater quàm potuerit cogi vt promitteret vel daret, quoniam cùm non modò de dote, sed etiam de donatione propter nuptias tractaret, non poterat ea distinctio cadere in donationem propter nuptias quæ nunquam ex necessitate, semper ex liberalitate datur, ideóq; donationis nomen propriè retinet, quod dos quamuis habeat in genere tamen in specie & æquè propriè non habet *d.l.cùm multæ*. Quare quod dicimus doti comparandam esse donationem propter nuptias, si rem vti est strictiùs libeat considerare non ad totam dotis quantitatem referendum est, sed ad eam duntaxat dotis partem quæ ex mera patris liberalitate proficiscitur, id est, quam pater non fuerat daturus si aliud nihil dare voluisset, nisi quod vt daret etiam inuitus cogi per magistratum potuisse. Nam vsque ad eam quantitatem dos quidem perinde profectitia est, quia ex bonis patris proficiscitur, sed nihil omnino habet quod ad patris liberalitatem referri possit, aut quod donationis nomẽ mereatur *arg. l. vnum. ex familia. 67. §. 1. de legat. 2. l. si seruo. 84. de hered. instit.* Sùpra eam quantitatem verè donatio & liberalitas est, sed tamen ob causam sine qua non fuerat pater de ea liberalitate exercenda cogitaturus. Donatio propter nuptias in eo à dote distat, quod tota donatio est & liberalitas patris, quamuis aliam habens causam quàm voluntatem exercendę meræ li-

beralitatis:qua ratione donatio quidem appellatur,sed non simpliciter, at eũ illa adiectione *propter nuptias*.Quemadmodũ igitur dos data supra eã quantitatem quę omnino & ex officij paterni necessitate dari debuit non eo minus cõfertur,tanquã quę data sit,vel promissa nõ simpliciter: sed ob causam eãq; iustã quãuis minimè necessariã. Ita & donationẽ quamlibet fauore matrimonij factam siue nurui quomodo fieri debet vt valeat,siue ipsi etiã filio,si hanc quoq; valere vis cum interpretibus me inuito,fatendũ est,non simplicẽ esse: sed ob causam,nõ quidẽ necessariã,sed tamen iustã,ob idq; omnimodo & in totũ conferendã. Et verò si iam olim ita ius fuisset, vt donationem quoq; propter nuptias pro filio facere pater cogi posset, sicut & pro filia dotẽ dare,planè non video cur prętor cùm edixit de dotis collatione nõ fuerit etiã de donatione propter nuptias conferenda edicturus, vt primo huius decadis capite disputauimus. Fuisset enim illa mera iniquitas vt soror fratri dotẽ profectitiã conferre coacta fuisset,non etiã sorori frater profectitiã propter nuptias donationẽ,si æquè pater hanc atq; illã dare cogebatur , nec dissimilitudinis illius ratio vlla reperiri,vt arbitror,potuisset. Quanquã autem post Leonis constitutionẽ quæ extat *in d.l.* vt liberis sublata est ea dissimilitudo,nec minùs hodiè donatio propter nuptias quàm dos cõfertur,non tamen cõsequens est, vt in eo quoq; donatio propter nuptias doti exæquata videri debeat quod perinde pater donationẽ propter nuptias pro filio, atque dotem pro filia dare sit cogendus. Nã collatio quidem ex ea potest induci quod etiã inuitus quis dotare cogatur[quę erat ratio edicti. De collatione dotis,quod idcirco ad dotẽ à matre aliòue quàm à patre datam nõ pertinebat] Sed non è cõtrario põt dici cogendũ patrem vt donet filio ob id solũ quod futurum sit eo mortuo,vt filius eam donationem fratribus sit collaturus, quemadmodũ dici solet neminem ideo obligari quia recepturus sit ab alio quod præstiterit *l.nemo ideo.171. de reg.iur.* Nam & qui confert profectitia reddere ipsa videtur. Alioqui paullatim dici incipiet cogendũ patrem vt donet etiam simpliciter & sine causa filio siue in sacris manenti siue emancipato cùm possit pater eam legem liberalitati suę imponere,vt se mortuo conferatur *l.pen.in fi.C.de collat.* quam nisi adiecisset imputare sibi eũ debere:quod tamen sani iudicij nisi vnquam dixerit. Quod si verum est,vt est,non esse cogẽdum patrem,vt quicquam filij nomine donet propter nuptias:sequitur optimè nullam penitus differentiã poni posse inter donationem propter nuptias, & eam quæ ipsi filio facta sit fauore matrimonij:nempe secundùm interpretes qui vtramque valere volunt. Nos.n.perpetuam illam agnoscimus, quod sola donatio propter nuptias facta nurui nomine filij valet,alia facta ipsi filio non valet. Si verò nulla differentia est illud etiam sequitur,vt vtraq; debeat videri æquè facta ob causam, ęquè iustã,ęquè necessariã,aut potiùs ęquè non necessariam & cõsequenter, vt vel vtraq; debeat conferri vel neutra. At donationem propter nuptias etsi olim non conferebatur,hodie tamen conferri certum est ex *d.l.vt liberis.17. l.19.l.20.§.1.C.de collat.* Igitur illa quoq; conferetur, quæ facta fuerit cõtemplatione matrimonij ipsi filio,pręsupposito quod valeat. Sufficit.n.factã esse ob causam,nec esse simplicẽ donationẽ vt hodie sit conferenda. Alioqui dicendũ erit dotem quę à matre data sit, vel ab auo,aut proauo materno,ac multo magis donationem propter nuptias ab his personis conscriptã,non esse cõferendã cùm ad officiũ ipsarũ nõ pertineat,vt liberis suis dent dotẽ,vel propter nuptias donatione tãtũ abest,vt positũ hoc sit in officij necessitate,pręterquã si magna

si magna & probabilis causa sit vt loquitur. *l. neque mater*. 14. *C. de iur. dot.* id est, si alia ratio nulla sit dotandæ puellæ, cuius pudicitię si non nubat dote-túrq; periculum aliquod timeatur. Ad quem vnum casum aliósve si qui sunt similes non possis sanè Leonis & Iustin. constitutiones coarctare quin fa-cias vim verbis constitutionum quæ sunt generalia, omnésq; omnino dotes & donationes propter nuptias à parentibus vtriúsq; sexus factas comprehē-dunt, quas tum quoq; cùm fiunt nulla vrgente necessitate officij, ob causam nihilominùs factas esse, quod sufficit ad inducendam collationis necessitatē, postquam placuit Imperatoribus cùm de iure collationis quæritur id præci-puè spectandum vt inter liberos qui & eidem parenti & eodem iure succe-dunt, siue ex testamento siue ab intestato æqualitas seruetur. Prideo autem iam huic nostræ sententiæ obiici video vnum hoc quod contrariæ opinio-nis præcipuum fundamentum esse creditur. Nulla lege aut constitutione cautum esse vt huiusmodi donatio facta per patrem filio fauore matrimonij conferatur. In tractatu verò de collationibus bonum esse argumentum, vt ea demum conferenda de quibus conferendis aliquid constitutum sit, ea verò nō conferenda, quorum collatio nulla lege iubeatur. Fateor enim nul-lam hac de re legem scriptam esse. Nimirum quia nostris legibus & veteri-bus & nouis incognitæ sunt huiusmodi donationes tanquam quæ inualidæ sint, & nullius momenti, & consequenter in quas non possit cadere illa di-sputatio an conferendæ sint nécne. Sed nos de iis disputauimus acsi valerēt, quæstioni locum relinqueremus, & ne quis posthac posset dubitare du-cem hac in re nostrorum interpretum errorem esse. Vnum quod putant ... ere. Alterum quod eas quamuis validas negant conferri oportere. Contrà ... m debuerunt dicere non valere, ob idq; nullū de iis siue conferendis siue non conferendis quæstioni locum superesse, sed si valerent non fore dubi-dum quin conferri omnimodo deberent nisi sic factæ essent vt præcipuæ ... erentur, quomodo plerunq; hodie fiunt. Vsu ipso iam ita inualescente, nec dubitetur ampliùs an valeant, præsertim si iuratæ proponantur, quasi ... od ratio iuris nunquam permissura fuerat, nostris nunc moribus obten-... t aut potiùs extortum videatur. Tractemus iam de iis quæ sunt iuratæ.

ERROR QVARTVS.

Si donatio fauore matrimonij facta filiofamilias per patrem iurata sit.

NON defuerunt ex interpretibus nostris qui mera apertáq; iu-ris ratione coacti dixerint donationem fauore quoq; matri-monij factam filiofamilias per patrem nullius esse momenti. Sed illi ipsi solēt subiicere exceptionē nisi iurata sit. Nec e.n. du-bitant iurisiurandi hanc vim esse, vt donationē alioqui inuali-... cōfirmet sicut & cæteros cōtractus qui sine iureiurādo nō valerēt. Qua-... eiurando interposito nihil aliud inspiciendū sit nisi an seruari possit ci-... dispendiū salutis ęternę vt Canonistę loqui solent. Vt si possit omnimo-... seruandum sit etiamsi leges ciuiles reluctentur. Si verò non possit eo ... m casu nulla eius ratio habeatur. Atqui nihil causæ est, inquiunt,

cur non liceat patri seruare iusiurandum quo donationem à se in filiumfamilias collatam confirmauerit, neque in eo vllum salutis ipsius periculum vertitur. At è contrario vix vllo prætextu potest se tueri si veniat contra eam donationem quam in filium contulit, quin hoc ipso periurium incurrat, dolóq; malo faciat, qui non modò filium suum decipere velit, sed etiam nurum quæ talis donationis contemplatione ad matrimonium accesserit nec aliter id fuerat contractura, quomodo dici solet de marito cui dos promissa vel data fuit, non esse illum decipiendum, quod fieret si vxorem indotatam habere cogeretur *l. si donaturus. 9. D. de condict. caus. dat. l. purè. 5. §. pen. D. de dol. except. l. Titia. 62. D. de iur. dot.* Addunt, quod præcipuũ erroris fundamentum est iureiurando tolli eam rationẽ, quæ potissimum facit ex ratione iuris ciuilis ne valeant huiusmodi donationes. Diximus. n. sæpius quod & verissimum est, non alia ratione impediri quàm propter vinculũ patriæ potestatis quod obstat ne qua inter patrem & filium fam. ciuilis obligatio cõtrahatur *l. siue emãcipatis. 17. C. de donat. l. 2. C. de inoff. donat.* nec si alioquin iustissima cõtrahendæ obligationis causa intercedat vt in specie *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebell.* Ideo autẽ ius patriæ potestatis adfert hoc impedimentũ, quod faciat vt patris & filij vna eadémq; persona esse existimetur *l. ne cum filiofam. 16. D. de furt.* fieri autẽ nequeat vt idẽ sibi ipsi obligetur vel qua alia ratione debitor simul fiat & creditor *l. heres à debitore. 21. §. seruo tuo & seq. l. debitori. 50. D. de fideiuss. l. Stichũ. 95. §. aditio. D. de solut.* Atqui iusiurãdũ patris sicut ab ipsa patris nõ filij persona interponitur, ita personã patris qui iurat secernit à persona filij cui iuratur, neq; ciuiliter interpretãdũ est, sed naturaliter & ex ipsa rei veritate, naturaliter autẽ & in rei veritate alia est persona patris alia filij, & quod vtraq; vnius iure cẽseatur fit per merã iuris artẽ, & fictionẽ. Iureiurãdo igitur interposito cessare videtur eã ratio q̃ alioqui facere deberet, ne inter patrem & filiũ donatio valeret. Ego non dubito quin maxima sit & esse debeat autoritas & religio iurisiurandi maximè verò si ius pontificium potiùs quàm ciuile attendamus. Ciuilis. n. legislator omnia æstimans ex publica vtilitate, publicam verò vtilitatẽ ex legum obseruatione non patitur valere iusiurandũ, quod fuerit præstitum contra leges *l. non dubiũ. 5. in fin. C. de legib. l. iuris gentiũ. 7. §. & generaliter. D. de pact. l. si quis inquilinos. 112. in fin. de legat. 1.* Pontifices verò præcipuam vt par fuit animarũ curam habẽtes, quarũ vel minima si quid in eo genere maius minúsve esse potest, vniuerso terrarũ orbe præciosior existimanda sit, hoc vnum ante oculos habuerunt ne qua incurrendi tolerandíve periurij occasio induceretur, cuius solũ Deũ vltorem sperat ciuilis legislator, pontificius timet, ob idque cauet ac prospicit quantũ potest ne vltionis materia relinquatur, obstructa omnib. licentia peierãdi, n. si cõtra bonos mores vel quod primũ est cõtra diuinã legem, sacrósq; canones iusiurandũ interpositum probetur, *cap. nõ est obligatorium. de regul. iur. in. 6. cap. debitores. cap. cum cõtingat. & pass. D. de iureiur.* Sed tamen nõ eo magis persuadere mihi possum vsq; adeò religioni iurisiurandi tribuendũ esse, vt eo prætextu tota iuris ciuilis ratio perturbetur & ob hoc solùm, quòd pater in donatione filiofam. perperam facta iurauerit, ipsum ius patriæ potestatis etiã quantũ ad huiusmodi donationem attinet penitus extinctũ esse intelligatur. Quod tamẽ necesse sit omnino dicere illos qui donationes istas iuratas valere velint. Alioquin cogentur fateri nõ posse videri iureiurando sublatã rationem illã quæ faceret vt nõ valeret donatio

quę iurata non esset, cùm ratio illa tota pendeat vt diximus ex iure potestatis. Quandiu.n.ius patrię potestatis durat, tandiu quoq; subsistit impedimẽtum illud iuris quod facit ne pater filio vel filius patri obligari possit, quia nõ magis pontificiũ ius quàm ciuile facere potest vt quis sibi ipsi obligetur, quod nec natura ipsa potest facere, quia implicat contradictionem: nec rursum ius pontificium minùs quàm ciuile agnoscit venerabile ius patrię potestatis, patiturq; præcipuam eius in omnibus haberi rationem vt sanctum sit filio nec qua in re id ei liceat violare, quod tamen violatur proculdubio cùm id agitur vt filio pater obligetur, potiùs quàm si id ageretur, vt proprium aliquid filius haberet inuito patre: quod vtrunq; probatur optimè & elegantissimè ex ***d.l.Imperator.*50. D.*ad SC.Trebell.*** Ad quid.n.prosit obligatum esse patrem filio ciuiliter [de naturali nãq; obligatione non loquimur quam certum est inter patrem & filium contrahi posse, quia tota ex facto non ex iure æstimatur *l.frater à fratre.38.in princ.& §.1.D.de cõdict.indeb.l.nec seruus.42.* D.*de pecul.* sed de ciuili sine qua non potest esse donatio *l.cùm hic status.32.* §.1.*de donat.int.vir.& vxor.* nisi vt detur actio filio cõtra patrẽ? Id verò posset ne fieri quin ius potestatis offendatur? *d.l.ne cum filiofamilias.* Etiamsi de eo patre agatur qui non sit naturalis & legitimus, sed legitimus tantùm & adoptiuus *l.adoptiuum.*8. D.*de in ius vocand.* Quinimo si verum amamus non tantùm iuris ciuilis constitutio in hoc offenditur, ex qua ius patriæ potestatis proficiscitur, sed etiam natura ipsa rei vt scriptum est quod obseruari vellem in *d.l.ne cum filiofamilias*, quia natura ipsa nõ patitur, implicátq; contradictionem vt inter patrem & filiumfam. aut obligatio ciuilis contrahatur, aut actio vlla detur *d.l.imperator.* Perinde, inquit, Paulus in *d.l.ne cum filiofam.* acsi diceremus posse quem vel sibi ipsi obligari ciuiliter vel agere cũ metipso. Succedit itaq; regula iuris etiam pontificij quæ negat impossibilium vllam esse obligationem nec si millies iurata proponatur. Nec.n.iuramentum potest facere vt vel possibile fiat quod per rei naturam ipsam impossibile est implicátq; contradictionem, nec rursus vt videri debeat periurus is, qui non facit quod facere etiamsi velit nõn possit. Vt taceam quod est certissimum in numero impossibilium ea quoq; poni quæ tametsi de facto loquuntur impleri possint, facta tamen vel bonos mores læderent, vel leges *l.condiciones.14.& seq.D.de condic.instit.* Hoc autem de quo agimus tale est vt non tantũm ratio iuris ciuilis & natura ipsa rei vt diximus, sed pietas quoq; violari videatur. Certũ.n.est & ipsa quoq; experientia quotidiana cõpertum nulla re magis contineri liberos in officio pietatis parentib. debitæ, quàm si ab iis sperent successionis cõmodum, quod tamen intelligant nõ nisi meritis & obsequiis parari posse *l.nec ei.17. §.penu. D.de adopt.* Adeò vt non erubuerit Papin.in *l.vlt.D.si à parent.* quis manum sic loqui vt dixerit sui pietatem pro eo quod voluit dicere solui patriam potestatem. Quasi vllam pietatem debebeat filius patri nisi propter patriam potestatem, unde etiam est quod emancipatus iure ciuili pro eo habetur qui sit omnino extraneus *l.quinetiam.55.in fin.D.de rit.nupt.* quia ciuilis legislator pro filio habere non potest eum qui filiusfam.nõ sit. Atqui alia ratio nulla est quę pietatis inducat aut cõseruet inter patrẽ & filiũ quàm quòd hic filius sit ille pater. Bene ergo Papin. solui pietatem dixit, pro eo quod est solui patriam potestatem, vt inferamus quod ad rem nostram pertinet violari non posse patriam potestatem siue per iusiurandum siue qua alia ratione quin

ipsa quoq; pietas violetur. Cui non est contrarium quod sublata quoq; patria potestate filius emancipatus adhuc eam debet reuerentiam & pietatem patri vt eum sine prætoris venia in ius vocare non posit *l.4.& tot. tit.* D.*de in ius vocand.* Id enim fit non ex iure ciuili sed ex prætoris edicto, quod nec aliam rationem habet quàm quia prætor emancipatum habet pro filio, rescissa in eam rem vt etiam patri succedere posit, emancipatione. Quod si obiicias liberos matribus pietatem debere adeóq; æqualem pietati quam debent patribus in quorum sunt potestate *l.4.* D.*de curat. furios.* cùm tamen nulla sit potestas matris in liberos *l. mulierem.5. C. de adopt.* Respondebo matres sicut deterioris condicionis sunt quàm patres in hoc quod nullum habent ius potestatis ita in eo esse melioris quod per emancipationem filiorum non amittunt filios quos nunquam filiosfam. habuerunt. Remanet enim filius post emancipationem quod ad matrem talis qualis erat ante emancipationem. Et consequenter fatendum est in persona matris non posse iura pietatis æstimari ex iure potestatis quod in patre diuersum est. Minùs obstat si quis obiiciat etiam inter patrem & filiumfam. permitti litem ex causa castrensis peculij *l.4.* D.*de iudic.* quæ tamen non esset permittenda si pietas violaretur. Nam respódeo non violari eo casu pietatem, quia nec patria potestas violatur, cùm in castrensi peculio filiusfamilias ex constitutionibus pro patrefamilias habeatur *l.2.* D.*de SC. Maced.* Sicut neq; videri potest violari pietas cùm filius prætor aliúmve magistratum gerens cogit patrem vt vel adeat hereditatem vel quid aliud faciat, quia in istis non violatur patria potestas quæ nulla esse intelligitur *l. ille à quo.13.§. vlt. cum l. seq.* D.*ad SC. Trebell.*

ERROR QVINTVS.

De potestate iurisiurandi, ad confirmandum pactum de non succedendo.

Illa difficilior obiectio fuerit si quis dicat, iureiurando confirmari pactum de non succedendo factum inter patrem & filiamfam. nubenté ex *ca. quamuis pactum. de pact. in. 6.* tùm *tamen certum sit esse illud contra leges. l. si quãdo.35.§. illud. C. de inoff. testam. l.3. C. de collat. l. pen.* D.*de suis & legit.* & iure quoque patriæ potestatis impediri nec valere iure possit. Verùm respondeo, Primùm non tam potestate iurisiurandi id fieri, quàm autoritate constitutionis pontificiæ, antequam proculdubio ita ius erat vt tale pactum quamuis iuratum non valeret, nec magis pontificio iure quàm ciuili. Atqui nulla cõstitutio pontificia est quæ donationem filiofam. factam à patre tametsi iurata sit, valere patiatur. Non igitur bona cõsecutio esse potest ab eo casu in quo expressa est constitutio pontificia ad aliũ casum in quo nõ minùs necessaria sit aliqua constitutio, nec tamen vlla sit. Alioqui debuisset fieri lex generalis vt conuentiones omnes iuratæ valerent quantumcunq; essent contra leges, ne addam etiam contra pietatem. Qualis tamen nulla est, nec nisi stulta & inepta his verbis concipi posset, tantam patefaciens fenestram ad legum maiestatem infringendam quam expedit publicè sanctam esse ac inuiolatam. Fateor aliis plerisq; casibus valere conuentionem propter iusiurandũ & ex iure pontificio, quæ alioqui etiam iurata nõ valeret iure ciuili vt in *ca. cùm cõtingat.*

tingat. Extr. de iureiur. & similibus. Sed nego eas constitutiones ad alios planéq; diuersos casus extendendas esse, captandámq; ex iis occasionem legum omnium violandarum prætextu adhibiti iurisiurandi. Deinde respõdeo pactum illud de non succedendo nõ violare pietatem neq; ius patriæ potestatis, quia eius potestas confertur in id tempus quo iam mortuus erit pater, ac proinde quo patria potestas amplius nulla erit, quam nimirum patris morte finiri constat. Omnes enim istæ conuentiones de futura successione siue affirmatiuè siue negatiuè concipiantur habent illam tacitam condicionem si hereditas deferetur, vt ipsi quoq; interpretes nostri fatentur post Bart. & Castrens. ad *l. qui superstitis. D. de acquir. hered.* non potest autem deferri successio patris nisi post eius mortem cùm viuentis nulla sit hereditas *l. 1. D. de hered. vel act. vend. l. 1. D. pro hered.* Vnde est quod nostri fatentur filiã quæ paternæ successioni cum iureiurãdo renũciauerat si ante patrem moriatur non tam per renunciationem suam quàm per mortem excludi à successione, quia etiamsi non renunciasset, non eo magis tamen successisset, vt à nobis tractatum est *Decad. 14.* At si valeret iurata donatio quam inter viuos pater in filiumfamil. contulisset, violaretur patria potestas & consequenter pietas in eo quod & filio pater obligaretur, & rei, quæ patris fuisset, dominium in filium transiret viuo adhuc patre, quorum neutrum fieri potest salua patria potestate *d. l. Imp. 50. ad SC. Treb. d. l. siue emancipatis. 17. C. de donat.* Adde quod & in specie *d. cap. quamuis pactum. de pact. in 6.* pactum iuratum inter patrem & filiam initum non in id tendit vt aliquam pariat actionem filio contra patrem, in quo potissimum pietas patri per filium debita violatur, sed in hoc tantùm vt si post mortem patris velit filia patri succedere pacti exceptione summoueatur, quę res non offendit patriam potestatem, pręsertim eo iam tempore vt diximus extinctam. Non magis, quàm si renunciaret illa post mortem patris, quo casu sine dubio valeret conuentio etiam ex iure ciuili *d. l. si quando. §. illud. in fin. C. de inoff. testam.* Nihil enim refert an conuentio filiæ facta sit post mortem patris an in id tempus collata, cùm videantur omnia pacta fieri eo ipso tempore in quod conferuntur *l. 4. C. de donat. ant. nupt. l. dotis fructũ. 7. §. si res in dotem. l. si ego. 9. D. de iur. dot. l. Titia. vsusfruct. 51. D. de vsufr.* Quibus etiam rationib. soleo defendere pacta de succedendo non confirmari iureiurando, non solùm inter patrem & filiamfam. aut filiumfam. sed nec inter extraneos. Non ob id tantùm, quòd nulla sit hac de re constitutio pontificia, quę certè esset necessaria, cùm id quod contra iuris rationem constitutum est numquam producendum sit ad consequentias *l. quod verò. 14. D. de legib.* Sed etiam, quia multò magis offenditur ius ciuile per pacta de succedendo quàm per pacta de non succedendo, duplici ratione. Et quòd auferant vel saltem restringant liberam testãdi facultatẽ quæ est ex legibus *l. pactum quod dotali. 15. C. de pact. l. cùm duob. 52. aliàs l. si fratres. §. idem respondit societatem. D. pro socio.* quam non restringunt, sed ampliant potiùs pacta de non succedendo. Et quòd in id adhibeantur vt pariant actionẽ, pacta verò de non succedendo, vt pariant exceptionem duntaxat. Est autem multo facilius vt defendatur conuentio exceptionem duntaxat paritura, quàm vt prosit ad producendam actionem *l. iuris gentium. 7. §. quinimò. D. de pact. l. pacta cõuẽta. 72. D. de cõtr. empt. l. 1. D. de pignor.* Et sanè pacta de nõ succedẽdo nõ alia de causa sunt improbata, q̃ quia vim s. ã si quã haberent obiiciãt ex diametro legibus ne possit ea persona succedere cui lex

delatura sit hereditatem. Quasi verò priuatorum conuentiones legum autoritate censeri possint vt loquitur Papin. in *d.l.pen.de suis & legit. & in l.quod bonis.15.§.1.D.ad leg.falcid.* At pacta de succedendo nō tantùm sunt contraria legibus, sed etiam autoritatē legum sibi adrogant ad deferendam successionem, quæ ex legibus solis deferri potest *l.hereditas.5. C. de pact. conuent. tam sup.dot.l.lege obuenire.130.de verb.signific.* Sed si adderes pactum de succedendo initum esse inter patrem & filium, illa etiam ratio pactum quamuis iuratum infirmare deberet, quòd patria potestas violaretur, obligato patre ne adhuc viuus posset siue inter viuos siue in vltima voluntate de iis bonis disponere quę ex causa pacti & successionis iure filio relinquere omnimodo cogeretur: quod nō similiter cōtingit obligata filia per pactū de non succedendo ne succedere patri posit, quia pactum de succedendo obligaret patrem eo tempore quo patria potestas adhuc duraret, viuum siquidem impediret ne de suis bonis disponere posset, cùm mortuus vt disponere prohibeatur nullo sit opus pacto. Quandiu autem pater viuit & filia nec emancipatio vlla secuta est, aut deportatio, aut quid aliud simile, tādiu patria potestas durat. Pactū verò de nō succedendo licet fiat viuo patre atq; ita eo tempore quo subsistit adhuc ius patrię potestatis nō tamen obligat patrem, sed filiam, nec filiam viuo patre, sed post mortem patris, nec rursum post mortē patris vt aliqua actione teneatur, sed tantū vt si velit succedere pacti & periurij exceptione summoneatur: cùm habeat vt diximus cōdicionē tacitam si hereditas deferetur, condicio autē siue expressa siue tacita impediat ne qua interim obligatio nascatur *l.interdū.73. D.de verb.oblig.l.cedere diem.213.de verb.signific.* Dices pacta quoq; de succedendo eandē habere tacitā cōdicionem si hereditas deferetur. Ergo nō obligari ex iis patrē nisi mortuū, cū nisi mortuo eo nō sit tractandū de ipsius hereditate. Sed iā ostendi dissimilē esse rationem illius pacti de succedendo, quia cùm nō ad alium finem tendat nisi vt impediatur pater de bonis suis disponere contra formam pacti, nec possit disponere nisi quamdiu viuit, apparet tale pactū vel viuo patre vires suas exercere debere vel nūquam. Quod enim mortuo demum patre ex eo pacto succederetur, non aliā rationem haberet, quàm quia pater nihil cōtra pactū disposuisset aut etiam disponere potuisset. Multo igitur magis faciet eadem ratio, vt non valeat donatio inter viuos à patre in filiumfamilias collata quātumlibet iurata sit, quoniam hoc casu non tantùm obligatur pater viuus vt in pacto de succedendo, sed etiam effectum suum haberet conuentio viuo patre, dominio rerum donatarum in donatarium translato, si valeret. Non si ponas patrem non nisi post mortem suam donatum voluisse, alia quæstio est, de qua in sequentibus dicemus. Quod verò ad defendendas huiusmodi donationes à patribus in filiumfam. collatas fauore matrimonij, solet afferri: non esse decipiendam mulierem quæ alioqui non fuerat contractura omnino ad rem non pertinet. Nam vt est in iuris regula, non decipitur, qui ius publicum sequitur *l.nihil consensui.116.§.1.de regul.iur.l.vlt.C.de in integr.restit.minor.l.inter eos.51.§.penult. D.de fideius.* Debuitq; scire mulier huiusmodi donationes ex ratione iuris valere nullomodo posse, propterea quod impossibile sit vt salua patria potestate filio pater obligetur. Ac sane si quo vnquam casu fieri posset vt filio pater obligaretur, is vel maximè casus esset de quo in *d.l.imp.50.ad.S.C.Trebell.* cùm pater rogatus de restituēda post mortem suam hereditate filio interim bona dilapidat in fraudem fideicommissi &

si & dolo malo, quo casu in fraudis huius pœnā repræsentatur solutio fideicōmissi, fitque capax acquisitionis filius etiā patre inuito. Sic dicimus mulierem minorem annis vigintiquinque si in danda dote fuerit circumscripta quod maiorem dederit quàm pro sua suíque mariti conditione dare debuerit, in integrum restitui posse contra maritum *l. vnic. C. si aduers. dot. l. si ex causa. 9. §. in dotis. D. de minor.* quamuis possit maritus dicere se non aliter eam fuisse ducturum, quod & in dubio præsumendum est [quisquis enim certa lege contrahit semper credendus est non aliter fuisse contracturus *l. tum te. 6. & l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.*] quia sibi debet imputare cur non prospexerit futurum vt posset illa restitui si tantam dotem daret *l. si quis domum. 9. §. 1. vers. idem quærit. D. locat.* At, inquies, matrimoniorum libertas ita constringetur, nec tam facilè fient matrimonia si non valeant huiusmodi donationes, quas si mulier sciat non valere, non sit contractura. Respondeo immo posse satisfieri facilè & rationi iuris & desiderio mulieris non aliter contracturæ, Nimirum ita vt donatio fiat à patre non ipsi filio, sed, vt fit donatio propter nuptias, nurui nomine filij. Ac ne replices patrem qui filio suo donare vellet si posset, non æquè facile donaturū nurui pro filio, Dico posse ita fieri donationem nurui vt non plus commodi in effectu ad nurum perueniat, quàm si filio ipsi donatio facta esset, putà ea lege, vt siue filius præmoreretur, rediret donatio ad patrem [quod etiamsi dictum non esset, pro dicto tamen haberetur *d. l. 2. C. de bon. quæ liber.*] siue post patrem superstitibus liberis communibus ad eos communes liberos bona peruenirent, siue deniq; sine liberis filius decederet ad hunc vel ad illum agnatum deuoluerentur. Cui enim pactioni non consentiret mulier quæ non sibi sed marito donari contenta esset, dummodo viderit communibus liberis consultum fore? Aut quid eius interesset, vel etiam donatoris an filio donatum esset simpliciter an nurui sub his condicionibus? Nam etsi dotium causa itémque donationū propter nuptias ad ineundorum matrimoniorū libertatem & necessitatem maximè pertinent, semper tamen ita ius fuit, vt non ipsi filiæ dotem pater tradere aut promittere deberet sed genero nomine filię, nec donationē propter nuptias filio sed nurui nomine filij, Neque potuit fauor matrimoniorum facere vt ad ea faciliùs contrahenda debuerit licere patri ex causa siue dotis siue donationis propter nuptias quicquam donare liberis in potestate constitutis vt supra probauimus ex *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. famil. ercisc.*

ERROR SEXTVS.

De donatione per patrem in filiumfamilias collata propter bene merita.

QVAM verum sit quod solent Philosophi post Aristotelem dicere paruum errorem in principio fieri magnum in fine, non puto posse tam apertè probari ex tot tamque ineptijs multorū in Philosophia erroribus quàm probare cuiq; facile est ex ineptijs vulgarium interpretū, quos tamen decedebat profitentes iurisprudentiam esse omnibus prudentiores. Supponunt illi pro certo. Valere donationē quam pater in filiumfamilias contulerit etiam simplicem plerisque casibus præsertim iuratam sed multo magis si causam aliquam habeat iustam, putà, inquiūt,

dotis, aut propter nuptias donationis. Quasi dotis traditio filiæ facta valeat, itémq; traditio donationis propter nuptias facta filio. Hic primus eorum in hoc tractatu error est. Iam enim ostendimus posse quidem à patre promitti vel tradi dotem sed genero nõ filiæ, itémq; donationem propter nuptias sed nurui nõ filio. Ex hoc autem errore quasi latissimũ errãdi cãpũ nacti, exercẽt se in varijs quęstionibus circa huiusmodi donationes in patribus in filiosfamilias collatas, & quasi nõ habeãt amplius laborãdũ in probãdo quod valeãt, de illo duntaxat dubitãt vtrũ conferri debeãt necne, &, quod putant necessariũ antecedẽs esse, vtrũ eæ donationes simplices sint an ob causã. Talis quęstio illa est de qua iã diximus, De donatione facta filio fauore & cõtẽplatione matrimonij. Talis & illa, quę nunc tractanda occurrit De donatione facta filiofamilias propter bene merita, Quã quęstionẽ proponit. *Bar. ad l. 1. §. nec castrense. num. 11. D. de collat. bonor.* vbi postquàm retulit Accursium in hoc tãquã in re valde dubia & obscura variasse, Aliquãdo existimasse nõ magis donationem hãc valere quàm si simplex esset ad *l. si dona. 13. C. de collat.* Aliquãdo contra statim valere ad *auth. vnde si parens. C. de inoff. testa.* concludit ille posteriorem sententiam sibi placere, quam & ab interpretibus magis communiter probatam esse testatur: Additque non conferri hanc donationem tanquam quæ aduentitia censeri debeat nõ profectitia. Cùm enim pater dat filio, inquit propter merita propter quæ alius quilibet extraneus tantundem habuisset, tunc videtur filius acquirere ex persona & opera sua & est aduentitium quid non profectitium, quod filio potest quæri hodiè post Iustiniani constitutionem in *l. cùm oportet. 6. C. de bon. quæ liber.* Ergo non conferendũ, postquàm eidem Iustiniano placuit aduentitia conferri non oportere *l. vlt. C. de collat.* Ego verò non tantùm non conferendam esse dico [si tamen non conferenda dici potest ac non potius diuidenda, quæ non valet] sed nec valere puto neque tanquam simplicem donationem neque tanquam ob causam, tantum abest vt aduentitiam esse putem. Moueor ex eo, quod Iustinianus in *d. l. cùm oportet & in l. vlt. eod. tit. de bon. quæ liber.* nihil penitus innouauit quod pertinet ad peculium profectitium sed tantùm quod ad peculiũ aduentitium. Itaque remanet hac parte incorrectum ius vetus quod ita erat constitutum vt à patre nihil omnino posset filiofamilias donari, ne quidem ex causa dotis vel donationis propter nuptias, quę duæ semper fuerũt & erũt fauorabilissimæ ne dicam necessariæ donandi causæ & rationes. Ac quamuis fecerit Iustinianus vt in aduentitiorum numero computari debeat nõ illud tantùm quod ab alio filiusfamilias acquisiuerit, sed etsi quid laboribus suis comparauerit, solo vsufructu bonorum ita quæsitorum patri relicto, non ideo tamen fecit vt capacior sit hodiè quàm olim filiusfamilias adquirendi sibi quicquam à patre ex ea causa, quòd per multos fortè annos patri ea obsequia præstiterit quæ si extraneo præstitisset tantam maioremve ab eo remunerationem expectare meritò potuisset: Aliud enim est acquirere: aliud acquisitionem obsequijs & laboribus suis promereri, priúsque esset vt filiusfamilias probaret se capacem esse acquisitionis, quàm vt cogitaret de habenda remuneratione à viuo patre, à quo nullam nisi ex supremo ipsius iudicio debeat expectare, Nam si impeditur iure patriæ potestatis pater, ne filio suo donare possit dum quoque cùm non modo vult donare, sed etiam alij pro ipso dare cogitur, vt euenit cùm pro filiã dat dotem genero, vel donationem

propter

propter nuptias nurui pro filio, quis credat permittendum ei vt donet filio ex causa remunerationis tametsi velit, cũ nec remunerari cogatur si nolit? Neq; sanè credendum est ita vnquam scripturos nostros fuisse, si pro certo nõ habuissent, quod est falsissimum, aliquas esse causas ex quibus possit filiusfam. sibi acquirere, non tantùm viuo patre, sed etiam ab ipso patre: Hanc. n. si nõ necessariã tamen iustissimam inter cæteras donandi causam esse crediderũt, si filius patris erga se beneuolentiam ac liberalitatem diuturnis assiduisque obsequiis prouocasset. Cùm ex hac causa soleat contrahi obligatio naturalis hactenus saltem, vt qui ab alio beneficia accepit, ad ἀντίδωρα obligatus existimetur. *l. sed etsi lege. 25. §. consuluit. D. de petit. hered.* Cuius obligationis naturalis filiumfamilias capacem esse certum est, vt eam sibi non minùs contra patrem posit acquirere quàm aduersus aliũ quemcunq;. *l. frater à fratre. 38. quæsitũ. D. de cond. indeb.* Quidni ergo remunerationem etiam à patre accipere poterit, vt obligatio ista naturalis dissoluatur, patre ipso ita volente? Et hæc fortasse ratio est qua meliorem aliam pro interpretibus cõminisci nullã possis. Sed tamen leuissima, ni fallor, prorsusq; improbabilis. Supponit enim illud magis falsum, scilicet quod ex obsequiis & meritis filij, pater ei naturaliter obligetur. Cùm è cõtrario certum sit iure ipso naturali omnia obsequij munera debere filiũ patri à quo post Deum Opt. Max. & vitam & educationẽ & cætera si qua sunt bona acceperit, & cui nec si pro eo vitã profundat, quicquam tamen referre posit quod cũ acceptis beneficiis cõpensari queat, aut cuius prestatione videri posit ille naturalẽ obligationem qua primùm tenetur exuisse. Adeò distat vt videri debeat patrem quoq; sibi naturaliter obligasse. *tot. tit. D. de obseq. parent. & patron. præst.* Quòd si libertus patrono naturaliter operas debere creditur, ita vt si eas præstiterit cùm per errorem putaret ciuiliter à se debitas esse, nihilomagis possit repetere *l. si non sortem. 26. §. libertus. D. de condict. indeb.* quãto magis dicendũ est filiũ patri naturaliter debere non quidem operas, sed eam pietatem quæ faciat, vt si assiduam perpetuamque obseruantiam industriam & diligentiam patri præstiterit nihil nisi pietatis munus se impleuisse debeat existimare *l. pen. de obseq. parent. & patr. præst.* vbi quod hac parte alia constituitur ratio filij emancipati quàm liberti, nimirum operas non debeat, quas libertus debet, non eo pertinet vt filius non emancipatus minùs patri debere credatur quàm libertus patrono, sed aliud debeat quàm libertus. Hic enim operas tantum debet ac reuerentiam, Ille verò pietatem quæ licet nihil cum operarum prestatione commune habeat, si eas pater à filio etiam inuito exigere tanquam à liberto velit, sufficit tamen vt omnia quæ patri filius quãuis emancipatus vltro præstiterit, pietatis causa præstitisse intelligatur. An non verò naturaliter debetur, quod in pietatis intuitu debetur, ob idque nec potest condici *l. cum is. 32. §. mutuum. D. de condi. indeb.* Aut quid obsecro deberi vsquam naturaliter potest, si non debet filius omnia naturaliter patri naturali? præsertim verò filius qui in patris potestate cõstitutus. Hoc igitur supposito quod negari nõ potest filium patri omnia debere naturaliter, patrem verò filio si non prorsus nihil, certè minùs quàm filium patri, fatendũ est donationẽ quam pater in filium conferre velit propter benemerita quantumuis vera & probata, non posse ex ea causa factam ob causam, sed meram esse liberalitatem simplicémque donationem non minùs, quàm si in filium etiam malè meritum collata esset. Itáq; non nõ pertinet quod ait Bartolus hunc filiũ si extraneus fuisset, tantundẽ

à donatore isto ex causa remunerationis fuisse consecuturum. Nam eo casu fuisset vera remuneratio quæ in filio talis esse non potest, quia extraneus extraneum obligare potest, ad *ἀντίδωρα* nō etiam filius patrem cui de suo nihil dare potest, sed potius reddere tantùm partem & quidem vel minimam, eius quod patri naturaliter debet. Quod si ius ciuile nō patitur, vt patri filius etiā emancipatus obligetur, nec si adhibitum sit iusiurandum, siue ad operarum exhibitionem, siue ad hoc vt non posit post mortem patris cōqueri de inofficioso testamēto tametsi certas res à patre in eam causam acceperit, propterea quòd meritis magis prouocādi sint liberi ad paterna obsequia quàm pactionibus constringendi vt ex Papiniano tractat Iustinianus in *l. si quādo. 35. §. illud. C. de inoff. testam. iunct. d. l. penult. de obseq. parent. & patr. præst.* quanto minùs ferendum est vt prætextu benemeritorum obligetur pater liberis in potestate constitutis, siue per donationem siue per quamlibet aliam speciem contractus, cùm id fieri nequeat quin & patriæ potestatis & pietatis ius violetur, vt ostendimus capite præcedenti? Quid? quod ea res materiam filio adferre potest, & verò plerūq; adfert, vel aspernādi patris à quo nihil iā speret amplius, vel saltem neglgentiùs exequēdi munera pietatis, quàm facturus esset, si nihil à patre accepisset, aut si ius ita constitutum sciret vt patris liberalitas non prius rata esse posset, quàm patris silentio, & morte confirmata esset *l. nec ei. 17. §. penult.* D. *de adopt.* Ergo siue iuris rationem inspicias, siue naturalem æquitatem, siue publicam honestatem, concludēdum est non valere huiusmodi donationem ab initio sed morte tantùm patris confirmari, si non fuerit reuocata, vt & cæteras simplices donationes quas fatentur omnes regulariter non valere *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* Sed etsi valeret, non tamen statim consequens fieret quod vult Bartolus, aduentitiam censeri eam debere. Cur non enim profectitia dici debeat quæ profecta est à patre? Nam si dos quoque profectitia est, tametsi eam dare pater ex officio per magistratum cogatur, immo licèt dederit filię emancipatæ, quia profectitiam dotem facit nomen patris non ius potestatis *l. 5. D. de iur. dot.* sufficítque profectam esse dotem à patre, adeóque ab alio propter patrem *l. dotem. 6. D. de collat. bonor.* quidni profectitia quoq;, dicetur donatio etiam cui benemerita filij dederint causam? Atquin extraneus, inquies, tantundem habere potuisset, ab eo de quo bene meritus fuisset. Nego: nam cæteris etiam paribus qui donat filio & æquè donaturus fuisset extraneo, faciliùs tamen & alacriùs, & vberiùs denique liberaliùs donat filio hoc ipso quod filius est, nec filio tanquam filio donandi causa tollitur, quin potiùs augetur ex eo quod talis filius sit qui etiamsi esset extraneus tamen ob sua benemerita dignus esset in quem donatio conferretur *arg. l. 1. §. vlt. D. si à parent. quis manum. sit.* Profectitium igitur semper est quod ei donatur à patre etiam ob benemerita non aduētitium. Et consequenter si donatio valeret tanquam facta ob causam, dicendum esset conferri eam oportere vt & cæteræ omnes donationes factæ ob causam etiam inter emancipatos conferuntur *l. filia dotem. 4. l. vt liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20. §. 1. C. de collat.* At quia donatio non valet nec tanquam simplex nec tanquam ob causam nullus quæstioni locus relinquitur an conferenda sit necne, quoniam vt sæpius diximus, prius est vt valeat donatio quàm vt posit in eam incidere quæstio, An debeat conferri necne. Siquidem conferri nihil aliud est quàm communicari, communicare autem nemo potest quod propriū nō

habeat

habeat. Rursus quod ita donatum fuit, vt donatio nunquam valuerit donatarij proprium esse nō potest, sed mãsit in dominio donatoris. Ergo post ipsius mortem diuidendum est, non communicandum. De illo planè potest quęri, in in diuidenda hereditate præcipuum illud retineri possit, quod ob merita fuit donatum filiofamilias, an non possit. Nam si esset donatio simplex, quæ ab initio quidem fuisset inutilis, sed tamen patris morte confirmaretur, præcipuam eam retinere deberet filius officio arbitri familiæ erciscundæ. *l. filiæ tuus.18.C.fam.ercisc.* Si verò ob causam temporalem non perpetuam, putà dotis, vel donationis propter nuptias, vel denique matrimonij, aut quam alam similem, docuimus in præcedentibus fore vt confirmari non posset, nec proinde pręcipua retineri deberet, sed diuidi cum cæteris bonis, nisi ratio aequa faceret in contrarium, vt in *d.l.Pomponius.35.D.eod.* At donatio facta propter merita filij præcedentia, neque hoc, neq; illo donationis genere cōnetur, quia sicuti simplex donatio dici non potest, quę causam expressam habet. *l.hoc iure.19.§.pen.l.Aquilius.27.D.de donat.* ita neque facta videri ob causam aliquam temporalem, cùm causa meritorum referatur ad tēpus præteritum, iámque finitum eo tempore quo donabatur, ita vt amplius nūquam nisi posset. Ex hoc tamen apparet propiis eam accedere ad naturam simplicis donationis, quandoquidem parum refert, an donatū sit sine causa, an vero causa iam impleta & in pręteritum collata, vt & in *l.si ita legatum.12.D.de cond. & demonst.* quemadmodum è cōtrario nihil referre dicimus vtrum ab initio sine causa quid datum sit, an causa propter quam datum est secuta non *l.pen.D.de condict.sin.caus.* Ergo concludamus donationem in filium collatam propter eius bene merita confirmari silentio & morte patris, & ideo in diuidenda patris hereditate præcipuam retineri eam debere officio iudicis familiæ erciscundę, acsi nulla meritorum mentio facta esset.

ERROR SEPTIMVS.

De donatione facta filiofamilias per patrem fauore studiorum.

NON valde distat error hic à superiore. Nam & huiusmodi donationem quæ à patre in filiumfamilias studiorum causa collata sit, valere putant interpretes, non minùs quàm eam quę facta sit ex causa meritorum, quòd vtraque causa sit iusta. Ideoq; de hoc duntaxat, an imputandę sit in quartam filij & conferenda, ne. Putant verò non esse conferendam, neq; imputandam. Ex *l.qua pater.50.D.fam.ercisc.* Cum quibus & ego sentirem si crederem hanc valere donationem. Sed nego ex causa studiorum magis quàm ex alia vlla fieri posse vt valeat donatio inter patrem & filium. Ratione illa perpetua & generali quæ nullam omnino patitur exceptionem, quod neque possit vlla esse donatio sine obligatione, siue à conuentione incipiat, siue à traditione, neque vlla obligatio contrahi inter patrem & filium in potestate. De quo quia in superioribus ad nauseam vsque scripsimus nihil nunc repetemus. Tantùm monemus Vlpiani responsum quo nostri mouentur in *d.l.qua pater.* ad hanc rem non pertinere, quæ est de filiofamilias, sed ad filium emancipatum, verba ipsa legis clamant. Quid verò attinebat Vlpianum pręcipuè in libris

Opinionum non responsorum ad propositas facti species accommodatorum tractare de emancipato, si in filiumfamilias eadem quęstio cadere potuisset? Filio emancipato & donare poterat pater, & credere prout maluisset, nec minùs ex studiorum causa quàm ex alia qualibet. At filio in potestate constituto pecuniam studiorum causa subministrare quidem potuisset, at non credere, neque donare, quia neque ex mutuo, neque ex donatione potest filiusfamilias patri ciuiliter obligari. An igitur deterioris conditionis erit filiusfamilias quàm emancipatus ob id quod non potuerit donationem accipere à patre ne quidem studiorum causa? Immo debet esse melioris ob id quod neque potuit patri ex mutuo saltem ciuiliter obligari, quomodo potuisset obligari emancipatus, atq; ita non potest in eum cadere distinctio, quæ cadit in emancipatum, an pater pecuniam ei creditam voluerit, an donatam. Quid ergo iuris erit, si neque credita dici possit neque donata? Illud ipsum nempe quod esset si data non fuisset. Quid enim refert an data non sit, an verò data quidem, sed ita vt dationis titulus nullus inueniatur? Proinde non solùm non conferetur, cùm collatio & communicatio quælibet supponat præcedentem dominij proprij acquisitionem, sed neque in legitimam filij portionem imputabitur, quia quo casu si valeret donatio non esset imputanda, multo minus imputanda est cùm non valet. Posset quidem pecunia si extaret vindicari per patrem quãuis in id donata esset, vt in studiorum causam cõsumeretur, quippe quæ in dominio patris perpetuo mansisse intelligeretur. Sed cùm sit consumpta neque vindicari potest, quia non extat, neque condici, quia non est hic casus ex iis in quibus, siue mutuum, siue donatio per consumptionem possit conualescere, cùm ea ipsa ratio quæ ab initio impedit ne obligatio nascatur, impediat etiam ne per consumptionem inducatur, filio scilicet vtroque tempore existente in patris potestate. Adeò vt neque putem ex mutuo quod pater expressim dixerit velle se contrahere cùm filiofamilias pecuniam numerauit, nasci posse obligationem vllam vel naturalem contra filium qui nulla bona habeat eo tempore, neq; probabiliter habere speret, vnde soluere patri posit. Nec.n. natura ipsa patitur nedum lex ciuilis, vt obligationis vinculum vllum cõtrahatur quod non posit etiam dissolui. Túmq; admittẽdum est contrahi ex mutuo naturalem obligationem inter filiũfam. & patrem cùm filius habet peculium quamuis non nisi profectitium, vt in *l. frater à fratre. 38. de cond. indeb.* quia & profectitium peculium proprium filij quasi patrimonium est, vt & serui. *l. hinc quæritur. 29. §. 1. l. quoties. 47. §. vlt. D. de pecul.* potéstq; filius ex eo soluens liberari ab obligatione naturali qua patri tenebatur. Quod si poneres mortuo iam patre adhuc extare pecuniã quã ille filio subministrasset studiorum causa, esset illa proculdubio cõmunis inter fratres omnes, ob idq; nec tractãdum de ipsa cõmunicanda cùm id quod iam commune est, magis commune fieri nequeat, sed de diuidenda ea simul cum cęteris rebus omnibus hereditariis. At non eo minùs officium arbitri in hereditate diuidenda tale esse deberet, vt pecuniã illam filiofamilias præcipuam adiudicaret, cùm etiam in emancipato idem dicendum esset, confirmata nimirum per patris mortem donatione. *d. l. qua pater. iunct. l. filiæ cuius. 18. C. eod. l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Quid si pecunia moriente quidem patre iam consumpta esset, sed in malos vsus cùm eam pater impendi voluisset in causam studiorum? Magis communiter probatum est locum esse hoc casu collationi, quasi nec credendus sit

pater

ter donasse cùm causa propter quam dedit secuta non fuit. Sic enim st Bartolum & alios Decius ad *Auth. quod locũ. C. de collat.* Ego non pro-,& cõtrariæ Pauli Castrensis opinioni subscribo, At non ratione illa qua e mouetur quod filius hanc pecuniam si extaret conferre non cogeretur, tantem enim nec nisi studiorum causa donatam vel restituere & conferre gendus esset filius, vel in eos vsus impendere in quos pater voluisset, cuius luntas alioqui impunè circumueniretur] sed quia vbi consumpta est licèt nata dici nequeat non impleta causa ob quam fuerat donata, nihil tamen hoc inferre possis, cùm nõ eo magis fuerit filius ad restitutionẽ vllam obatus, quia, vt diximus, nec potuit obligari, vt proinde post mortem patris il superfit de quo quæri possit an conferri debeat necne. Dices etiam cõnpta pecunia quæ fuerat subministrata certã esse quãtitatẽ quæ adhuc cõri possit scilicet minus ex hereditate communi accipiendo, quomodo indum quoque fit collatio *l. dotis quidem. §. C. de collat.* Sed respondeo non se ius hoc collationis ita faciendæ induci, quin prius necesse fuerit persumptionem pecuniæ contrahi obligationem aliquam pro patre, aduerfilium quæ postea suo tempore posset inducere necessitatem faciẽdę colonis mortuo quandocumq; patre. Cur enim aut quomodo cogatur quis ferre id quod nec habeat, nec debeat? Atqui filiusfamilias cùm pecuniam sumpsit nihilomagis patri obligatus esse cœpit, nec aliud quicquam est, d facere pater possit, nisi sibi imputare cur pecuniam dederit perdituro lici solet de eo qui credit aut soluit pecuniam minori *l. quòd si minor. 24. stitutio. D. de minor.* Multo enim magis idipsum patri obijcere liceat siue d pater mores filij perspectos habere debuit, siue q si de ijs dubitabat ceptorem & moderatorem eligere poterat cuius diligentia fieret ne quid de filio esset timendum *l. cùm plures 12. §. cùm tutor. D. de admin. & peric.* Qua etiam ratione non dubito quin verũ sit quod Bald. tradit ad *auth. si ius. C. de episc. & cler.* patrem qui filio portionem legitimam minus reentauerit, si eam filius profuderit non eo minùs eidem filio legitimam is tempore debiturum, quia non potest prodesse patri solutio facta conturo, præter id quod eo tempore facta est quo nihil dum debebatur *l. atio ista. 38. §. inter de verb. oblig. l. sub condicione. 16. D. de condict. indeb.* e ad rem non pertinet quod Bart. obijcit ex *dict. authent.* quod locum, *l. 1. §. confertur. l. 2. §. de illis eod.* qui loci omnes loquũtur de emãcipato, eo cuius culpa post mortem patris interuenerit quem certum est ex eo ore quo quid dolo malo & in fraudem futuræ collationis admiseobligari potuisse, Quanquam & fatetur *in d. §.* confertur, numquam ogendum eum qui sibi insidiatus fuit vt conferat quod dolo madidit, si acquirendi duntaxat occasionem amisit. Cui verò magis hoc ait quàm ei qui pecuniam studiorum causa acceptam in malos ofligauit? An non enim hic sibi insidiatur, potiùs quàm vel patri iris coheredibus? Nam neque patrem decipit in eo, quod pecuonsumit quam pater non nisi vt cõsumeretur dederat, sed in eo, quod adet. In quo ipso non alij proculdubio quàm sibi facit iniuriam, si studuisset non eo magis tamen locupletiorem fecisset patrem hereditatem, adeòque quod magis est, nec seipsum, vt intelligas rius esse quod ego volo numquam cogendum eum ad collationem cuniç siue bene siue malè cõsumptę, cùm neq; pecuniã habeat neque icquã q pecunię vice esse possit. Nã si locupletior nõ intelligitur qui.

libertũ adquisijt, vt lex ait, quãto minus is qui scientiã adquisijt rẽ nõ pecuniariam, sed eximij labor is mercedem nullo precio nummario ęstimandam *l.§.an & philosophi*. D. *de extraord. cognit. iunct. l. si pater*. 34. *in fin*. D. *de dona*. Illud planè nõ nego quod vult Bart. ad *l.18. nec castrense. num*. 8. D. *de collat*. vbi quęstionem hanc ex professo tractat, tunc demum patrem credẽdum esse pecuniam quam filio siue in potestate constituto siue emãcipato dederit studiorũ causa ei donatam voluisse, cùm nihil apud patrem fuit quod esset filij, siue ex causa castrensis peculij, siue quasi castrensis, siue aduentitij cuius ille est legitimus administrator. In dubio nãq; de ipsius filij bonis potius quàm de suis dedisse videri debet *l. vlt. D. de pen. hered. l. Nesennius. 34. D. de negot. gest*. Sicut & alius quilibet administrator si quid gerat quod & proprio & administratorio nomine gerere potuerit in dubio dicendus est administratorio potius nomine gessisse *l. cùm post. 43. §. 1. D. de admin. tutor. l. post mortem. 5. §. 1. & l. vlt. D. quand. ex fact. tutor*. Sed etsi pater qui de suo pecuniã filio, in causam studiorum ministrauit, voluntatem suam declarauerit quod eam pecuniam conferri velit, placet standum esse patris voluntati, vt pluribus *Cravet. cõs. 125*. Quod ego sic intelligo vt collatio fieri hoc casu debeat minus accipiendo vt in *d. l. dotis quidem*, acsi in portionem suam hereditariam filius eam pecuniam imputare iussus esset. Alioqui sumpto propriè collationis nomine pro cõmunicatione, non posset facere pater vt filius cogeretur aut posset communicare fratribus id quod ipse sibi proprium numquam habuisset. Nisi idipsum quod ei perperam & frustra donasset postea legaret vt morte patris confirmato legato per legem, dominium filio non tanquam donatario, quod fieri non posset, sed tanquam legatario acquireretur. Tunc enim posset conferre quod iam ipsius proprium, nec amplius alienum esset. Hanc tamen paternæ voluntatis declarationem quocunq; tempore fieri posse arbitror, id est non tantùm post datam pecuniam & ex interuallo quoque sed etiam post eam consumptam, quia cùm donatio non valuerit ab initio nec si data sit pecunia expressim animo donandi nec ante donatoris morte confirmetur nihil obstat quominus possit donator quam velit legẽ suæ liberalitati dicere quandiu viuit, quod vtique non similiter diceretur si donatio ab initio valuisset, quia eo casu nõ posset donator imponere legem collationis nisi in ipso tempore donationis *d. l. illud. 20. in fin. C. de collat*.

ERROR OCTAVVS.

De eo quod filiusfamilias industria sua quæsiit ex pecunia patris, an sit conferendum.

HÆc quæstio iam olim ab antiquis glossatoribus tractata est, sed ita tamẽ vt ex ijs nemo dubitauerit, quin patri acquireretur, quicquid ex pecunia patris acquireret filius. Sic enim *Accurs. in l. cum oportet. 6. in princip. in verb. ex eius. C. de bon. quæ liber. & Speculat. in tit. de iud. §. sequitur. versi. vt autẽ. Et in tit. de act. §. 1. vers. item cùm agit. §*. Quasi nõ sit dubitandũ quin profectitium sit quicquid filius acquirit ex pecunia patris, Primus Bartolus scripsit esse hoc accipiendum cum ea distinctione vt procedat in ijs tantùm quę filius ex pecunia patris quęsiuerit nullo suó labore nullaq;

nduſtria. Sed ſi lucretur aliquid cum pecunia paterna & opere ſuo. Tunc
lic,inquit, quod illud lucrum quod attribuitur pecuniæ debeat communi-
ari tanquam profectitium. Sed id quod attribuitur perſonæ non commu-
ıicatur, tanquam quod ſit aduentitium. Ideóq; communis eſt conſuetudo
uod medietas lucri detur perſonæ,alia pecuniæ ex notat. in *l. 1.C.pro ſocio.*
:a Bart. in *l.1.§.nec caſtrenſe.num.5. D. de collat. bonor.* cuius ſententiam &
ſtinctionem poſteriores, interpretes ſecuti ſunt quos refert probátq; De-
us ad *l.illud.20.in fin.num.10. & 11.C.de collat.* Huiuſq; diſtinctionis ratio
ıta ex eo pendet quod Iuſtin. induxit in *d.l.cùm oportet,* vt quicquid filius
quirit laboribus ſuis & ex ſua induſtria, ſibi acquirat non patri quantum
proprietatem,patri verò quantum ad vſusfructum duntaxat. Inde namq;
ſum eſt poſse inferri, quoties hodie filiumfamilias ex ſuis laboribus, & ex
cunia patris aliquid acquirit, tacitam videri contractam ſocietatem inter
trem & filium, ſicut & inter alios quoslibet ſic poſſet contrahi vt vnus
cuniam,alius operam ſuam conferret *d.l.1.C.pro ſocio.* Plerunq; enim tāta
induſtria ſocij vt plus conferat ſocietati quàm pecuniæ *l.5.§.1.l.ſi non fue-
t.29.§.1.l.quid enim.80.D. eod.* Vſq; adeo autem placuit quibuſdam hæc
rtoli ſententia vt voluerint ei locum eſſe illo quoque caſu quo filius clan-
tinè patris pecuniam acceperit vt ex ea negotiaretur. Sic. n. Bartolū.So-
.conſil.92.col.fin. quem ſequitur Decius ſupradicto loco, vbi addit poſſe
ıbus tantùm caſib,nō eſſe locū opinioni Bartoli,quorum vnus eſt ſi quid
ıtē fuerit acquiſitū putà ex luſu aleæ aut alio huiuſmodi prohibito. Illi-
ſiquidē acquiſita nō ſunt cōmunicāda,vt notat idē Bart. in *l.quod ſeruus.*
1.D. de acquir.poſſ. Alter eſt ſi filius nomine patris negotietur. Tunc.n.
m lucrum patri acquiri omnes cōſentiunt, quemadmodū è cōtrario,in-
ınt,ſi filius proprio ſuo nomine tantum & ſuo periculo ſe exercuiſſet ſi-
ɔtum & nihil patri quæſiuiſſet ex notat.per Bar.in *l.quia poterat.4.in fin.*
d SC.Trebell. Sanè quod de lucro iſto in viriles diuidendo tradit Barto-
ıtentur cæteri vt aliquid largiantur Baldo qui diuiſionem illam Barto-
n ruſticanam eſſe ſcripſit, ita intelligi debere ſi non appareat an plus
iſve ex induſtria perſonæ quàm ex pecunia prouenerit,aut contrà.Cùm
ı apparet, magis probant alias diuiſionis partes arbitrio iudicis fieri o-
:re eoq; caſu Baldi ſententiā ſequendam eſſe.Ita vulgo noſtri. Omnino
ſanè quàm aut ex ratione iuris aut ex Iuſtiniani conſtitutione dici poſ-
ſtin.enim neq; in *d.l.cùm oportet*, neq; alia vlla ſua cōſtitutione quic-
ı innouauit quod attinet ad peculium profectitium, non magis quàm
ad caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe, ſed tantùm quod ad peculium aduen-
n vt ſępius iam monuimus,& conſtat apertiſſimè ex *d.l.cùm oportet,*vbi
ıliter hic caſus excipitur ſi quid filiusfam. quæſiuerit ex re patris,nec fit
acquiſitionis filiusfamilias etiā inuito patre, niſi in his quæ vel ab alio
à patre acquiſierit,vel ex laboribus ſuis tātùm nō etiā ex re patris. Et
uis in ea cōſtitutione eſſet ambiguitas aliqua, quæ tamē nulla eſt,ſuffi-
ɔobis ad victoriam, quod eam Bartoli diſtinctionem Iuſtin.ipſe non
ſit, quódq; caſus ille quo filius per induſtriam ſuam acquirat ex re pa-
ıt omiſſus. Ceſſante ſiquidē noua cōſtitutione nihil aliud eſt quod dici
niſi ſequendum eſſe ius vetus cuius proculdubio illa ratio ſemper fuit
:quid acquireret filiusfam.multò magis verò ſi ex re patris,id acquire-
ri etiamſi multum opere & induſtriæ ſuæ cōferret in eam acquiſitio-

nem. Quid.n.est quod posit filiusfam.acquirere siue ex re patris siue aliunde,in quo nō debeat impendi qualis qualis aut labor aut industria? Itaq; cùm Bart,cōstitutionē Iustin.restringit ad eū casum,quo filius aliquid lucratus sit ex pecunia patris nulla industria sua cōcurrente,nihil aliud agit nisi vt inutilem eā faciat & illusoriam cùm vix reperiri casus posit in quo sine industria quicquā acquiratur. Immo quæstus ille tantùm esse intelligitur qui ex opera cuiusq; descendit *l. quæst. 8. D. pro socio*: dictus scil. à quærēdo quo verbo nihil aliud nisi factum & industria personæ significatur. Adeò vt tū quoq; cū res aliqua venditur, precium nō ex re sed ex negotiatione percipi dicatur *l. vēditor. 21. D. de hered. vel act. vendit.* Secundū quod fieret cōsequens Bart. sententiæ, vi si filius rē paternā vendidisset nō tantū patri sed sibi quoq; negotium gerēs, precij partē hoc ipso sibi acquireret, tanquā ex negotiatione sua magis quàm ex re patris redactum. Maximè verò si eum Socino & Decio quos retulimus eam Bart. sentētiam protrahas ad filium qui rem patris etiam clādestinè inuaserit, vt ex ea sibi negotiaretur. Quo tamē absurdius quid obsecro dici pōt, vt ex sua improbitate lucri occasionē filiusfam. nanciscatur, & quidē ex re patris? *l. si possessor. 52. D. de pet. hered. l. itaq;. 12. D. de furt.* Me etiā mouet quod scriptū est in *l. qui bona. 23. D. de acq. rer. dom.* eū qui bona fide alicui seruiat, siue alienus seruus, siue homo liber est, nō solū quicquid ex re eius cui seruit acquirit ei acquirere cui seruit bona fide, sed etiā si quid ex operis suis acquisiuerit simili modo ei acquirere. *Nam & opera*, inquit Vlp. *quodāmodo* ex re eius cui seruit *habentur, quia iure operas ei exhibere debet cui bona fide seruit.* Quidni ergo eadē ratione dicere nobis liceat multo magis. Ex re patris totū acquisitum videri quod filiusfamilias ex ipsius patris pecunia acquisiuerit, licet aliquid in eam rem contulerit industriæ suæ? Etsi enim scio filium non debere operas patri quomodo seruus debet domino vel libertus patrono. *l. pen. D. de obseq. parent. & patron. præst.* dubitari tamen non potest quin filius non emancipatus, de quo loquitur *d. l. penult.* sed in familia retentus industriam suam totam debeat patri, cui ob hanc causam non minùs acquirebat ille olim ex industria sua etiamsi aliunde quàm à patre pecuniam habuisset, quàm si pecunia patris fuisset. In quo licèt Iustinianus fecerit ius nouum inducto eo, vt quod filiusfamilias ex suis laboribus acquirit, acquirat sibi non patri, non ideo tamen consequens est, vt voluerit Imperator ius vetus correctum esse factūq; filiumfam. capacē acquirendi sibi ex industria sua, si industriā impenderet in exercenda pecunia quæ esset patris, Hoc.n. saltē casu æquum esset manere ex iure vetere vt quod filius ex industria sua per rem patris acquireret, potiùs ex re patris totum acquisisse diceretur quamuis per industriam suam, etiamsi nihil de eo Iustin. dixisset. Multò igitur magis cùm eum nominatim casum exceperit, vt diximus, quo ex re patris acquisitio facta sit. Nam & cùm de seruo fructuario tractamus quem constat acquirere fructuario siue ex re fructuarij siue ex operis suis acquirat *l. si seruus vsusfructus. 21. D. de vsufr.* non dubitatur quin fructuario acquirat quicquid acquirit ex administratione bonorum fructuarij non tanquam ex opera sua id quæsierit, sed tanquam ex re ipsius fructuarij *l. ex re fructuarij. 31. eod.* Itaq; si poneres vsumfructum serui sic cōstitutum, vt non nisi ex re fructuarij posset acquirere fructuario, ex operis verò suis acquirere proprietario deberet [quidni enim liceat, vsumfructum hac lege constituere. *lege 4. eodem. iunct. l. in traditionibus. 48. D. de pact.*] proculdubio acquireret fructuario

ructuario seruus quod per industriam & negotiationẽ suam ex administratione rerum fructuarij, acquireret, quia non ex opera sua, sed ex re fructuarij cquisiuisse dicendus esset. *d. l. ex re fructuarijs*. Sed quod magis me mouet, ac quo miror tot interpretes hallucinatos esse illud est, quod supponunt isti citam quandam societatem hoc casu contractam videri inter patrẽ & filiũ, que idcirco abutuntur iis iuris nostri locis quibus agitur de societate sic cõacta, vt vnus pecuniam conferat alius operam. Quæro enim, quomodo aut ionam colore fieri possit, vt tacita societas inter eos contracta videri de:at, qui nec si voluissent expressam contrahere potuissent? Nam & cuiuslit tacitæ conuentionis inducendæ ratio alia non est, quàm quòd pro expresconuento habeatur quicquid tacitè actum intelligitur *l. cùm quid. 3. D. de credit. l. 2. 3. & 4. D. de pact. l. licèt 6. & seq. D. in quib. caus. pign. vel. hypoth. cont.* cùm nihil intersit an verbis an factis volũtas declaretur *l. non tantùm D. rat. rem haber*. Atqui certũ est inter patrem & filiumfamilias nullam poscontrahi expressam societatem vt nec alium quemlibet contractum, quia ietas nulla esse potest quin socij inuicem obligentur, & quidem ciuiliter, rursus quin communicetur dominium earum rerum quę in causam sotatis deducuntur *l. 1. §. 1. & l. 2. D. pro socio. l. 2. C. eo.* pater autem neque filio iliter obligari potest, neque res suas cum filio communicare vt plus donij in eum transferat quàm quantum à seipso iam habeat filius iure sui edis: Ipse verò filius multo minus communicare quicquam potest qui il sui habet, vt loquitur *lex anni. 79. D. de iur. dot.* nec vlla bona, *vt ait Iuus in l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. subst.* adeóque nec possit habere à e tametsi pater velit. Quando enim magis vult, quàm cùm donat filio? Et en donatio iure potestatis impeditur *l. siue emancipatis. 17. C. de donat.* lto igitur magis societas impedietur, ne siue expressa siue tacita valere it. Ideoque quoties filiusfamilias negotiatur ex re patris necesse est, vt i ipsi negotietur non sibi, etiamsi pater consentiat vt sibi filius vel soli coniunctim simul & patri negotietur, quia consensus ille patris non et maiorem vim habere quàm expressa donatio à patre in filiumfamicollata, quæ tamen nullo casu valeret. Tantum abest vt ignorante patre andestine, vt loquuntur, filiusfamilias sibi soli ex re patris negotiari pos- Atque ita ex ipsa quoque interpretum traditione fatendum est acquiri soli quicquid filius per industriam suam acquirit ex re patris, siquidem psi negant acquiri totum patri si filius negotiatus sit patri soli. Cui enim uàm patri posset negotiari qui sibi nõ potest ex re patris ne quidem no-? At illud magis mirum est quod iidem volunt filiumfamiliàs è conueri totum acquirere quod per industriam suam acquirit ex re patris si prosuo nomine tantùm & periculo suo se exerceat. Quid enim est quod pe- suo possit exercere filius, qui nec habeat proprium quicquam, nec hapossit? Sed etsi ponas habere illum bona materna vel alia quædã aduenquis nescit in potestate filij non esse vt quicquã ex iis alienet vel amittat er coniunctum ius patris qui habet in iisdẽ bonis vsumfructũ *d. l. cũ opor l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Nã & in iis omnibus qui vsumfructũ habẽt geter ita cõparatũ est vt nihil possit fieri à ꝓprietario quod vsufructus cau ciat deteriorẽ, nec si cõcurrat fauor libertatis. Vnde olim erat ꝙ seruus alterius esset vsusfructus, alterius proprietas à ꝓprietatis domino mafus liber nõ fieret, sed, quod mirandũ, seruus sine domino esset *vt scribit*

Vlp.in tit. *de liber.* §.*seruus.* & *in l.si fructuariū.6. D. de manum.testam. l.2. D. de manum.vindict.* Nullus igitur casus dari potest, in quo filius negotiationē aliquam ex re patris exercere possit periculo suo: nisi fortè de periculo vitæ nostri intelligunt, quod ipsum tamen etiā ad rem nostram non pertineret, cū non eo magis filiusfam. capax fiat acquirendi à patre, quod siue pro patris, siue pro suo ipsius cōmodo periculum vitę aliquod incurrat. Potéstq; videri hoc etiā à filio debitū patri iure patrię potestatis, ex quo antiquitus habebat pater in liberos vitę ac necis potestatē. *l.in suis.* ff. D. *de liber. & post.* An ergo quę filiusfam. sua industria quęsiuerit ex re patris, fratribus cōmunicabuntur & conferentur? Nam si defendimus esse ista profectitia contra Bart. qui aduentitia pro parte esse vult, consequens videtur vt quemadmodum Bar. ex eo infert non debere conferri, quoniā aduentitia non conferuntur. Ita nos è cōtrario conferri debere putemus, quandoquidē profectitia cōferuntur omnia excepta simplici donatione. *l.4. l. vt liberis.17. d.l. illud.20.* §.1. *C. de coll.* Sed nolumus hanc contra nos fieri consecutionē, ne quod vsuuenit Bart. vt ex falsa propositione inferat verā conclusionē nobis in contrariū ita cedat, vt ex vera propositione falsam conclusionē inferamus. Bartoli conclusio vera est: ita nō cōferri q̄ filius industria sua ex re patris acquisiuit. Itémq; verū quod ait Aduētitia non conferri. *l. vlt. eo.* Sed illud falsum, quod assumit esse ista aduētitia p̄ parte. Sunt. n. profectitia & quidē in totum vt probauimus. Nostra verò illa propositio quę habet, esse ista profectitia in totū, non ideo facit vt debeāt cōferri, & vt Bart. loquitur cōmunicari. Illa. n. demum profectitia conferuntur, quę à patris bonis abscesserūt cuiusmodi sunt dos & donatio propter nuptias etiam pro liberis in potestate cōstitutis datę vel promissę. *l. vlt. D. de dot. col.* itémq; donatio simplex in emācipatum collata. *d.l. illud.* §.1. Sed ea quę tātùm profectitia sunt nec à bonis patris vnquam abscesserunt, conferri à liberis nec debent nec possunt, sed inter omnes liberos succedentes diuidi pro hereditariis portionibus. Alioqui peculium profectitium veniret in collationem bonorum non in diuisionem hereditatis quod falsum est *l. certum est 13. C. fam. ercisc.* Porro nō aliud ius est peculij profectitij quàm eorū quæ ex peculio profectitio sunt acquisita, cùm peculij quoque profectitij esse cēseantur. Diuidenda igitur sunt nō cōmunicanda. Proinde Bartoli conclusio illa quæ habet bona per industriā filij ex re patris acquisita conferenda esse pro qua parte sunt profectitia, non conferenda verò quatenus sunt aduentitia, sicuti duabus partibus cōtinetur, ita duos ad minus errores implicat. Priorem illū quod vult quatenus profectitia sunt communicari, quæ tamen nulla ex parte communicantur, sed tanquam paterna diuiduntur. Alterū quod vult quatenus aduentitia non communicari. Negamus enim esse aduentitia, tametsi non communicari fateamur. Negamus etiā filio ipsi acquisita videri posse, & ideo tantùm dicimus non communicari non quod filiū ea sibi retinere patiamur quæ patris fuerunt mortis tempore, sed quoniam volumus diuidi inter fratres. Aliud autem est diuidi, aliud communicari, nec quicquam vetat eadem bona & diuidi & non communicari. Diuidūtur quæ semper fuerunt patris, Communicantur quæ sunt filij. Inter quæ mediū etiam illud est, quod etiā aliqua sunt quæ non posis dicere vel diuidi, vel non cōmunicari. Ea nimirum quę filiofamilias pater donauit inter viuos & inutiliter siue donatione simplici siue ob causam. Cùm enim donatio non valeat & perpetuò manserint in dominio patris non potest dici ea vel cōmunicari debere vel non cōmunicari quia verbū ipsum

ipsum communicationis & collationis siue affirmatiuè vsurpetur siue negatiuè præsupponit antecedentem dominij acquisitionem. Neq; tamen eo magis diuiduntur quia cùm donatio confirmata sit morte officiū arbitri familię ercifcundæ tale esse debet vt eam per adiudicationem tueatur, eáq; bona filio qui donatarius fuit præcipua adiudicet. In quo numero non nego etiā illa poni debere quæ ex re patris filius laboribus suis acquisiuit si constet patrem ea filio donata voluisse: sed patris voluntatem in hoc apertam exigo, secutámque saltem per silentium confirmationem quam non exigit Bartolus, qui vult acquiri hæc omnia filio, etiam patre inuito nedum ignorante.

ERROR NONVS.

De Bartoli distinctione circa bonorum profectitiorum collationem.

ETSI ex iis quæ vtraque hac Decade scripsimus de iure collationis apparet satis non solùm quid interpretes sentiant circa collationem profectitiorum, & quid etiam nos sentiamus, iuuat tamen hoc capite vniuersam tractationem velut in epilogum concludere relata, & confutata Bartoli distinctione quam vnanimi ferè omnium interpretum, ne dicam pragmaticorum consensu video approbatam. *Is in l.1 §.nec castrense. D. de collat. bonor. num. 11.* distinguit in hæc ipsa verba. *Quandoque*, inquit, *pater dat filiis ob causam aliquam quam pater tenebatur & poterat cogi vt propter dotem, & donationem propter nuptias. & istud sine dubio confert, vt infr. tit. prox. per tot. & C. eod. l. filia, l. illam. & multis legibus illius tit. Ratio quia cùm pater ex quadam necessitate dat, videtur velle quòd conferat, Item, quia filio hoc potest quæri in vita patris. l. Pomponius Philadelphus, sup. famil. ercisc. & per hoc confert.* Quod dotem & donationem propter nuptias conferri verissimum est. Sed rationes quas adfert sunt falsæ. Prima sanè quoniam pater dat quidem ex necessitate dotem pro filia, sed non similiter donationem propter nuptias pro filio capite 19. *aliàs l. qui liberos. D. de rit. nupt.* licèt vtrámq; det cùm dat, ex officio paterno *l. vlt. C. de dot. promiss.* Deinde quoniam nemo vnquam dixit matrem vel auum maternum cogi dotare nisi ex valde magna causa *l. neque ma-14. C. de iur. dot. l. pen. D. de agnosc. liber.* & tamen certum est dotem ab iis datam omnimodo conferri oportere non minùs quàm eam quę data sit à patre *d. l. illā. l. vt liberis. 17. l. illud. 20. §. 1. C. de collat.* Postremò quia si ratio esset vera & vera sequeretur quod iam olim donatio propter nuptias data pro filio conferri debuisset propter patris voluntatem. Hoc verò falsum est quia edictum prætoris de dotis duntaxat non etiam de donationis propter nuptias collatione loquebatur, primúsque Leo fuit qui constituit vt donatio propter nuptias ad exemplum dotis conferretur *in d. l. ne liberis.* si Iustiniano credimus *in l. quoniam. nouella. 29. C. de inoff. testam.* Altera verò Bartoli ratio ideo falsa est, quia licèt filia sit capax dotis constante matrimonio quamuis viuo adhuc patre *d. l. Pomponius.* non tamen similiter filius cuius nomine pater dedit donationē propter nuptias in nurū, dici potest capax donationis propter nuptias viuo patre, nihil enim prorsus iuris habet in huiusmodi donatione

quæ non ipsi facta vel acquisita est,sed ipsius vxori,quamuis propter eã donationem habeat & vxorem & dotem. In quo supra monuimus dissimilem esse rationem dotis & propter nuptias donationis. Nã dos quãuis sit in bonis mariti,tamen est mulieris *l.quãuis.75.D.de iur.dot.* At donatio propter nuptias non tãtùm in mulieris bonis est sed etiã in dominio eius quiritiario & pleno iure[Nisi quod præmoriẽte filio ad patrẽ in solatiũ amissi filij reuertitur exemplo dotis *l.2.C.de bon.quæ.li.iũct.l.iure succursum.6.* D. *de iur.dot.l.4.C.solut.matr.*]ideoq; & marito ipsi in dotẽ dari potest vt fieri iã olim solebat *l.gen.5.C.de secũd.nupt.* Et in hoc errant maximè nostri omnes duce semper Bartolo, ꝙ de dote & propter nuptias donatione sic loquũtur quasi detur liberis ipsis ,cũ è contrario dici debeat non aliter valere dotis dationem quàm si dos data sit genero pro filia, nec dationem donationis propter nuptias quàm si ea donatio collata sit in nurũ nomine filij *d.l.7. l.Põp n.us.* Itaq; cùm tota hęc distinctio Bart. ad ea pertineat quę liberis ipsis dantur à patre possumus intrepidè dicere,prin ã hanc distinctionis partem falsam esse.Sicut & illud quod iactari solet pòst Bald. & cęteros ad *l.2.C.de inoff dot.* cùm dos pro filia datur genero vel donatio propter nuptias nurui pro filio celeritate cõiungendarũ actionũ vnam occultari vt in specie *l.3. §.sed si debitorẽ.D. de donat.int.vir.& vxor.* Id .n. si ita esset,eueniret vt neq; dos illa valeret, quæ à socero tradita esset genero,neque ea donatio quę à socero nurui data esset, quia si rei gestę ordo is fuisset vt traditio facta esset filio primũ aut filię,deinde per filiam genero, vel nurui per filiũ nõ potuisset filia dotem dando marito aut filius donando propter nuptias vxori transferre dominium quod minimè habuisset:nullum verò habuisset ex donatione sibi à patre facta quę nõ valuisset.Quod dissimile est in specie *d.§.sed si debitorẽ* vbi actus intermedius qui occultatur talis est,qui valeret etiamsi palam intercessisset, ob.idq; non impediret validitatem secundi actus si non ex alia causa secundus ille actus infirmaretur. Nos verò cum casum tractamus in quo secundus casus valere potest si consideretur tanquam primus nõ tanquam secundus,ille autem intermedius quem nostri occultari volunt,nec valeret ipse nec sequentem,cuius inhabile mediũ esset,valere pateretur, si re ipsa interuenisset. Cur ego interuenisse retrofingatur? Sequitur apud Bartolum, *Quandoque pater dat filio ex causa militia de qua dictum est supra,& istud similiter venit in collationem secundum eum modum quem habuistis. Ratio quia pater ad hoc videtur teneri ex quadam necessitate natura acquirere dignitatem filio vt in Auth. Constit. qua dignit. Sed melior ratio quia hoc potest quæri filio in vita patris. Et ideo feuda & emphyteuses in quibus nullum esset persona exercitum vel quæ filio in vita patris non quærerentur non venirent in collationem secundum ea quæ supra dixi.* Hæc secunda distinctionis pars est de qua quoniam nihil in præcedentibus diximus,tanto plura nunc dicere oportet. Est enim vtilis tractatus & satis obscurus ex eo, quod in hac quæstione de militia & dignitate filio comparata videtur aliter sensisse Papinianus in *d.l.1.§.nec castrense.D.de collat.bonor.* vbi negat filium quicquam hoc nomine conferre debere propter onera dignitati annexa quæ sustinere cogitur, Aliter verò Iustinianus in *l. omnimodo.30.§.imputari. C.de inoff.testam. & in d.l.illud.20.in princip. C. de collat.* vbi vult omnia quæ pater ex hac causa pro filio erogauerit, & in filij quartã imputari & ab eo cõferri.Nec aliã cõciliationis rationẽ inuenit Cuiacius *lib.3.Obser.cap.30.ad fin.* nisi vt separanda militia sit à dignitate, ꝙ non probo

probo. Nam & militia dignitas est, passímque eodem quo dignitas iure cẽ-
ctur apud Iustin. *in d. Nou.* 81. *Cōstit.* quæ dignit. & sua quoq; habet onera vt
non minùs in ea locum habeat ratio Papin. quàm in alia qualibet dignitate.
taq; melius hac parte ni fallor Bart. distinguit non militiam à dignitate sed
uilitiã & dignitatẽ quæ vel vendi vel ad heredes transmitti possit ab illa, quę
ec vendi nec transmitti possit. Sic enim disertè Iustinianus ipse distinguit; *in*
.§. *imputari*. Et quamuis *in d. l. illud.* non eadem distinctio repetatur, verba
men constitutionis ostendunt subintelligendam cùm facta sit ea lex post *d.*
mnimodo. ac in eius quodammodo declarationem, quòd plerique putarent
iorem legem quæ de imputatione tantùm locuta fuerat non esse trahendã
l collationem. Quam interpretationem Iustinianus subuertit constituta re-
ıla vt quęcunque in quartam imputantur eadem multo magis conferantur,
consequenter, vt quę non conferuntur, multo minùs imputentur. Quamuis
n è conuerso dici possit, esse imputanda omnia quæ conferuntur difficilius
mque est vt quid in legitimam imputetur quàm vt conferatur: quoniam
imputatione non quæritur, si inspicias rationem iuris ciuilis, ex quo non
ent pactiones quantumlibet iuratæ de non succedendo, nisi cùm testa-
ntum factum est, aliúsque ex testamento succedit, quàm is contra quem
utandi necessitas inducitur, ob ídque odiosiores sunt imputationes. De
latione verò non quæritur nisi contra eum qui succedat cum cæteris qui-
non vult conferre, ideóque sunt collationes fauorabiliores quamuis non
rco temerè inducendæ, nec sine aliqua vel edicti vel constitutionis auto-
e. Sed & quod dicimus tam dignitatem quàm militiam quæ vel vendi
it vel ad heredem transmitti & conferendam esse & imputandam rectè
ı Bart. *ad d.* §. *nec castrense. n.* 4. *&* 6. sic accipit vt nõ quicquid à patre pro
erogatũ est vel imputetur vel conferatur, sed tantũmodo lucrũ ꝙ tẽpore
tis patris ad filiũ poterat peruenire vt Iust. loquitur *in d. l. illud.* Ex quib.
is tanto clariùs apparet nõ de alia dignitate vel militia sentire Iustin. quã
vel vendi possit vel ad heredem transmitti, cùm alioqui difficile esset æ-
ıre quantũ lucri moriẽte patre ad filiũ peruenire potuerit ex ea dignitate
ıec transmissurus fuerit in heredẽ moriens, nec in alium translaturus ta-
vellet viuẽs. Neq; tamẽ mirũ videri debet Papin. indistinctè negare cõ
dũ quicquã ab eo cui pater ex pecunia sua dignitatẽ quæsiuerit, cùm vt
nũ ea sit cõditio dignitatũ vt neq; ad heredes trãsmitti neq; vendi pos-
Quanquã si quis mallet dicere hanc distinctionẽ Papin. incognitã fuisse
istin. primũ inductã is meo iudicio non errat. Nã & verba constitutio-
in. tã in *d. l. omnimodo.* q̃ in *d. l. illud.* nouũ ius præferũt, nec ad aliud
r Iustin. respexisse pręterquã ad id ꝙ huiusmodi erogationes à patre fi-
causã iustã & quãuis nõ necessariã, tamẽ nõ inutilẽ filio, qui ꝓinde nõ
recusare quominus hoc saltẽ lucrũ ꝙ moriente patre adhuc ex ea di-
ferre possit cogatur cõferre vel in portionẽ suã legitimam imputare.
tis sc. oneribus dignitatis vt loquitur Bar. At Papiniano itémq; Vlpia-
Papiniani sententiam refert *in d.* §. *nec castrense. vers. Sed an id.* nimis
videbatur vt cogeretur quicquam conferre filius ob eam dignitatem
nera solus retineret, Onera inquã nõ tantùm ad pecuniariam causam
tia de quibus solis & Iustinianus & Bartolus cogitarunt, sed quæ sunt
grauiora gerendæ dignitatis pro dignitate, magnificè non sordi-
ıdenter non casu, & , quod caput est probè & sobriè ne ex qua vel

minima culpa oneretur existimatio. Tanti nimirum est habere dignitatẽ non quanti empta sit, sed quãti plerumque redemptas vellet dignitatis molestias, & quotidiana pericula, is qui iam impositum onus sentit quàm sit graue, dubiíq; ex euentu lucri an damni. Addamus pro Papiniano rationem aliã iuris non inelegantem, quod non aliter æquum sit cogi quem præstare æstimationẽ rei pro re ipsa, quàm si aduersarius rem ipsam quæ debetur accipere possit, vt ratiocinatur Marcellus in ***l.si mulier.59.§.ex asse.D.de iur.dot.*** Cur enim cogatur quis præstare æstimationem pro ea re quam ipsam præstare malit si possit? Atqui non potest is cui pater dignitatem comparauit, conferre fratribus eam ipsam dignitatem quæ scilicet nõ potest abscedere à persona: ideóque nec de illo quæritur apud Vlpianum an cogendus sit conferre dignitatem, sed tantùm an conferre cogatur in nomine, id est in pecunia quasi cuius sit ipse debitor constitutus. Neque tamen stat per eum qui habet dignitatem ne conferre illam possit cùm velit, sed per ipsam dignitatem quæ cùm sit merè personalis communicari nullomodo potest. Nec igitur pecuniam vel minimam conferre cogendus est, tametsi ponas talem esse militiam aut dignitatem quæ vendi possit, vel ad heredes transmitti. Atque ita certè pro Papiniano contra Iustinianum æquè libenter atque contra Bart. si liceret, disputarem. Sed quoniam Iustiniani autoritas inuito etiam Papiniano iuris ratione potior est, faciamus tantùm si possumus ne eadem iuris ratio Bartoli quoque autoritate collidatur. Ait Bartolus rationem illam esse propter quam militia vel alia dignitas debeat conferri, quòd pater ex necessitate quadam naturæ videatur ad hoc teneri, vt filio dignitatem acquirat. Hoc verò falsum est, neque probatur ex dicta Iustiniani Nouella 81. aut ex alio vllo iuris loco. Nec ad aliud patrem obligat votum commune, & naturæ & parentum omnium nisi vt omnia sua liberis suis paret. ***l.nihil interest.50.§.sed numquid.D. de bon.libert.*** scilicet post mortem ipsius patris, Non etiam vt viuus quicquam ei comparet præterquàm ea quæ ad tuendam vitam necessaria sunt, in quo numero nemo nisi planè indignus dignitatibus, posuerit dignitates, sine quibus multo meliùs & commodiùs quàm cum iis viuit quisquis scit viuere, & quotidiè cogitat se moriturum. Et ex hoc maximè intelligimus verissimum esse, quod in præcedentibus disputauimus posteriores Imperatores in iure illo inducendo, De conferendis iis quæ ob causam data sunt non tam respexisse ad id an causa esset necessaria necne; siue ex parte donantis, siue ex parte donatarij, quàm vtrum aliqua fuerit dandi causa ex qua lucrum donatarius senserit, & sine qua non fuerit donator donaturus. Quare nec sibi Bart. satisfacit in hac ratione, sed meliorem quærit, & putat se inuenisse cùm ait, ***quia hoc potest quæri filio in vita patris.*** Quæ tamen ratio si esset bona, faceret vt illa etiam quæ pater expendisset ad curandum filio beneficium aliquod ecclesiasticum, putà in mittendis Romam literis & nunciis, aut etiam Doctoratum conferri oporteret, cùm sit filius istarum omnium cæterarúmque dignitatum capax in vita quoque patris, vtpote quas non à patre accipiat, sed vel à Principe, vel ab alio qui dandi ius habeat ex iure publico: nam quod ad ius publicum attinet filius non sequitur ius patriæ potestatis. ***l.nam quod.14. D.ad SC.Trebell.l.in priuatis.77.cum seq.D.de iudic.*** E contrario autem duę illæ rationes quas reddit Bart. ad ***d.§.nec castrense.num.4.*** cur expensæ beneficij, Doctoratus & aliarum huiusmodi dignitatũ non sint conferendæ, quòd scilicet dignitates istæ cohæreant personę, nec ad alium transferri possint, nec princi-

principaliter commodum pecuniarium respicere videantur arg. *l. planè. 94. §. vlt. de legat.* 1. nihil aliud probant nisi quod dignitates ipsæ non debeant conferri. At nos quærimus rationem quæ pertineat non ad ipsas dignitates, de quibus conferendis stulta esset dubitatio, sed ad expensas in dignitatibus quærendis factas. Non igitur alia melior ratio quærenda est quàm quæ à Papiniano allata fuit, ab Vlpiano probata, & à nobis nouæ rationis accessione confirmata. Quæ tamen cùm sit generalis ad eas quoque dignitates, quæ & transmitti & vendi possunt, fatendum est si quæratur cur in his potiùs quàm in aliis collatio locum habeat, non aliunde petendam esse rationem quàm ex voluntate Iustiniani cui visum fuit ita esse constituendum, vt ius imputationis & collationis ampliaret, quod vtrumque fuerat multo arctius temporibus Papiniani.

ERROR DECIMVS.

Si pater ex sua pecunia feudum vel emphyteusim emerit pro se & filiis suis, & quid de rebus à filio ipso comparatis ex reditu feudi vel emphyteuseos, an sint conferenda.

QVOD verò addit Bart. de feudo & emphyteusi quę quis comparauerit ex pecunia sua pro se & filiis suis ita demum venire illa in collationem, si viuo adhuc patre cœperint esse filiorum, non etiam si post mortem duntaxat patris, non caret dubitatione, quod ad posteriorem partem. Cùm eo quoque casu quo non nisi post patris mortem incipiant ista esse filiorum, verum tamen sit iam inde ab ipso contractus tempore fuisse iis ius quæsitum succedendi quandoque in iis bonis etiam inuito patre, si ponas in concessione feudi vel emphyteuseos factã esse mentionem filiorum tanquam filiorum non tanquam heredum, hoc etiam addito vt specialiter & proprio nomine siue nominati filij in inuestitura, adeo vt neq; in patris potestate sit, siue filios istos exheredãdo, siue bona sua omnia profundendo priuare filios iis emphyteusibus & feudis, quæ non sint hereditaria, sed ex pacto & prouidentia non tam patris, quàm concedentis, qui eam legem rei suæ dixit, filiis omnimodo debeantur. Hanc enim cõclusionem hoc casu quo in inuestitura sint expressa nomina filiorũ, apud nostros indubitatam esse testatur Iulius Clarus *lib. 4. sent. §. feudũ. quæst. 1. nu. 2. vers. sed in feudo nouo.* Itémque si ex qua alia coniectura possit apparere concessum esse feudum vel emphyteusim nõ solùm intuitu recipientis, sed etiam cõtemplatione filiorum vt loquitur idem Clar. *in §. emphyteosis. q. 1. n. 1. in fi.* putà si tales essent filij & eius ætatis ac conditionis, vt iam tũ possent ea ipsa domino præstare obsequia & seruitia pręsertim militaria, quæ pater ipse pręstare posset. Quamquam nec desunt qui defendant etiam in feudis & emphyteusibus nouis vsque adeo ius esse quæsitum filiis cum non sunt illa hereditaria nec mixta, sed merè ex pacto & prouidẽtia, vt quãuis propria eorum nomina non sint expressa in cõcessione, nõ possit tamen pater filiis vllo modo præiudicare, ne quidem domino ipso consentiente, vt ex iis videre est quos refert Clar. *d. q. 16. nu. 1. vers. his præmissis.* qui & de communi attestatur, licèt contrariam sententiam & veriorem & communiorem esse concludat. De quo nunc non disputamus. Omnes enim quæstiones quæ ad feu-

da & ad crimina pertinent in postremam Chiliadis nostræ partem conferre cogitamus. At rursum quid si feudum sit nouum quidem & emphyteusis noua, sed sic tamen datum datáue vt in feudum antiquum auitumque habeatur, quæ vulgaris hodie inuestiturarum clausula est aut in emphyteusim antiquã & auitam? Quoties enim agitur de feudo antiquo vel de emphyteusi antiqua siue ecclesiastica illa sit siue priuata constat inter omnes si modo nec feudum hereditariũ sit vel mixtũ nec emphyteusis hereditaria vel mixta, sed ex pacto & prouidentia, etiamsi non sint expressa nomina filiorum [quæ nec hoc casu exprimi potuissent] filiis ex inuestitura venietibus per patrẽ præiudicari nullomodo posse nec si velit vni ex filiis ea omnia prælegare. Idem *Clar. in d. §. feudum. q. 40. nu. 5. & 6. & q. 41. n. 2.* Sed & filios etiamsi hereditatem paternã repudiare velint, posse tamen in huiusmodi feudis & emphyteusibus succedere, neq; in hoc deterioris esse cõditionis quàm agnatos, vt concludit idem Clar. *quæst. 76. & in d. §. emphyteosis. q. 16. nu. 3. & q. 37.* His ergo casibus cùm ius quæratur filiis etiam in vita patris, necessariò dicendũ est, vel conferri debere pecuniam quæ in eam rem à patre expensa fuit, vel malam esse rationẽ Bartoli quæ nihil aliud intuetur nisi an sit quæsitum feudum filio, vel quæsita emphyteusis in vita patris, Præsertim cùm addat posse sufficere vt filio ius sit quæsitum ex cõtractu viuo patre etiam per retrofictionẽ ad hoc vt possit teneri ad collationem ex *l. 2. §. id quoq;. D. de collat.* Quanto magis igitur tenebitur his casibus, in quibus est ius quæsitum filio iã viuo adhuc patre non per retrofictionem sed verè? Nec est contrarium quod iisdem interpretibus placet neque feudum antiquum neque emphyteusim antiquam imputari debere in legitimam filiorum neque conferri tanquam quæ aduentitia esse videantur vt tractat Clar. *in d. §. feudum. quæst. 46. num. 1.* Id enim potest in eo quidem feudo verum esse quod re vera sit antiquum, & in ea emphyteusi, quæ reuera sit antiqua sed non in feudo nouo dato in feudum antiquum nec in emphyteusi noua data in antiquam, Hęc enim negari non potest quin profectitia sint cùm à patre ipso sunt acquisita, nec quod in feudum antiquum vel in antiquam emphyteusim accepta sunt ad aliud pertinet nisi vt eam habeant naturam quantum ad ius inuestituræ & concessionis quod ad personas dantis & accipientium, non etiam vt eo minùs profectitia videri possint. Puto igitur fratrem qui ex pecunia & beneficio patris feudum habeat vel emphyteusim licèt non nisi post mortem patris, si tamen ex eo iure habet quod iam in patris vita cœperit, quódque per patrem ei auferri non potuerit, obligatum esse vt conferat non quidem feudum ipsum vel emphyteusim cuius leges & condiciones violarentur si ad alium perueniret ex facto huius fratris quàm ad quos ex pacto peruenire debeat, sed quantam pecuniam pater impendit ex qua solus hic filius nunc lucrum sentiat, quoniam si feudum emptum non fuisset, aut emphyteusis, pecunia nunc reperiretur in hereditate, ac inter omnes successores diuideretur, Nihilque potest æquius constitui, ne alioqui cæteris qui in feudo & emphyteusi non succedunt, fiat iniuria, & vt inter omnes liberos æqualitas seruetur. Neque tamen probare similiter possum quod addit idem Bar. *ad d. §. nec castrense. nu. 7.* Si quid in patris vita lucratus sit filius ex reditu militiæ vel dignitatis, aut etiam feudi & emphyteuseos sibi à patre compara ę id quoq; conferri oportere. Ratione illa quod huiusmodi lucrum vendi posit, & ad heredem transmitti *arg. l. defuncta. 58. D. de vsufr.* quódque profectitium videatur, quicquid filius Lucratur deducta

ta æstimatione oneris personæ suæ. Etsi enim profectitia sunt ista omnia, quę ex pecunia patris filio acquisita sunt, quod tamen non ex pecunia sed ex dignitate ipsa quęsitum est, quę propria est ipsius filij profectitium videri nullomodo potest, cùm ex ipsa dignitate ciúsque exercitio proficiscatur non ex pecunia patris immediata. Longéque aliud est in iis rebus, quæ filio obueniunt iure fructus & reditus ex iis bonis quæ fuerint à patre ipso donata io inutiliter ac quorum translatio impedita sit propter ius ac vinculum patrię potestatis. Cùm enim fructus isti ex ea re percipiantur, quæ mansit dominio patris, nec ad alium pertinere possint quàm ad eum qui sit dominus rei ex qua percepti sunt, quia iure soli & dominij non industriæ percipiuntur *l. qui scit. 25. §. 1. D. de vsur.* consequens est vt ad patrem ipsum pertinere debeant ad quem & res ipsa pertinet, ac proinde tanquam profectitia censeantur. At cùm ex pecunia patris siue dignitas aliqua siue militia vt dum aut etiam emphyteusis acquiritur, nihil habet aut etiam habere ingitur filius à patre præter pecuniam sed rem ipsam habet à Principe, ab alio, qui concedendi habuerit potestatem, cúmque huiusmodi actionis capax sit præsertim hodie, post Iustiniani constitutiones in *leg. oportet. 6. & leg. vltim. Cod. de bon. quæ liber.* nihil causæ video cur possit & debeat suum dicere filius quod ex re sua quæsit, licet rem ilquæsierit ex re patris. Nam nec res quæsita ex pecunia patris potest ri paterna, non magis quàm res communis, quæ empta est ex pecuommuni *leg. si vnus. 67. §. 1. D. pro socio.* aut pignorata quæ emt ex pecunia pignorata *leg. idémque. 7. in fin. D. qui potior. in pign.* aut furtiua quæ ex nummis furtiuis *leg. qui vas. 48. §. vltim. D. de furt.* talis quę ex pecunia dotali *leg. ex pecunia. 12. Cod. de iur. dot.* aut demea res quæ empta est ex pecunia mea *leg. qui aliena. 8. sunt. leg. 1. Cod. si quis alter. vel sibi.* Nec obstat nostrę sententię quod scrist in *d. l. illud. 20. in princip. Cod. de collat.* lucrum omne conferendum , vt verba legis habent, id quod occasione militię vni heredum ex ti pecunijs acquisitæ lucratus is, qui militiam meruit. Debet enim id i, vt sequentia explicant, de lucro quod consistat in ipsius militię æstie, non in fructibus ex militia ipsa redactis. Sequitur namq; *vt lucrum npore mortis defuncti ad eum peruenire poterat.* Igitur extra collationē Iustinianus id quod viuo patre peruenerat ex reditu militiæ ad filiū, in conferri quod moriente patre poterat peruenire id si eo instanti militia fuisset, quia illud demum est quod ex re patris profectū. Denique militia ipsa est ex re patris id est quanti militia est morien- Tanti autem est quanti vendi potest. Sed quod ex militia est non patris sed ex re filij cuius iam ipsa militia est. Quod apertius Iustinianus in *d. lege omnimodo. §. imputari. Cod. de inoff. testam.* Neiona ratiocinatio illa Bartoli, vt fructus isti ex militia redacti idcirco conferri quod vendi possint & ad heredem transmitti ille ex *d. l. defuncta. 58. D. de vsufr.* Etsi enim non aliam militiam. ustinianus voluit, quàm quę vel vendi possit vel etiam ad heredem [non enim omnes militiæ & dignitates quæ vendi possunt, ad he- ; possūt trāsmitti, quāuis è cōtrario quæ trāsmitti ad heredē possūt gis vēdi possint] ex eo tamē nō stati cōsequēs sit vt cōferri debeāt

omnia quæ vel vendi vel transmitti possunt, nisi etiam illud concurrat vt sint profectitia, Quáquam neq; sufficit esse profectitia nisi sint etiā ipsi filio acquisita, Alioqui cū remanerēt in dominio patris diuidēda essent nō cōmunicanda, quāuis in faciēda hereditatis diuisione per arbitrū familiæ erciscūdæ pręcipua manere deberent apud filium cui pater donata voluisset *l. filia cuius.* 18. *C. famil. ercisc.* In proposito antem cùm pater filio militiā aut quam aliam dignitatem comparauit, licèt hoc ipso donare filio videatur, & quidem inter viuos, ideo tamen valet donatio quod non ipsi filio pecunia traditur à patre, sed pro filio numeratur alteri, ei scilicet à quo filius postmodum accipit dignitatem, vt euenit cùm pater dat genero dotē pro filia, vel nurui pro filio donationē propter nuptias. Nam & ob eā rationē valet datio dotis & propter nuptias donationis. Et consequēter tam dos quàm donatio propter nuptias & militia cōferēda est, quia & valet, & quāuis ex liberalitate proficiscatur, tamen causam habet, eámq; vtilē filio vel filiæ cui collationis onus iniūgitur, quæ res facit vt debeat conferri non esse præcipua, qu. modo esse deberet si donatio inter viuos simpliciter & sine causa quamuis inutiliter facta fuisset. In quo melioris est condicionis non donatio quæ non valet, quàm ea quæ valet, vt malè quis fortasse posset conijcere, sed ea quæ nullam aliā causam habet præter liberalitatem patris, quàm ea quæ causam aliā habet. Nam quęcunq; causā habet aliam quā liberalitatē etiāsi valeat conferenda est, immò ob hoc ipsum quia valet: nec tractandū est de ea pręcipua retinenda per officiū arbitri cū eo adminiculo nō egeat donatio quæ ab initio subsistit *l. 2. C. de inoff. donat.* Quę verò nullā causam habet, licèt nō valeat ab initio, præcipua tñ retinetur nec inter successores diuiditur, nō quia nō valeat [hæc.n. ratio facere potiùs deberet, vt nō esset retinenda pręcipua] sed quia & facta fuerat simpliciter, & cōfirmatur morte, Quæ aūt & ab initio nō valet, & causā aliquā habet, eā si q.dē nec morte cōfirmatur, dicēdū est neq; cōferri neq; retineri pcipuā sed diuidi, perinde acsi nec causā vllā haberet [quonā.n. colore præcipua retineretur si nec quā valuisset donatio nec vnquā cōfirmata fuisset?] Si verò cōfirmetur morte, ob cōcurrētē aliquā facti circūstātiā vt in specie *l. Pōponius. 35. famil. ercisc.*] vbi donatio facta filiæ ex causa dotis quamuis nec valeat nec sui natura cōfirmetur morte cōfirmatur tamē propterea quòd matrimoniū post mortē quoq; patris steterat vt suo loco disputauimus] retineri pręcipuā nō minùs quàm si natura sua cōfirmari morte potuisset, quia cū sit confirmata morte, ideóq; tādē valere incipiat, necesse est vt vel conferatur vel præcipua retineatur. Atqui eā cōferri absurdū esset, nec aliā ob rem valere quā vt cōferretur, cū collatio aufferat donatario cōmodū donationis. Est igitur necesse vt pręcipua retineatur, quādo nec alius cōfirmationis quæ per mortem fit effectus esse potest. Tertium membrum distinctionis Bartoli quam nunc tractamus, est, si pater donauerit filiofamilias propter præcedentia ipsius filij merita, de quo membro quid ille sentiat & quàm malè scripsimus iam satis in *Error. 6. huius. Decadis.* Quartum est si pater pro filio condemnato ex causa maleficij aliquid soluerit, cùm filius neque profectitium neque aduentitium vllum peculium haberet. Sed hic casus alienior videtur à proposita disputatione. Pertinet enim ad tractatum de imputatione in quartam potiùs quàm de collatione, nisi quod illa etiam quæ imputantur hoc ipso conferri videntur, quia minus accipitur. In ea tamen quæstione solet probari distinctio Bartoli ad *lege Stichum.* 16. *num.*

§.nu.2. D.de pecu.legat.[de qua an vera sit alio loco dicemus, falsam enim esse uto]cuius summa illa est vt si pater soluerit ex necessitate prosilio, siue quia ro eo fideiusserat siue quod ex statuto fortasse ciuitatis soluere cogeretur nputandum sit in partem filij quod pro eo soluit. Sic enim legendum est a- ud Bar. detracta negatione quæ vulgo est in illis verbis *& tunc non compu- tur* vt constat, tam ex ratione quam ibi subiungit Bar. quòd in necessitati- is nemo liberalis existat *l. rem legatam. D. de adim. legat. l. eum quo. 56. §. vlt. ad leg. falcid.* quàm ex eo textu quem in argumentum citat in *l. heredes. 25. si filius. D. famil. ercisc.* vbi dicitur filium qui pro patre condemnatus fuit & ıc viuo illo siue post ipsius mortem soluit habere iudiciũ familiæ erciscun- eo nomine cõtra coheredes. Si verò pater nõ ex necessitate soluit, pro filio l ex voluntate, tunc videatur fecisse causa pietatis in dubio acsi filium ab stib. vel à latrũculis redemisset, ob idque nihil ex ea causa subinde repeti sit aut in filij quartam imputari *arg. l. 1. C. de neg. gest. l. is qui 44. D. eo. l. le- captiu. 17. C. de capt. & postlim.* Cętera membra distinctionis Bar. longiorẽ ceptationem exigunt, ideoque de iis in sequenti Decade dispiciamus.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMA- TICORVM ET INTERPRE- TVM IVRIS.

DECAS XLII.

ERROR PRIMVS.

De bonis à patre donatis filio siue in peculium profecti- tium siue simpliciter.

INSTITVTAM superiore Decade disputationem de bo- norum profectitiorum collatione persequi cogimur, vt cætera quę pertinent ad Bartoli in quęstione ista distin- ctionem planissimè intelligantur. Pergit ille ad quintũ membrum suæ distinctionis in hęc verba. *Quandoque*, inquit, *dat pater filio vt habeat in peculium profectitium. Et tunc sine dubio debet conferri, quia remanet patris. l. cer- tum 13. C. famil. ercisc.* In hoc ipso membro quod nullam s habere dubitationem & Bartolo visum est, & mihi quoque videtur, men Bartolus. Nam quod filius à patre habet in peculium profecti- ım remaneat in iure ac dominio patris, non potest à filio cõferri, Nisi e dicamus etiã illum qui conferat aliena, quod tamen absurdum fue- nihil aliud sit conferre, quàm communicare, fieri autem nequeat vt mmune faciat quod priùs non habeat sibi proprium *l. 1. D. de collat.*

iunct. l.1.§.1.& l.2.D.pro socio.l.ea demum.6.& pass.C.de coll. Itaq; quod peculij profectitij est cum sit patris diuidendum est post mortem patris non cõmunicandum, vt alibi & meliùs loquitur idẽ Bart. in *l.pater.6.nu.2.D.de coll. dot. ex l.filia licèt.12.vers.cùm autẽ.C.de collat.* Et probatur etiam non malè ex *d.l.certũ.13.C.fam.ercisc.* illis verbis, *in hereditatem diuidendam.* Nam quæ sequuntur, *ad cõmunionem esse reuocanda.* quibus videtur deceptus Bart. nõ sic accipienda sunt quasi bona, quæ sunt peculij profectitij sint conferenda aut, quod idem est, cõmunicãda, ex edicto De collationibus, sed ita vt quæ viuo patre videbantur quodammodo separata à patrimonio patris hoc ipso quod erant peculij profectitij, cùm peculium profectitiũ proprium ipsius filij patrimonium esse existimetur. *l.3.§.sed vtrũ.D.de minor.l.hinc queritur.19.§.1. l.quoties.47.§.vlt.D.de pecul.* mortuo demum patre desinãt eodem iure manere penes filium, sed ad cõmunionem ipso iure reuocetur, quantum attinet ad causam dominij quod est iuris. De facto autem, i. quantum attinet ad causam possessionis, quę facti est reuocanda sint officio arbitri, familiæ erciscundæ, vt in bonorum hereditariorum diuisionem venire possint. Nã quẽadmodum per mortem patris filiusfam. fit paterfamilias, ita & peculium habere desinit, quippe quod paterfamilias habere nunquam potest: & ita bona quæ fuerant peculij, incipiunt esse ipso iure hereditatis, citra vllam collationẽ. Illud non nego quod Bart. sibi voluit bona ista quę fuerunt peculij profectitij, non posse à filio præcipua retineri. Hoc ipsum enim est quod volo, sed nego verum esse quod ait Bar. debere cõferri, cùm non possit filius conferre quod alienum est. Illud.n. semper tenendum est, aliud esse quid cõferri, aliud verò pręcipuum non retineri. Et contra aliud esse non conferri, aliud verò pręcipuum retineri. Sequitur apud Bart. *Quandoque dat pater filio simpliciter sine aliqua causa animo donandi, & hoc constat, Isto casu an simplex donatio, veniat conferenda vel non, sunt opiniones in glo. & c. Finaliter dico de iure tenendum sic esse, aut pater donat filio emancipato, & tunc talis donatio venit in collationem. l.vt liberis.C.eod. Ratio, quia in vita patris donatio valet, & quæsita fuit filio & sic venit in collationem.* Putat ergo simplicẽ donationẽ factam filio emancipato indistinctè cõferendã esse, quod falsum est. Etsi enim nõ nego conferendã esse fratrib. in potestate retentis, vt & cętera omnia bona emãcipati vndecunq; tandẽ quæsita *l.1.& tot.tit.D.eo.l.ea demum.6.& pass.C.eod.* Nego tamen conferendam esse fratribus emancipatis, Nisi in duobus illis casibus quos ponit Iustin. *in l.illud penult.§.1.in fi.eod.* id est cùm vel donationis tempore id ipsum expressè dictum fuit, vel alioquin emergeret inæqualitas inter fratres. Nec dicendum est hoc fieri non tam fauore simplicis donationis quàm quod ex ratione iuris communis cesset collatio inter emancipatos *l.si emancipati.9.C.eo.* Non enim vsque adeò cessat vt non etiam inuicem cogantur ea conferre quæ à patre ob causam aliquam acceperunt, vt puta profectitiam dotem *l.filia dotem.4.eod.tit.* Atqui donatio simplex à patre profecta in filium emancipatum non eo minùs est profectitia quod sit simplex perinde acsi collata esset in filiumfamilias. Siquidem profectitiam donationem facit nomen patris non ius potestatis vt de dote scriptum est *in l.5. D.de iur.dot.* Ergo esset conferenda si non esset simplex. Debuit igitur Bar. distinguere, An emancipatus idémq; donatarius ad collationẽ vrgeatur à fratrib. in familia retentis an ab emãcipatis. Primo casu verũ est quod ait cõferri simplicẽ donationẽ vt vera illa ratio quia valuit donatio in vita patris, si enim

non

non valuiſſet cōferre non poſſet filius quod proprium non haberet, Sed addendum fuit huius rationes confirmandæ gratia, *& quia tenetur emancipatus bona ſua vndecumque acquiſita etiam à matre aut à quouis extraneo conferre fratribus qui manſerunt in poteſtate*, propter iniuriam ſcilicet quā ijs faciunt ſuccedendo patri cuius ſucceſſio ex iure ciuili ad ſuos tantùm heredes pertinebat. Secundo autem caſu falſum ſanè eſt quod vult. Bart. ſimplicem donationem conferri. Nec debuit moueri ex *d.l.* vt liberis quæ proculdubio loquitur in eo caſu quo emancipatus cōfert fratribus in familia retentis. Lata enim eſt ea lex pro emancipatis contra ſuos heredes ad inducendam inter omnes æqualitatē, cū olim iura omnia de collationibus nō niſi ſuis heredib. fauerent contra emancipatos, vt ſuo loco diſputauimus. Alioqui pugnaret ea lex in eo quod cōſtituit Leo vt donationes etiā ſimplices ab emācipatis indiſtinctè cōferantur, cū Iuſtin. cōſtitutione *d.l. illud. in fi.* vbi vult donationes ſimplices regulariter nō aliter cōferri, quā ſi hoc ipſum in donādo expreſſū ſit. Nec enim dubitandū eſt quin ibi loquatur de donatione ſimplici facta ēt à patre, nō de ea tātùm quæ facta ſit à matre vel ab auo materno vt verba legis ꝓbant. Et rurſus de ea donatione quæ valeat cū ſi nō valeret de cōferēda ea tractari nō poſſet. Atqui donatio à patre in filiūfamilias collata nullomodo nullóq; caſu valeret. Neceſſario igitur lex illa, ex qua parte loquitur de donatione ſimplici facta per patrē, debet intelligi & de ea quæ collata ſit in filiū emancipatū, & de illo caſu quo emācipatus donatarius vrgeatur ad collationē à fratre emācipato: Neque dura vel cōmentitia videri debet hæc interpretatio, cui cauſam illud tantū dat ꝙ termini habiles ſunt ſemper ſupponendi. Addit Bar. *Nec dicat aliquis, quod id quod pater dat filio in præmiū emancipationis ſecundū cōmunē vſum loquēdi dicatur ob cauſam donatio. Immo eſt donatio ſine cauſa, quia magis filius patri qui eū liberauit à patria poteſtate debebat dare, quàm paterfilio.* Hoc quoq; malè. Nā ꝙ pater cū emācipat filiū ei dat ex cauſa emācipationis [ſic enim dicendū eſt nō vt vulgo iā ipſis Bar. tēporib. *in præmiū emancipationis*] nō pōt negari quin donetur ob cauſam, vt filius, qui ex eo die fit extraneus, & à familia boniſq; patris expellitur, hoc ſaltē habeat à patre ꝙ ei datur in ipſa emancipatione ꝓpter emancipatiōnē. Fateor ꝙ vult Bart. nihil patrē debere filio in præmiū emācipationis, quia beneficiū maius eſt qđ accipit fili⁹ à patre, ob idq; potuiſſe olim patrē emācipādo filiū ſibi retinere tertiā partē bonorūq; emācipati quādoq; eſſēt quęſituri quaſi pro precio quodāmodo emācipationis vt loquitur *Iuſt. in. §. hoc quoq. inſtit. per quas perſon. cuiq. acq.* aut pro pręmio vt loquitur *Theo. in l. ſi viua matre. 3. C. de bō. matern.* Quāquā nec negari pōt aliqđ ēt cōmodi ſētire patrē cū amittit ſuum heredē, quē habere in familia onus certè eſt vtpote ꝗ niſi ex certis magniſq; cauſis à ſucceſſione *expel. poſ. l. in ſuis.* 11. D. *de li. & poſt.* vnde neq. fieri pōt vt cuiquā inuito vel ignorāti ſuus heres adnaſcatur *l. cū nepos. 6. l. ſi is qui.* 11. D. *de adopt. iūct. §. ſed ſi quis īnſt. eod.* Sed nō eſt bona cōſecutio vt donatio facta filio per patrem, quę non poteſt dici facta in præmium emancipationis, non etia n videri debeat facta ob cauſam. Cauſa enim donandi eſſe poteſt, etiam vbi non eſt præmij conferendi. Illud planè Bartolo concedendum eſt emancipatum etiā ſimplicem donationē ſibi à patre factam conferre cogēdū. Loquitur enim Leo Imp. de qualibet donatione collata in emācipatū ſiue facta ſit ipſo emācipationis tēpore ſiue poſtea quādocūq. Sed reſtrīgēda ſēper eſt vt dixi ea cōſtitutio ad illū caſū quo de collatione tractetur nō inter emācipatos tātū vt in *d.l. illud in fi.* ſed inter emācipatos & fratres in pōſtate retētos.

ERROR SECVNDVS.

De donationibus quæ morte confirmantur an capiantur iure legatorum & in quo differant donationes factæ à patre à donationibus inter virum & vxorem.

SEQVITVR apud Bartolum. *Si verò donat filio in potestate donatio ab initio non valet per l.antep.C.de donat.int.vir. & vxor. & C.de inoff.donat.l.2.* Et tunc dic si quidem talis donatio confirmatur in vita patris, quia pater emancipauit filium, idem quia venit in collationem, *eadem ratione qua supra arg.pro hoc.C.de collat.l.si emancipati.& infr.de donat.l.donationes.§. pater.iunct.d.l. vt liberis in fin. C. de collat.* Hoc quidem rectè quia verum est donationē à patre in filiumfamilias collatam nullo casu valere non tantùm si simpliciter facta sit de qua hîc Bart. loquitur, sed etiam quod Bartolus non concederet, si facta sit ob causam putà dotis vel propter nuptias donationis, vel aliam quamlibet. Sicuti probauimus iam sępius ex eleganti illo Papiniani responso quod extat in *l. Pomponius Philadelphus.35.D.fam.ercisc.* Sed & illud verũ est posse viuo adhuc patre confirmari donationem in filiumfamilias collatam puta si pater filium emancipauerit, nec ei quod donauerit ademerit *d. §. pater, & l.fine emancipatis.17.C.de donat.* Quo casu eadem circa huius donationis collationem seruanda sunt quæ diximus seruanda esse si ab initio collata fuisset donatio in emancipatum. Sed quod subiungit Bartolus. *Si verò confirmatur donatio morte patris tunc assumit vires legatorum l.in donationibus.C.ad leg.falcid.* Sanè falsum est. Nam tum quoq; cùm donatio in filiumfamilias collata morte confirmatur, non tamen satis bene legatis comparatur: legata siquidem confirmātur per legem duodecim tabularum vt certissimũ est *l. verbis legis.120. de verb.signific.* ideóq; si ponas legatum fuisse per vindicationem transit dominium recta via in legatarium à testatore *l.à Titio.64.in fin. D.de furt.l.legatum.80.de legat.2.cùm lex sit vnus ex modis dominij iure Quiritum transferendi, apud Vlp.tit.19.de acquisit.rer.* At nõ similiter possis dicere quamlibet vltimam voluntatem à lege confirmari. Nam & fideicommissa constat pertinere ad causam vltimæ voluntatis, & tamen non à lege confirmari sed à prætore tit.De *fideic.heredit.& tit.de codicill.apud Iustin.* adeò vt etiam quod fideicommissario traditum est ab herede ex causa fideicommissi, legitimè fideicommissarij factum esse non dicatur *l.3.D.si vsus fr.petet.* quomodo haud dubiè factum esset legitimè illius cui traditum esset ex causa legati, immo & citra illam traditionem. Ergo quamuis verum sit donationem morte confirmatam censeri iure vltimæ voluntatis, non possis tamen ex eo inferre cum Bartolo censeri debere iure legatorum. Lex enim duodecim tabularum de vltimis tantum voluntatibus locuta est quæ declaratæ sint in testamento & verbis imperatiuis per modum legis. Hæ verò donationes nec in testamento factæ sunt, nec pro eo habendæ acsi factæ essent, cùm & inter viuos factæ sint, & ab intestato quoque morte confirmētur, quo tamen casu successionis intestati certum est legata relinqui olim non potuisse, sed fideicommissa tãtùm *l.illud.13.§.1.l. vlt.& pass.D.de iur.codicill.* Debuit igitur Bartolus donationes istas æquiparare vt & donationes inter virum & vxorem de quibus in *d.l.in donationibus.12. C. ad leg. falcid.* fideicommissis potiùs quàm legatis.

Quam-

Quanquam ne hoc quidem bene. Nō.n. ideo confirmantur morte quod accedant ad naturam vltimarum voluntatum, vt vulgo malè creditur, sed è cōtraria ad naturam vltimarum voluntatum ideo accedere existimantur quod earum exemplo non nisi morte confirmantur. Dices fortasse parui aut nullius momenti esse hanc distinctionem, cùm idem videatur effectus esse confirmationis. Immo permagni momenti esse dico. Sicut & multum interest an donationes inter virum & vxorem simpliciter confirmatæ sint an verbis fideicommissi *l. ex verbis. 12. C. de donat. int. vir. & vxor.* Nam legata confirmantur per legem, fideicommissa per prętorem, donationes verò à patre in filiosfam. collatæ, neq; per legem confirmantur, quę cum seipsa pugnaret si confirmaret eas donationes quas illa ipsa infirmat nec patitur valere, neque per prętorem, quia non sicuti prętor fideicōmissarius est in eā vnam rem cōstitutus vt fideicommissa tueatur. Ita & prętor aliquis vnquam fuit ad cuius curam id pertineret vt huiusmodi donationes tueretur etiā postquàm morte confirmatæ essent. Proinde mortuo quoq; patre donatore licèt iam confirmata donatio sit, errat tamen quisquis existimat hoc ipso dominium rei donatę statim post donatoris mortē donatario acquiri. Remanet. n. in bonis & dominio hereditatis, non solùm quandiu iacet hereditas sed etiam postquā adita est, in id vsq; tēpus quo per officiū arbitri fam. ercisc. in diuidenda hereditate res donata adiudicetur donatario tanquam præcipua vt in *l. filia. cuius. 18. C. famil. ercisc. & in l. 2. C. de inoff. donat. l. cùm pater. 77. §. pater plurib. de legat. 2.* Cùm. n. adiudicatio esset olim modus acquirendi dominij etiam iure quiritium cuiq; locus esset tantùm in iudiciis familię ercisciundæ, cōmuni diuidundo, & finiū regundorū, vt ait Vlp. in *dict. tit. de acquisit. rer.* necessaria est in proposito, vt dominiū, quod alioqui neq; fuit translatū per traditionem factam à patre, neq; post mortem patris transferri potuit ex potestate legis, transferatur potestate adiudicationis. Alioqui non posset dici quando aut quomodo fieret dominus filius, quem traditio à patre facta dominū non fecisset. Replicabis secundū hanc sententiam nostram futurum vt ex donationibus inter virum & vxorem, quę itidē morte cōfirmantur, dominium transferri non posit, cùm pro eiusmodi donationib. adiudicatio nulla fieri posit, nullo in eam rem cōparato iudicio ex illis trib. in quib. proximè diximus adiudicationi locū esse. Ad quid verò proderit confirmari eas morte si dominiū ex iis transferri nunquam posit? Respōdeo hinc nimirū fuisse quod Papin. putabat orationē Diui Seueri de cōfirmandis inter cōiuges donationib. ad rerum duntaxat donationes pertinere, vt Vlp. refert in *l. Papin. 23. D. de don. int. vir. & vxor.* i. ad eas tantùm donationes, quæ per traditionem factę essent, quia nō videbat qua ratione posset fieri vt cōfirmaretur morte donatoris ea donatio, quæ factum aliquod requireret heredis à quo tamen nihil petitum fuisset, vt ex fideicōmisso cōueniri posset, ac pręterea qui ex persona defuncti donatoris nihil deberet, quia nec donator ipse quicquam debuit, quandiu vixit. At in donatione facta per traditionē facilius erat vt admitteretur cōfirmari eā donatoris morte, ꝙ eo casu videretur posse traditio illa sufficere ad dominiū donatario acquirēdū, facta iusta traditionis causa, q̄ in eū vsq; diē fuerat iniusta, nullo extrinsecus accedente facto heredis. Præsertim verò cùm Diui Seueri cōstitutio ad huiusmodi donationes cōfirmādas facta potestatem hanc traditioni tribuere videretur. Quid. n. aliud est ea Seueri oratione cōfirmari donationem factā traditione interueniente quàm

traditionẽ ipsã cõfirmari?Quid verò aliud req̃ri pôt,vt ex eiusmodi traditiõe per dominũ facta dominiũ trãsferatur, nisi vt traditio ipsa cõfirmetur? At de cõfirmãdis donationib.à parentib. in filios quos in potestate habẽt collatis, neq; oratio Seueri,neq; alia lex vlla locuta est,ac proinde quãuis traditio rei donatæ per patrẽ facta sit, quia tamẽ cõtra leges facta est, neq; vlla lege,sed tantùm morte ac silentio ipsa donatio cõfirmatur,nõ minùs est inualida traditio ad transferendũ dominiũ post mortẽ donatoris quàm eo adhuc viuo, nec idcirco tamẽ inutilis dici pôt cõfirmatio per mortẽ secuta cùm prosit ad inducendum officium arbitri familiæ ercisc. vt ea res quæ fuit donata & acquiratur per adiudicationẽ & pręcipua retineatur. Officium. n. boni arbitri est vt defuncti patris inter liberos voluntatẽ eã tueatur quã fuisse videt *l.filij.* 16.*l.vlt.& pass.C.fam.ercisc.* Videt autẽ eã fuisse quã pater declarauit per donationẽ quantũuis inualidã & iure nullã, cùm ex acta etiam nullo declaratur volũtas.*l.vlt.D.de reb.eor.qui sub tutel.l.*1.2.3.*& pass.D.de cõfirm.tutor.* Sufficitq; ei vt videat nullo cõtrario iudicio fuisse reuocatã, quãuis nec videat specialiter cõfirmatã *d.l.filia cuius.*18. *C.famil.ercisc.* Sed quæ volũtas sufficit ad extorquendam ab officio arbitri adiudicationẽ eadẽ sufficere non posset ad transferendũ dominiũ in donatariũ sine alicuius legis aut cõstitutionis quę legis vim habeat,potestate. Difficilius namq; est dominiũ transferre quàm eius transferendi occasionem prębere.Et ex hoc ipso fortasse illud quoq; factũ fuit,vt nulla lex aut cõstitutio lata sit de cõfirmandis huiusmodi donationib.à patre ĩ filiũfam.collatis,cùm ĩ ea.n rẽ officiũ arbitri familię ercifcũdę & adiudicationis auxiliũ satis esse crederetur. Nam vel ponim⁹ filiũfam. cui pater viuus donauerat institutũ fuisse ĩ testamento patris vel pręteritum vel exheredatum, vel deniq; patrẽ ipsum intestatũ decessisse. Si pater intestatus decesserit,non potest dubitari quĩ locus sit iudicio familiæ ercifcũdę, quippe quod locũ habeat tam ab ĩtestato quàm ex testamento *d.l.filij.d.l.vlt.& pass.* Si verò testatus quidẽ sit sed filium hunc pręterierit testamẽtum nullum est & perinde ac si factum non esset succeditur ab intestato, locusq; est iudicio familię erciscundę,& consequenter adiudicationi. Si verò filius hic exheredatus sit,sicuti à paterna successione arcetur ita & ab emolumento donationis illius quę & ab initio non valuit, & ex postfacto tantum abest vt confirmata sit vt expresso iudicio fuerit infirmata. Nam patrẽ qui filium nominatim exheredauerit & à successione tota etiam quę ex legib.debita videbatur repulerit,quis credat donationẽ in eundẽ collatam inutiliter & contra leges confirmatam voluisse?Itaq; nec vsucapiendi causa ex hac donatione prębebitur,nisi ratam eam habeat heres & ex quo die ratam habuerit *l.si pater.*4. *D.pro donat.* Si deniq; filius fuit institutus qui etiam in parte aliqua hereditatis meruerit iudicium patris ꝓpter qđ possit etiam coheredes ꝓuocare ad iudicium familię ercifcũdę,certum est dignum eum esse cui res quoq; donata pręcipua adiudicetur ex patris voluntate,licèt,in testãmento nihil dictum sit de donatione quã vtiq; probabiliter nemo dixerit reuocatã videri debere ob id solùm,ꝙ donatarius fuerit prætereà institutus. Nec est quod quis dicat saltem hodie confirmari huiusmodi donationes ex cõstitutione Iustin.in *l.donationes quas parẽtes.* 25.*C.de donat.int.vir.& vxor.* vbi Iustin.eas æquiparat donationib.inter virũ & vxorẽ quas diximus cõfirmari ex oratione Seueri.Nã vt docuimus in *Error.*3.*Decad.* 40.nihil noui ea cõstitutione induxit Iustin.in fauore donationũ à patrib.ĩ filiosfam.collatarũ.nec eas exæquauit donationib.inter virũ & vxorẽ nisi in eo quod neutræ valeant nec con-

firmentur morte, eo scilicet modo quo antea confirmabantur, si excedant summam quingentorum solidorum nisi actis fuerint insinuatæ.

ERROR TERTIVS.

De vsucapione rei donatæ filio à patre vel coniugi à coniuge.

INTERSERIMVS hanc quæstionem non solùm perelegans sit necdum bene fortassis tractata, sed etiam quia sine hac quæstione vix est vt quæ proximè disputauimus bene intelligantur. Extat. n. Pauli responsum in *l.1.§.1.D.pro donat.* Si pater filio quem in potestate habebat donauerit, deinde decesserit, filium pro donato vsucapere non posse, quia, inquit, donatio nulla fuit. Cui conuenit aliud Iul. respõsum in *l.2.§.versic.filiũ quoq;. D. pro hered.* vbi ex Seruio Iul. scribit filiũ nõ posse ꝓ herede vsucapere rẽ sibi donatam à patre. Adeóq; si à patre heres institutus sit ꝓ parte, res hereditarias à patre sibi donatas pro parte coheredũ nõ vsucapturum. Ex quib. locis Iacob. Cuiac. ꝓbari credidit donationes à parentib. ĩ liberos collatas qui sint in potestate, nõ cõfirmari morte patris solóq; ipsius silentio, sed requiri specialem supremi iudicij cõfirmationẽ vt possit cõualescere. Sic. n. ille ad *d. l.2.§ 1.pro here. & ad Paulũ lib.5. Sentent. tit.11.§.pater.* Qui tamen Pauli textus hãc sententiã euidenter cõuincit, Pauli namq; verba sunt si pater filiofam. aliq̃d donauerit & in eadẽ voluntate perseuerãs decesserit, morte patris cõualescere donationem. Tantum. n. abest vt requirat Paulus specialem cõfirmationẽ vt è cõtrario casum potiùs illum excludat quo specialis cõfirmatio interuenerit. Quæ sc. interueniente dicendũ esset nõ morte donatoris conualuisse donationem quomodo Paulus loquitur, sed voluntate illa speciali cõfirmatã esse: quę voluntas specialis necesse est vt sic vel legatum vel fideicõmissum vel donatio causa mortis vt in *l.cùm pater.77.§.pater filiæ.de legat.2.l.donationes quas parentes.25.C.de donat.int.vir.& vxor.* vel condicio posita in institutione vt in *l.pen.D.de collat.dot.* Nemo autem bene dixerit legata fideicommissa, mortis causa donationes, ipsas deniq; institutiones morte confirmari, saltem eo sensu quo dicimus huiusmodi donationes ab initio inualidas morte confirmari. Necesse siquidem est vt & legata & institutiones & cæteræ vltimę voluntates ab initio valeant, ad hoc vt moriente testatore per legem confirmẽtur, quia nec alias vltimas voluntates confirmat lex moriente testatore, quàm quæ ab initio valuerunt. Sed non potuit vir doctissimus videre, qua ratione possit verũ esse quod supradictis Pauli & Iuliani responsis negatur vsucapi post mortem patris posse rem donatam à patre, si admittamus donationes huiusmodi morte patris confirmari. Nam si confirmantur, quid attinet tractare de vsucapione rei per patrem donatæ, cuius dominium ex ipsa donatione iam fuerit acquisitum? An fortè id quod iam factum est donatarij per donationem morte confirmatam, magis ipsius fieri potest per vsucapionem? Nequaquam sanè *leg.in bello.12.§.& si ignorans.D.de captiu.& postlim.* Hęc autem obiectio tanti momenti visa est vulgaribus interpretibus, vt non dubitent superiores locos intelligendos esse de donata per patrem re aliena, & ad eum casum restringendos, quòd non possit locus esse quæstioni de vsucapione rei donatę à domino siue donatio ab initio valuerit siue ex postfacto confirmata sit, sed tunc tantùm cùm res aliena donata

est, cuius dominium ideo non potuerit translatum esse in donatarium. Ita enim vsuuenire solet, vt quib.casib.donatio à domino facta dominiũ trãsferre posset, iisdẽ si à domino facta nõ sit trãsferat vsucapiendi cõdicionẽ. Eãq; volũt fuisse ad locos illos dubitãdi rationẽ. Decidẽdi verò hãc, quòd ita demũ donatio à patre facta cõfirmetur morte patris, si facta sit de re patris nõ de aliena, quasi futurũ esset inutile sic ius constitui vt cõfirmaretur ea donatio, quæ prodesse nõ posset ad dominiũ transferendũ. Sed neq; hęc interpretatio ferri põt nõ solùm, quia nõ parua esset cõfirmationis vtilitas si vsucapiẽdi causam donatario pręberet, vt nemo non videt, quomodo & de donationib. inter virũ & vxorẽ disputamus, tùm etiã cùm res aliena donata est an valeat, nec dubitamus valere tãtũ abest vt cõfirmãdæ nõ essent si ab initio non valerẽt *l. sed etsi. 25. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sed etiã quia quod Paulus & Iulianus in supradictis locis tractãt nõ posse vsucapi rẽ quæ filiosam. à patre donata fuerit, ad eũ casum proculdubio pertinet quo etiã res patris nõ aliena sit donata. Vt cõstat ex eo, quod apud Paulũ sequitur De donatione inter virũ & vxorẽ, an ex ea posit sequi vsucapio. Respondet.n. cessare similiter vsucapionẽ, quòd tamen nõ alio casu verũ esse potest quàm quo fuerit donata res donatoris. Nã si vir vxori vel vxor viro rẽ alienã donasset, nõ dubitaretur vsucapionem statim posidenti procedere, quia statim donatio valuisset, per quã scil. pauperior factus nõ esset is qui donasset *d. l. sed etsi. l. 3. D. pro donat.* Adde quod Iulian. in *d. l. 2. in fin. D. pro hered.* loquitur disertẽ de donatis rebus à patre quę post patris mortẽ factæ sint hereditariæ, cùm ait filiũ à patre institutum res hereditarias à patre sibi donatas pro parte coheredũ vsucapere nõ posse. Ergo de reb. donatis quæ fuerãt patris nõ alienę: quia res quæ nõ fuisset patris, sed aliena viuo patre, nõ posset post ipsius mortẽ fieri hereditaria, nec pro vlla parte spectare ad coheredes filij cùm nihil posit esse in hereditate quod nõ fuerit in dominio defuncti, nisi ponas auctã esse hereditatem post mortem, nec rursum quicquã acquiri heredi per hereditatẽ, quod non fuerit hereditatis *l. 1. §. Scæuola. D. si is qui testã. liber ess. iuss. süẽt. l. cùm heredes. 23. D. de acquir. poss. §.* At neq; de portionib. duntaxat coheredũ tractare Iulianus debuerat si tractabat de aliena re donata: Nõ ob id solùm quòd vsucapio illa si locũ haberet non tã coheredib. noceret ad quos res nõ spectaret, quàm domino cuius res aliquando fuisset. Verùm etiam quia eadẽ quæstio tractanda erat de parte ipsius filij quæ de partib. coheredũ. An scil. pro ea parte posset filius vsucapere cõtra dominũ, perinde ac pro portionib. coheredũ cõtra coheredes. Cui quæstioni nõ potuit esse locus donata filio per patrem ea re quæ fuisset patris, quoniã eodem filio herede instituto nõ egebat vsucapione filius vt portionis suæ fieret dominus, cuius dominiũ ex causa hereditaria nactus fuisset. Ideóq; tãtùm de portionib. coheredum erat tractãdũ, an pro iis posset habere locũ vsucapio aduersus coheredes. Illa igitur duntaxat tollenda superest dubitatio quã diluere interpretes nõ potuerunt. Quid attineat quærere de vsucapione rei per patrẽ donatæ filio, in eadẽ voluntate defuncto patre, si ea donatio morte patris cõfirmatur. Respõdeo vel ex hoc maximè apparere quàm verum sit quod superiore capite dicebamus, huiusmodi donationes à patrib. in filiosfam. collatas silentio quidẽ & morte patris confirmari, sed ita tamen vt ea confirmatio non posit sola sufficere ad dominium transferendũ. Cõfirmãtur solo silentio & morte patris neq; specialis voluntas requiritur vt iam diximus ex Paulo *lib. 5. Sentent. tit. 11. de donat. §.*

uat.§.pater.& constat praetereà ex l. filia cuius. 18. *C.famil.erscisc.* vbi nihil aliud exigunt Imp. ad inducendam donationis à patre factæ confirmationem nisi vt contrarium voluntatis paternæ iudicium nullum probetur. Itémq; ex ipsa Iustin.constitutione in *l.donationis quas parētes.25.C.de donat.int.vir.& vxor.* vbi distinguit Iustin. an specialis aliqua donationis confirmatio facta sit an nulla, non vt dicat speciali confirmatione non interueniente donationem non valere, sed vt aliam distinctionem inducat. An donatio retrotrahenda sit ad id tēpus quo facta est an non. Vt si specialiter confirmata sit, retrotrahatur, sin secus non retrotrahatur. In quo non est quod putemus quicquam noui constitutum esse à Iustin.fauore huiusmodi donationum, quarum ius non solùm non ampliauit Iustin.sed etiam restrinxit hoc constituto vt quæ specialiter confirmatæ nō sunt nec aliter confirmentur morte quàm si vel non excedant summam legitimam, vel quæ excedunt actis insinuatæ proponantur: Quæ verò specialiter confirmatæ sunt eę non indigeant quidē insinuatione cùm defendantur iure vltimarum voluntatum, sed tamen non possint retrotrahi ad tempus quo factæ sunt quomodo propter specialem confirmationem retrotrahi possent si essent insinuatæ. Sed quãuis hæ donationes iam olim patris morte confirmarentur, non tamen erat statim consequens vt dominium ex iis transferretur statim post mortem patris in donatarium nisi adiudicatio quoq; secuta esset. Ideóq; etiam post illam confirmationem quæ morte patris facta erat, locus supererat quæstioni. An res quæ à patre sic donata esset, vsucapi à filio posset, si fortè non ita citò acceptum fuisset: inter coheredes iudicium familiæ ercifcundæ,& interim hanc rem sibi dōnatam filius per constitutum tempus possedisset. Aut etiã fortè si nulla esset causa iudicij familiæ erciscundæ inter filios accipiendi, patre ipso in vltima sua voluntate functo arbitri officio per diuisionem quã fecisset omnium bonorum suorũ nulla re indiuisa relicta vt in *l.si filia.20.§.si pater.D.famil.ercisc.* His.n.casib. vtrumq; verum est confirmatam esse patris morte donationem,& nihilominùs quæstioni de vsucapione locum fieri. Immò si subtiliùs inspicere volumus, necesse est confirmationem istã pręcedere vt de vsucapione queri possit. Nimis.n. certum esset,ac extra omnem omnino dubitationem nō posse pro donato vsucapionem sequi ex ea donatione quę nec ab initio valuisset,nec vnquam confirmata fuisset: Cùm vsucapio omnis & consequenter hęc quoq; pro donato requirat omnimodo titulum pręcedentem eúmque talem qui re vera sit non sola opinione vt scriptum est in *princ.d.l.1.pro donat.l.pen.& vlt.C.pro hered.* Sed ita supposito iure, vt hæc donatio morte patris fuerit confirmata, poterat eleganter & probabiliter dubitari, de vsucapione, an prodesse filio deberet ad acquirendum ei dominiũ, perinde atque per adiudicationem acquiri posset, si quis adiudicationi locus esset, cùm vsucapio & adiudicatio in eo conueniant, quod vterq; modus est acquirendi iure quiritium dominij, cúmq; non videatur posse dici nullã esse donationem quæ morte fuerit confirmata. Verùm placuit prudentib.illã cōfirmationem vsq; adeo ex se infirmã esse nisi officio arbitri adiuuetur vt nō modò inutilis sit ad dominij translationem inducendam, sed etiam ad initiũ vsucapioni dandũ, quia semper verũ est donationē nullam esse tũ quoq; cùm morte cōfirmata est, quoúsq; vires sumpserit per adiudicationem ab arbitro familiæ erciscundæ faciendam: Denique confirmationem illam ad aliud non prodesse nisi ad hoc vt officiú arbitri inducat arbitrúmq; mouere debeat vt

secutus patris voluntatem, quæ nunquam fuerit reuocata, rem donatam filio præcipuam adiudicet, quam vtiq; adiudicare nõ deberet si donatio morte patris confirmata non esset. Quis ergo iam ausit dicere ex donatione quæ patris morte confirmata sit, dominiũ acquiri filio, cùm ne quidem vsucapiẽdi condicio ex ea præbeatur? Quo admisso an non etiam optimè sequitur nõ capi eas nec iure donationum inter viuos, nec iure legatorum? Nã si eo iure caperentur vtiq; statim post mortem patris dummodo adita quandocunq; ipsius hereditate dominium filio donatario acquireretur, quod viuo patre quæri nõ potuisset. Nec cũ casum excipio quo retrotrahuntur ad tẽpus vitæ quo factæ. Nã cùm non alio casu retrotrahantur quàm quo confirmatæ sunt speciali aliqua voluntate, in eámq; rem aptissima sint verba fideicommissi vt constat ex *d. l. cùm pater. 77. §. pater filia. de legat. 2.* quis dicat verba fideicommissi posse facere vt donatio inter viuos quæ ab initio non valuit conualescat iure donationis inter viuos? Quòd si illud etiã mirere huius fideicõmissi potestate retrotrahi donationem cùm nec fideicommissum ipsum retrotrahi possit ad id tempus quo donator vixerit [siquidẽ fideicommissa omnia pertinent ad vltimas voluntates quib. omnib. commune illud est vt non nisi ex die mortis sumant effectũ] scire debes non alia ratione fieri hanc retroactionem, quàm ꝙ pater qui donationem à se factam filio verbis fideicommissi confirmat, id apertè agat vt conferat in fideicommissum quicquid venisset in donationem vel in donationis consequentiã si donatio ab initio valuisset. Atqui partus editi & fructus percepti ex re donata post donationẽ peruenissent ad donatarium si valuisset donatio, nec si matres ante donatorẽ periissent idcirco partus ex iis editos & iure dominij donatario acquisitos restitui donatori eiusve heredibus oportuisset. Ergo neq; restituendi erunt, quamuis donatio non valuerit ab initio si modò confirmata sit verbis fideicommissi. Eáq; Pap. sententia & ratio est in *d. §. pater filia.* Ex quo concludimus donationes istas à patrib. in filiosfam. collatas propriam & singularẽ habere naturam à donationib. inter viuos & ab vltimis voluntatibus adeóq; à donationib. ĩter virum & vxorem quib. tamen similiores videntur differentem. Differunt à donationib. inter viuos, quoniã donatio inter viuos non solùm valet, sed etiam irreuocabiliter, ita vt si eius reuocandæ potestatem sibi donator retineat non possit dici inter viuos donatio *l. 1. D. de donat. l. vbi ita. 29. D. de mort. caus. donat.* Donatio autẽ à patre in filiũfam. collata non valet ac quod est consequens pro arbitrio reuocari potest & quocunq; voluntatis indicio etiam per solã exheredationẽ *l. 4. D. pro donat.* Et tamen hoc habet à donatione inter viuos vt egeat insinuatione qua nec vltimę voluntates egẽt, nec donationes causa mortis, tanquã ad naturam vltimarum voluntatũ propiùs accedentes *l. vlt. C. de donat. caus. mort.* Rursus in quo similis est donationi inter viuos, ĩ eo ipso distat ab vltimis volũtatib. & quod magis est etiã à donationib. causa mortis, cum quib. tamẽ illud cõmune habet quod & donatio est & morte confirmatur, quod vtrunque propriũ est donationis causa mortis. *l. nõ videtur. 32. D. eod.* Et sanè si qua species vltimæ voluntatis esset cui donatio à patre in filiumfam. collata æquiparari posset, ea potissimùm esset donatio causa mortis. Et tamen non magis verum est donationem hanc valere iure donationis causa mortis quàm iure legati. Alioqui nullo egeret adminiculo arbitri fam. ercisc. quo nec indigent legata quæ per legem duodecim tabularũ cõfirmantur, nec donationes causa mortis quoniam ad exẽplũ legatorũ capiuntur *l. Marcel. 15 l. etsi debitor. 17. l. illud. 37. eod. tit. de mort.*

*cauſ.donat.§.1.Inſt.*de donat nec deniq; fideicōmiſſa quæ licèt ſui natura sūt omniū infirmiſſima,vires tamē ſumūt ex tuitione & iuriſdictione prætoris.

ERROR QVARTVS.

Si à patre vel à coniuge donata ſit res aliena.Et ad l.2.§.1.D.pro hered.l.1.§.vlt.D.pro donat.

QVID igitur dicemus ſi pater filio quem habet in poteſtate donauerit rem alienam? Apparet ſatis ex ſupradictis nō eo magis futurum vt vſucapioni locus eſſe poſsit.Nō quia donatio morte non ſit confirmata vt vulgo putant, ſed quia etiāſi pater rem ꝓpriam donaſſet, quo caſu eſſet confirmata morte donatio,nihilomagis tamen prodeſſet ad cauſam vſucapionis vt ꝓbauimus.Abſurdū autē foret maioris eſſe poteſtatis donationē rei alienæ quàm eius rei quæ fuiſſet propria donatoris. In quo rurſus alia ratio eſt donationis īter virū & vxorē,q̄ ſi facta ſit de re propria donatoris non valet ab initio,egétq; cōfirmatione. Si verò de re aliena valet,tanquā q̄ non faciat donatorem pauperiorē. Eas nāq; ſolas donationes īter cōiuges nō valere certū eſt q̄ & donantē faciunt pauperiorē & accipientē locupletiorē. *d.l.ſed etſi.25.de donat.int.vir.& vxor.* At donationē īter patrē & filiūf. nō ea ratio impedit ꝙ pater donādo fiat pauperior, ſed illa quod īter patrem & filiū ciuilis obligatio cōſiſtere nulla poſsit q̄ ratio perīde locū habet ſiue ſuam rem pater donauerit,ſiue alienā.Sicuti autem filius rem ſibi à patre donatā ſiue patris fuerit ſiue aliena pro donato vſucapere nō poteſt,quia nulla donatio eſt[ideoq; nimirū Paulus poſtquam Principium illud propoſuit. Pro donato vſucapere illū duntaxat poſſe cui donationis cauſa res tradita eſt, nec ſufficere opinari,ſed & donatū eſſe oportere, ſubiicit de filio cui pater donauerit,& negat vſucapioni locū eſſe,quia donatio nulla fuit *d.l.1.D.pro donat.*] Ita nec ſi heres à patre īſtitutus ſit vſucapiet pro herede, quia ſibi mutare cauſam poſſeſsionis nō pōt nec facere vt quod ab initio poſſedit pro donato & quandiu pater vixit, incipiat poſsidere pro herede poſt mortem patris. Nam quod vulgo dici ſolet,neminem poſſeſsionis cauſam ſibi mutare poſſe nō ad eam tantùm poſſeſsionem pertinet quæ ciuilis eſt quam proculdubio filius ex paterna donatione quam iꝰ ciuile improbat nanciſci nō potuit,ſed etiam ad naturalem quæ tota ex facto æſtimatur,& quam dubitandum nō eſt acquiri per traditionem,quantūuis iure nullam & inualidam, quia res facti,qualis eſt poſſeſsio infirmari iure ciuili non poteſt *l.Pōp.35.D.fam.erc.l.1.§.ſi vir vxori.D.de acq.poſſ.*Idq; eſt quod ſentit Iul.in *d.l.2.§.1.D.pro her.*vbi poſteaq̄ dixit nemini permittendū vt mutet ſibi cauſam poſſeſsionis ne q̄dem naturalis. Infert ex eo prīmū neq; colonū neq; eū apud quē res diſpoſita aut cui commodata eſt lucri faciēdi cauſa pro herede vſucapere poſſe.Deīde filium quoq; donatā rē & patre non poſſe vſucapere pro herede. Idq; iā antè Seruiū ſcripſiſſe, qui ſc.exiſtimabat naturalē poſſeſsionem penes eū fuiſſe viuo patre,quib.verbis innuit Iul.non idē prudentib.omnib.viſum fuiſſe cùm pleriq; exiſtimarent eā donationem & traditionē q̄ cōtra leges fieret aut ſaltem iure facta non eſſet nullū prorſus effectum habere debere ne quidē ad transferēdā naturalē & corporalē poſſeſsionem.Ad quod etiam reſpiciēs Paulꝰ in *d.§.* ſi vir vxori ita ſcribit vt dicat pleroſq; putare ſi vir vxori cedat poſſeſsione donationis cauſa vxorē poſsidere.Ergo nō oēs idē putauerūt,quāuis ī cōiuge cui res donata eſſet à cōiuge

minorē dubitationē hoc haberet, quā ī donatione facta filio per patrē, quia vt ibidem ratiocinatur Paulus, quid attinet dicere mulierem non possidere, cùm maritus vbi noluit possidere protinus amiserit possessionem: nec enim potest videri per vxorem posſidere quam non habeat in poteſtate. At cùm pater filiofamilias donauit poſſet dici non deſiiſſe patrem posſidere quod filio tradidit, ſed per ipſum filium, quandoquidem etiam per filium fam. non minùs quàm per ſeruum poſſeſſio acquiri poſſet *d.l.1. §. item acquirimus, l. 4. eod.* quanto igitur magis retineri? Seruij tamen ſententiam quam Iulianus prodat *in d.l.2.§.1. pro hered. & in l.1. in fi. pro dona.* probauit etiam Papinianus *in d.l. Pomponius.* Nec malè, quia poſſeſsio naturalis tota facti eſt, nec quicquā ex iure mutuatur, cùm à iure ipſo improbatur *d.§. ſi vir vxori.* quamuis in ea quæ naturalis quidem tantùm, ſed tamen iuri conſentanea eſt, vt quam fructuarius habeat, aliud reſponderit idem Papin. *in l. poſſeſsio. 49. iunct. l. naturaliter. 12. eod. tit. de acquir. poſſ.* Cætera quæ hîc poſſent dici de donatione inter coniuges ad interpretationem *d.l.3. D. pro donat.* petenda ſunt ex iis quæ ſcripſimus *lib. 7. coniect. c. 13.* vbi oſtendimus in eius quoque loci interpretatione multa peccare interpretes noſtros & veteres & recētiores, quæ hic nolumus inculcare. Dicendum tantum aliquid eſt de ſententia Pauli *in d.l.1. §. vlt. eod. tit. pro donat.* Nam quod diximus & probauimus capite præcedente locum illum neceſſariò accipiendum eſſe de facta inter coniuges donatione rei propriæ non alienæ, quoniam aliena re ſic donata, vt non poſſet videri ex ea donatione pauperior effectus donator, ſtatim vſucapio procedere inciperet, dubitationem recipere videtur ex eo quod Paulus vbi generaliter ſcripſit ſi inter virum & vxorem donatio facta ſit ceſſare vſucapionem, idémque eſſe ſi vir vxori rem donauerit & diuortium interceſſerit idque & Caſsium reſpondiſſe ratione illa quòd non poſsit cauſam poſſeſsionis ſibi ipſa mutare, ſubiungit in hæc verba *aliàs ait poſt diuortium ita vſucapturam ſi eam maritus conceſſerit quaſi nunc donaſſe intelligatur.* Quid enim eſſet propter quod de rei vſucapione tractari oporteret ſi maritus rem propriam donaſſet vxori poſt diuortium? An non valeret eo tempore facta donatio, quæ prohibita nō eſt niſi inter coniuges? Valeret vtique. Nam & quæ conſtante matrimonio facta eſt valet ſi conferatur in id tempus quo matrimonium ſit diſſolutum, vt euenit in donationibus cauſa mortis *l. ſi eum. 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sicut è contrario quę facta eſſet ante nuptias non eo magis valeret ſi collata eſſet in tempus nuptiarū *l. 4. C. de donat. ant. nupt.* Et tamen Caſſius putabat, quod & Paulus probat vſucapioni locum fore ſi poſt diuortium maritus vxori rem conceſsiſſet, quaſi tunc donaſſe intelligeretur. Negabat igitur ex ea conceſsione dominium in mulierem tranſlatum eſſe, quod ſi eſſet trāſlatum, nullus vſucapioni locus relinqueretur. Ergo, inquiunt interpretes, donata erat res aliena non quæ fuiſſet donatoris, quoniam ex donatione rei propriæ donatoris facta poſt diuortium fuiſſet dominium tranſlatum. At reſpondeo Paulum eo loco tractare quidem de re donata quæ propria erat donatoris, & poſt diuortium conceſſa, ſed non de re poſt diuortium tradita, quę cùm iam eſſet tradita conſtante adhuc matrimonio, vt ex ea apparet quod Paulus ait non poſſe mulierem poſt diuortium mutare ſibi cauſam poſſeſsionis, non potuit iterum tradi poſt diuortium, niſi poneres, quod lex non ponit, fuiſſe ab vxore reſtitutam marito. Neque verò lex ait fuiſſe hanc rem mulieri traditam poſt diuortium, ſed conceſſam: quod longè diuerſum eſt. Conceſsio enim nihil ſignificat, niſi voluntatem mariti conſentientis poſt diuor-

tium vt mulier eam rem quam ex inutili donatione sibi traditam naturaliter possidere cœpit, retineat, Quam voluntatẽ nihil vetat nudam esse, id est traditione quoq; destitutam. At traditio non illã voluntatẽ nudam significat, sed factum ipsum translatæ possessionis, quod factũ interuenire necesse est, vt dominiũ transferatur. Deniq; nuda concessio sine traditione dominiũ nõ transfert, quod neq; nuda traditio transferret *l. nunquam nuda*.31. D. *de acq. rer dommin*. Sed tamen si concessionẽ traditio præcesserit, vt in casu nostro, cõcessio quæ nõ prodest ad dominij translatonẽ prodest ad inducendã vsucapionem, purgato scilicet vicio donationis quæ nõ valuerat, quòd facta esset inter virũ & vxorẽ. Nã ad purgandũ vitiũ donationis sufficit volũtas illa sola, quæ tamẽ non põt sufficere ad dominiũ transferendũ, quia noua traditione opus est, vt per traditionem acquiratur dominium cùm prior traditio nõ valuit, nõ ẽt vt vsucapiẽdi causa præbeatur, quandoquidẽ iuncta cũ vsucapione traditio plus debet posse quã traditio sola: quamquã hoc casu nõ ex traditione transfertur dominiũ, sed ex vsucapione, quę ob hoc ipsum necessaria est, quòd nõ potuerit dominiũ transferri ex ea traditione, quæ non valuerit. Generale namq; ac perpetuũ est vt traditio quę tunc cùm fit non valet ad dominiũ transferendũ, nunquam transferre dominiũ ex postfacto queat nec si noua interueniat voluntas trãsferendi, quia non nuda volumtate, sed traditionibus tãtũ aut vsucapionib. dominia transferuntur *l. traditionibus*. 20. *C. de pact*. traditio aũt facti est nõ iuris aut volũtatis *l. consi. 6. §. vlt*. D. *de curat. furios*. Nisi legis autoritas interueniat aut alia iuris constitutio quę habeat vim legis, vt euenit in donationibus inter virũ & vxorẽ, quę ex Seueri oratione sic confirmãtur, morte, vt qũauis traditio neq; ab initio valuerit quæ contra ius facta est, neq; postea noua vlla facta sit, ipso tamen iure acquiratur donatario res donata, post confirmatã donatoris morte donationẽ, perinde acsi testamento datũ & legatũ esset quod reuera fuit donatũ, vt ait Vlp. *in l. cũ hic status*. 32. §. 1. D. *de don. int. vir. & vxor*. Aliterat q; si donatio inter virum & vxorẽ ab initio inualida verbis testamenti conuersa esset in causam fideicommissi vt eleganter scriptum est *in l. ex verbis*. 11. *C. de donat. int. vir. & vxo*. Lex enim non minùs est modus transferẽdi iure Quiritium dominij quã traditio & vsucapio vt est apud eundẽ *Vlp. tit. 19. de acqu. rer*. nec proinde indiget adminiculo vllo vel traditionis vel vsucapionis. Cùm è contrario tã traditio quã vsucapio egeat adminiculo legis ad trãsferendum dominiũ, saltẽ quiritiarium. Hoc nãq; addendũ est, vt excludan. us causã dominij bonitarij, ꝙ vtiq; acquiri potest per traditionem etiã quæ legis autoritate non adiuuetur, sed iurisdictione tantũ prætoris vt ita speciei *l. si finita*. 15. §. *Iul. scribit*. D. *de dam. infe*. vbi ob hanc causam scriptũ est eũ qui iã à prætore factus sit dominus scil. bonitarius ex quo iussus est sibi possidere ex causa dãni infecti, incipere vsucapere, vt dominium ẽt quiritiariũ acquirat. Vt' ꝓinde minùs videri mirum debeat, ꝙ ẽt post cõcessionem q̃ maritus vxori fecerit soluto iã per diuortiũ matrimonio, eius rei quam eidem ante diuortium donauerat, adhuc de vsucapione tractamus cum Paulo *in d. l. 1. §. vlt. pro don*. quia tandiu potest vtilis esse vsucapio quandiu dominium quiritiarium quęsitum nõ fuit: multo magis necessaria videri debet tredũ vtilis ei qui nec bonitarium quidem dominium sibi acquisiit ex inutili & imꝓbata donatione. Dominium namq; bonitarium licèt iuris ciuilis potestate non indigeat, vt possit vel transferri vel acquiri, in quo differt à quiritiario, nunquã tñ ex ea traditione põt acquiri cui ius resistat. Maior .n. ad impediendũ potestas est iuris resistentis, quàm concurrere duntaxat nolentis.

ERROR QVINTVS.

De Papiniani & interpretum distinctione circa donationem inter coniuges morte confirmandam.

AGENDVM nobis erit hoc capite humaniùs cumpragmaticis & interpretib. nostris qui Papin.erroris sui autorem laudāt & assertorem. Distinguebat enim Papinianus quomodo & illi distinguunt an donatio inter virū & vxorē facta esset per traditionē an per stipulationē,quibus tātùm duobus modis fieri olim poterat donatio cùm nondum esset inductum quod postea Iustin.constituit in *l.si quis argentū.35.§.sed etsi quis. versi. sin verò.C.de donat.*vt ex nudo pacto donationis agi posset. Si donatio per traditionē facta esset nō dubitabat Papin.quin mortuo donatore in eadē volūtate donatio ex diui Seueri oratione cōfirmaretur sed si per stipulationē puta cū vxori stipulāti maritus donādi animo spopōdisset,nō putabat cōueniri posse ex ea stipulatione heredē mariti,tametsi durāte voluntate maritus decessisset,vt Vlpian.refert in *l.Papin.23. D.de donat.int.vir.& vxor.* Hanc ipsā distinctionē secuti ad eū locū interpretes negant morte donatoris cōfirmari donationes per stipulationē factas,sed eas tantùm etiā hodie cōfirmari volunt quæ perfectæ sint per traditionem teste Didac.Couarr.*in 3.part. rubr.de test am.num.3.* Cuius distinctionis rationem nec adferunt nec quærūt, contenti autoritate Papiniani,qua nos etiam contenti essemus si non pugnaret contra Papin.autoritas aliorum prudentum,itémq; Imp. Video enim idem Vlp. in *l.cū hic status.32.§.siue aūt.23.eod.tit.*generaliter scribere siue res fuit quę donata est siue obligatio remissa posse dici donationē effectū habiturā,& generaliter vniuersas donationes quas antea impediri dixerat ex oratione valere.Dixerat autem in *l.3.§.secūdū.eod.tit.*siue corpus traditū sit traditionē nihil valere siue stipulāti promissū sit vel acceptolatum nihil etiā valere promissionē nec acceptilationem,quòd ipso iure nullius momēti sint quæcūq; inter virū & vxorē donationis causa geruntur.Sed & in *l.si stipulata.33. in prin.eod.tit.*idē Vlp.ait si mulier annuū stipulata fuerit, id quidē ex stipulatu petere illā cōstāte matrimonio nō posse:Sed si manēte matrimonio decessisse maritus proponatur posse dici stipulationē ex sēatuscōsulto cōfirmari *quia*,inquit,*in annuo quoq.donatio vertitur.* Quæ ratio apertè refellit sentētiā Accursij respōdētis speciale hoc esse in annuo,cū è cōtrario appareat itaVlp. respōdisse nō ꝙ de annuo quęreretur,sed quia in annuo quoq; donatio verteretur.Sicut & illud improbabile est quod idē Accur.& post eū cęteri respōdēt ad *d.§.siue aūt.* tractari eo loco de donatione liberatoria quæ fauorabilior sit,& esse debeat quā obligatoria,cùm nihil potuerit Vlp.scribere generalius, quā ꝙ scripsit illis verbis.*Et generaliter vniuersa donationes quas impediri diximus ex oratione valebūt.* Quod cū Vlp. scribat quasi nō tā ex sua quā ex receptissima iā tū opinione prudētū,facile est intelligerePapin.distinctionem ab interpretibus nostris probatam à cæteris prudentib. receptam nunquam fuisse. De quo ne possimus dubitare facit etiā rescriptum Imp. Alex. nō ad Papinianum sed ad Papinianā fortassis Papiniani ipsius filiam in *l.2.C. de dot.caut.non num.* vbi scriptum est,quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotē adscripsit,si eandē donationē legitimè.i. siue traditione siue stipulatione interueniēte cōfectā nō reuocauit maritus ꝗ incremētum doti dedit,& durāte matrimonio mortē obijt,ab heredibus mariti

quate-

quatenus liberalitas interposita munita est peti posse. Ex quibus postremis verbis illud etiam refellitur quod nostri vt adeò apertam obiectionem effugiant respondere solent agi eo loco de donatione quę fuerit per traditionem perfecta. Nam pręter id quod nihil aliud lex requirit, nisi vt donatio quæ nō fuit reuocata, legitimè cōfecta sit, conficitur verò legitimè nō minùs quę per stipulationē fit quā quę per traditionē, vt nec Accurs. ipse ad eum locū dissimulare pōt. Illud etiā apparet si donatio in ea specie per traditionē facta fuisset, futurum vt debuisset Imp. mulieri prospicere aduersus heredes mariti in eadem volūtate defuncti non per actionem, sed per retentionem. Neq; verò petitioni vlli locus esse potuisset, cùm donationis per traditionē factę confirmatio eā vim habeat, vt res donatę & traditę fiāt ipso iure illius cui donatum fuit, defuncto qñcunq; donatore *d.l.cū hic status*.32.§.1. vbi quod scribitur, *vt & ipso iure res fiāt eius cui donata sunt & obligatio sit ciuilis*, vtrāq; donationis speciem cōprehendit, & eā quę per traditionem perfecta sit, & eā quę per stipulationē & vtriusq; confirmationem fieri per mortem donatoris probat nō obscurè. Nā sicuti nō potuit oratio D. Seueri facere, vt res donatę fierent ipso iure donatarij nisi eo casu quo traditio interuenisset, ita facere debuit vt si nulla traditione interueniēte donatio per stipulationē dūtaxat cōfecta esset obligatio ciuilis contraheretur, ex qua nasci darìq; posset actio ad effectū donationis cōsequendū. Nec sanè video quid aut quib. verbis hoc ipsum quod volumus exprimere Vlp. potuerit apertiùs, aut etiā Alex. in *d.l.2.C.de dot.caut. nō num.* vbi cū loquatur de dote quā maritus adscripserit, ostendit satis non tā traditione quàm scriptura factā fuisse donationē, quod & titulus ipse probat. Est enim non de dote tradita, sed è cōtrario de dote cauta nō numerata, id est nō tradita. Quid ergo interpretes omnes præcipites egit, vt tanto cōsensu amplexi fuerint Papin. distinctionē? Hoc vnum scil. quod eam ab Vlp. non tantū relatam, sed etiam probatā fuisse putant *in d.l.Papin.* secuti vulgatam lectionē quę sic habet *Papin. rectè putabat*. Cùm tamen verissimū sit Papin. sententiam eo loco referri tantùm non etiam probari, & ex interpretum veterum errore dictionem illam *rectè* in textum irrepsisse, vt à nobis probatum est ex ipsius quoq; Accurs. glossemate *lib.2.C.bsett.cap.7.* Qua sublata manifestum fit eam Papin. sententiam non solùm non probari, sed etiam sic referri quasi quę iam tum explosa esset, alioqui scribendū erat *Papin. putat*, non quomodo scriptū est *putabat*. Nec minùs improbabile est quod quidā putāt duplicē fuisse orationē De cōfirmādis donationib. inter virum & vxorē. Vnā minùs plenam quę facta fuerit ante tēpora Papin. aliam posteriorem quę Papin. fuerit incognita. Quam sententiam à Duareno primùm inductam nos & commentitiam, & falsam esse probauimus supradicto Coniecturarum loco. Illud operæ precium est quærere quam rationem habuerit Papin. ita vti dictum est distinguendi. Neq; n. tantum Iurecōsultum tam facilè ac temerè quàm si ex Doctorib. nostris fuisset errāsse credendum est. Mouebant eum primùm verba illa orationis, ***Heredem verò eripere*** ab Vlpiano relata in ***d. l. cùm hic status. §. ait oratio.*** Eripiendi namque verbum quo vsa est oratio supponit rem donatam esse penes donatarium, quod non aliter fieri potest, quàm si facta sit donatio per traditionem. Sed ratio hæc valde leuis esset, parùmque digna Papiniano, si non adiuuaretur. An non enim eripit liberalitatem donatoris heres, tùm quoque cùm donationem stipulatione interueniente factam non vult ratam habere? Credibile est illa etiam ratione iuris

notũ fuisse Papin. quã attigimus in Dec. huius Err. 2. ꝙ donationes istæ inter virũ & vxorẽ inter viuos factæ, non possunt heredem obligare tãquã heredẽ & ex persona defuncti, cùm defũctus ipse quãdiu vixit nullomodo ex ea donatione fuerit obligatus, Huic enim consequens est vt vel facto aliquo heredis opus sit ad eũ obligãdũ, vel vt nullomodo obligetur, Obligari autem ex suo facto non potest quin promittat illud ipsum, ꝙ defunctus promiserat, ꝙ tamen vt inuitus promittat, nulla iuris arte cogi possit. Quod nõ similiter dici potest facta per traditionem donatione, quia tunc nullo heredis facto indiget donatarius vt donationis in se collatæ effectum cõsequatur, cùm ei sufficiat quod rẽ iã habeat penes se ex traditione sibi facta per donatorem, nec heredi donatoris permittatur vt ipsi eã aufferat, & vt loquitur oratio, eripiat. Est enim multo facilius, vt prohibeatur heres ne quid faciat præsertim cõtra supremam decessoris sui volũtatem, quàm vt ad aliquid faciendũ obligetur. Deniq; ad confirmãdã donationem & implendam quæ per traditionẽ facta sit, solo heredis non facto opus est. Ad eam verò confirmandam quæ per stipulationẽ cõtracta sit, etiam facto ipsius opus est. Verùm hanc quoq; Papiniani rationem illud perimit, quod cęteris prudẽtib. placuit sic interpretãdi orationem vt donationes istæ eo iure censeantur, quasi testamẽto cõfirmatũ fuerit id quod donatũ est, quomodo loquitur Vlp. *in d. l. cùm hic stat. 32. §. 1. in fi.* Quod ego sic accipio vt ex oratione Seueri vim habeãt legatorũ magis quàm fideicom. Nõ ob id solùm quòd alioqui non posset fieri vt dominium rei donatę ipso iure acquireretur donatario [quod tamẽ ab Vlpiano traditur in *d. §. 1.*] cũ infirmiora sint & debiliora fideicom. quàm vt effectũ vllũ ipso iure habere possint, quippe quę iuri sunt incognita nulloq; iuris vinculo cõtinẽtur, vt sępius diximus, Sed etiam quia si caperẽtur ad exẽplum fideicom. potiùs quàm legatorũ, nõ erat cur Vlp. diceret habendas eas pro confirmatis testamento cũ fideicom. ẽt ab intestato relinqui possint, nõ etiã legata. Et sanè cùm accedãt proximè ad donationes causa mortis in eo, quod & donationes sunt & morte cõfirmãtur, nihil causæ est cur non debeant æquiparari legatis potiùs quàm fideicõmissis, quoniã & donationes causa mortis legatorũ nõ fideicõmiss. iure capiũtur *l. Mar. 35. l. etsi debitor. 17. l. illud. 32. D. de mor. caus. don.* Nec est cõtrarium quòd ait *l. in donat. 12. C. ad legẽ falcid.* in donationib. inter virũ & vxorẽ falcidiã ideo locum habere, quòd fideicõmissi partibus fungãtur. Id. n. ita scribi potuit & debuit cùm de lege falcidia ex his donationib. deducenda traderetur, vt appareret ex ijs falcidiã deduci non tãtùm eo casu quo factum esset testamentum, sed etiam cùm ab intestato succeditur postquàm placuit legem falcidiam ad legitimas quoq; successiones protrahi propter fideicommissa, quæ scilicet ab intestato relinqui possunt, non etiã legata *l. filiusfa. 18. D. eod. ad leg. falcid.* Neq; rursus nouũ est nomina ista legatorũ fideicõmiss. & donationũ causa mortis promiscuè accipi vt in lege Iulia Papia legati nomen etiã pro fideicommisso & donatione causa mortis accipi prudentes voluerunt *l. & fideicommissum. 87. de legat. 3.* In eoq; mirum est ius donationum istarum, quæ inter coniuges fiunt, quòd quamuis iure legatorum capiantur, & ac si testamento confirmatæ essent, tamen ab intestato quoque valent. Quid. n. non potuit facere lex ad dominiũ trãsferendũ cùm sit ipsa rerũ omniũ & domina & regina? *l. 2. D. de legib.* Quod verò per legẽ fieri potuit quidni etiã fieri potuit per similẽ legi cõstitutionem, i. per senatuscõsultũ, itemq; per orationẽ Imp. supra leges omnes cõstituti? Nã etsi voluisset Imp. facere vt ex causa fideicõm. dominiũ ipse iure trãsferretur, proculdubio

potuisset, sicut & à Iustiniano tandem hoc ipsum factum est per exęquationem legatorum & fideicommissorum in omnibus, dataque vt non minùs fideicōmissariis quàm legatariis tanquam dominis directa vindicatione. *l.1.C. cōmun. de legat.* Sed & illud magis mirum est quod huiusmodi donationes inter virum & vxorem valent etiamsi donator decedat sine herede. *l.1.C. de dom int. vir. & vxor.* quod secus est non tantùm in legatis, sed etiam in donationibus causa mortis. Vt dicemus in *Err.5. Decad.45.* Nihil.n. aliud requirit oratio Seueri nisi vt donator decesserit in eadē voluntate, quod euenit, & euenisse certum esse incipit, eo adhuc viuo tunc scilicet cum moritur, ac proinde priusquàm quæri possit, an heredem habeat necne. Falsa igitur semper fuit Papin. hac in re sententia, & consequenter falsissima interpretum distinctio, quāuis tam in foro quàm in scholis recepta, quę orationem Seueri de donationib. inter virū & vxorem morte confirmandis coarctat ad eas quę per traditionem factæ sunt, & cæteras per stipulationem perfectas patitur infirmas remanere. Contraria.n. opinio quam nos tuemur non solùm Vlp. assertorem habet, sed etiam Imp. Alex. in *d.l.2. C. de dot. caut. nō numer.* quem nihil nisi cum 50. iurisperitorū consilio vnquam rescripsisse referunt ij qui de vita eius scripserunt. Est etiam fauorabilior, quia & oratio illa Seueri De cōfirmandis donationibus coniugum, pro fauorabili semper habita est, ideóq; facilè protracta etiam ad alios casus quàm de quib. expresśim fuerat locuta. Itaq; cùm de iis rebus nominatim scripta esset, quas maritus vxoris nomine cōparasset, vt innuit Vlp. in *d.l. cùm hic status. §.1.* placuit trahi eā ad alias quoq; omnes donationes *d.§.1.* Item si sponsus sponsæ donauerit collata in matrimonij tēpus donatione, quo casu donationem non valere certum est, quamuis nō inter virum & vxorē facta videatur, & verba orationis minùs sufficiant, placet tū hanc quoq; donationem ad orationis sententiam pertinere, vt si durauerit voluntas vsq; ad mortem donatio confirmetur. *d.l. cū hic status. 32. §. si spōsus. 22. eod.* Debuit ergo tam fauorabilis constitutio adiuuari per interpretationē, non vt à Papin. & interpretib. nostris factum est captata ex verbis occasione restringi. *l. cū quidā. 19. D. de lib. & post. l. hoc modo. 64. in fi. D. de códic. & demōst.* Ad rem verò non pertinet Iauoleni responsum in *l. si is seruus. 20. D. de don. int. vir. & vxor.* quo Didac. Couarr. supradicto loco mouetur. Non.n. ibi negatur confirmari ex oratione Seueri eas quoq; donationes quę factæ sunt per stipulationem. Etsi nō nego fuisse in ea specie necessarium, vt donatio facta esset per traditionem, quia stipulatione interposita per seruum donatum nō potuisset acquiri mulieri donatarię etiam confirmata donatione, nisi iure dominij *Instit. per quas pers. oblig. nob. acquir.* dominium autem certum est non magis per stipulationem acquiri posse quàm per nudum pactum, sed tantum per traditionem. *l. traditionibus. 20. C. de pact.*

ERROR SEXTVS.

De tribus casibus in quibus vult Bartolus donationem simplicem filiofamilias à patre factam conferendam esse. Ac primùm de primo.

BArtolus in sua illa distinctione quā agitamus circa bonorū profectitiorū collationem ad *d.l.1. §. nec castrense. D. de coll. bon.* postquā dixit donationā simplicem à patre in filiumfam. collatā cōfirmari morte patris, & tūc assumere vires legatorū, quod postremū nos reputauimus in præcedentibus, subiungit, *& incipit quæri filio post mortē patris, ideo non venit in collationem vt l. à patre, & l. ea demū C. eod. & infr. eadē.*

§.si ab ipso. Quod ait, huiusmodi donationem non queri filio nisi post mortẽ patris verum quidem est sed non eo sensu quo verum esse ille credidit. Nam cùm prius dixisset donationem hanc assumere vires legati, haud dubiè sic intellexit acquiri eam donatario post mortem patris, vt statim post mortem & ipso iure acquiri voluerit, quomodo & legatũ acquireretur, ꝙ falsum est. Acquiritur. n. post patris quidẽ obitũ sed non statim nec ipso iure, vt non tãtùm legata, sed etiã donationes inter virum & vxorẽ acquirerentur, *l. cùm hic status. 32. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* At per adiudicationem faciendã officio arbitri familiæ erciscundę *l. filia cuius. 18. C. fam. ercisc. l. 2. C. de inoff. don. l. cùm pater. 77. §. pater plurib. de leg. 2.* Quod verò addit idẽ Bart. tanquã cõsequens, *ideo non venit in collationem*, etsi verũ quoq; est, malè tamen ex pręcedẽtib. infertur. Nã donatio simplex cõferenda quidem non est, in eóq; cum Bart. sentio. At nõ ratione illa ꝙ nõ valeat nisi post patris mortem [nã si valeret ab eo tempore quo fit vt iam inde viuo patre tanto minùs esset cõferẽda, cũ donatio simplex quæ ab initio valet multo minùs quàm, quæ nõ valet cõferatur si nõ expressè dictũ sit *l. illud. 20. in fin. C. de coll. l. si nõ mortis. 25. D. de inoff. test.*] Sed quia non prius valet vt habeat effectum saltem domini trãsferendi, quàm cõfirmata sit ab arbitrio familiæ erciscũdę facta adiudicatione, quę porrò fieri nõ potest quin ob id fiat vt ꝙ donatũ fuit, à donatario pręcipuum retineatur. Quis. n. alius esse posset effectus adiudicationis? Illud admitto & semper admisi ꝙ vult Bart. ea quæ post patris mortẽ acquirũtur nõ venire in collationem ex *d. l. ea demũ & l. à patre C. de coll.* Sed nego inde petendã rationem propter quam donatio à patre in filiumfa. collata non conferatur: Dicóq; ante factã ab arbitro adiudicationem non esse locum quæstioni, An donatio quæ nullum adhuc effectum habet conferenda sit necne, Post adiudicationem verò factam, non aliam rationẽ quęrẽdam esse cur non conferatur, quã ꝙ adiudicationis potestate fiat vt pręcipua retineatur. Quid. n. tam contrarium collationi, quàm retentio iure pręcipui? Subijcit Bart. *Fallit in tribus casibus. Primus si emergeret inequalitas vt l. pen. §. fin. C. eod. tit. Secũdò fallit si pater hoc expresse dixerit in donãdo arg. l. si quando. §. & generaliter. C. de inoff. test. Item fallit si pater dedisset vt haberet in peculiũ profectitiũ vt dixi supra. Et ista est determinatio quã est de mente Dyni quam tene.* Nos verò vt sciamus qd hîc quoq; tenendum sit, de istis casibus videamus. Sed de duobus priorib. tantùm. Nã de tertio iam satis multa diximus in primum huius Decadis errorem. Primus est si emergeret inæqualitas non collata simplici donatione quam pater in filiumfam. cõtulisset. Inęqualitas namq; inter liberos euitandæ gratia non dubitat Bart. quin huiusmodi simplicem donationẽ cõferri oporteret ex *d. l. penult. in fin. C. de coll.* Hoc primùm falsum est. Nam ꝙ Iustin. eo loco constituit de conferenda simplici donatione ad vitandam inter liberos inęqualitatem, nõ ad hoc genus donationum pertinet quæ ab initio non valent, & quæ nondum habere effectum potuerunt eo tempore quo incipit locus esse quęstioni de collatione hoc statim post mortem testatoris, aut tunc saltem cùm aditur hereditas, sed ad eas demum donationes quæ sic valuerunt vt iam habuerint effectum, ex iísque dominium quæsitum sit donatario qui proinde hoc ipso habet ꝙ conferre possit, quamuis conferre non deberet si constitutio Iustiniani lata in eã rem non esset. Cùm. n. donatio nõ valet ab initio vt cõtingit cùm à patre in filiumfa. collata est, nihil habet filius quod cõferre possit etiamsi velit, tantum abest vt debeat conferre, Nec quod alioqui

alioqui futurũ est emergat inęqualitas potest obligare filiũ ad rem impossibile id est ad conferẽdum id q̃d nõ habet, & q̃ cõferre etiãsi velit nõ possit. Hoc tãtùm facere posset fauor ęqualitatis inter liberos conseruãdę, vt officiũ arbitri familiæ erciscundæ impedire deberet, ne res donatę in diuidẽda hereditate filio præcipuæ adiudicarẽtur. Nam post factam adiudicationem cuius potestate iam cœperit donatarius nõ solùm esse dominus rerum sibi donatarum, sed etiã habere ius quęsitum sibi eas retinendi pręcipuas [siquidem nec aliter nisi frustra & ineptè fieri adiudicatio posset] nemo non videt feram esse collationis petitionem, cui nihil tam cõtrarium sit, quàm ea ipsa quæ præcesserit adiudicatio. Præsertim cùm vtraque, id est tam adiudicatio illa quàm collatio fiat eodem officio eiusdem arbitri familiæ erciscũdæ qui proinde secum pugnaturus sit si eandem rem iubeat & cõferri & pręcipuã retineri. An igitur studium illud æqualitatis inducendæ inter liberos & odium inæqualitatis mouere arbitrum debebit vt rem filiofam. inutiliter à patre inter viuos donatam ei pręcipuam nõ adiudicet? At ne hoc quidem, Nam sicut inæqualitas illa nõ potest facere quin huiusmodi donatio confirmetur morte, quomodo nec impediret aut extingueret validitatẽ donationis simplicis quæ ab initio valuisset. Ita neque summouere officiũ arbitri, quominùs in diuidẽda hereditate sequi omnino debeat voluntatem patris, & ita quod vni ex liberis à patre donatũ sit quãuis primũ inutiliter, pręcipuũ ei adiudicare propter cõfirmatã patris morte donationẽ. Alioq̃ dicẽdum erit futurũ numquam huiusmodi donationes pręcipuæ retineri debeant saltẽ eo casu quo nõ fuerint expresso iudicio confirmatę, nec omnib. liberis æqualiter factę proponãtur, cũ fieri nequeat vt retineantur pręcipuæ ab vno ex filijs simul succedẽtib. quin hoc ipso inęqualitas inter eos inducatur. Quid. n. aliud est pręcipuum habere quàm supra portionẽ hereditariã retinere? Cui sentẽtiæ cõsequens fieret dicere abrogatã fuisse à Iustin. non tãtùm Diocletiani & Maximiani legẽ quæ extat in *d. l. filia cuius. 18. C. famil. ercisc.* Sed etiam q̃ esset absurdius, eiusdem Iustin. constitutionem in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & uxor.* quæ has donationes non solùm morte confirmari patitur, sed etiam retrotrahi vt & antea, dummodo vel actis insinuatæ sint, vel summam legitimã non excedant. Et sanè non id egit Iustin. in *d. l. illud. in fin. de collat.* vt de ijs donationib. inter viuos quæ ab initio inutiles essent quicquã noui constitueret; nec rursus vt earum quę ab initio valuissent iura restringeret; sed tãtùm vt collationis ius ampliaret eo casu quo de collatione quæri posset, qua cessante nihil aliud est quod dicere possimus nisi etiã cessare Iustin. constitutionẽ, tametsi nõ sit cessatura inęqualitas inter liberos. Eam namq; solam inæqualitatẽ tollere Iustin. voluit, quę per collationẽ quã vnus ex liberis cogitur facere, puta dotis vel donationis propter nuptias, induceretur si non ex altera parte simplex quoq; donatio cõferretur: Nõ eam, quæ inducitur nulla collatione facta id est aliũde quàm ex ipsa cõferẽdi necessitate. Quid ergo si vnus ex liberis haberet dotẽ vel donationẽ propter nuptias quã conferre deberet, alij verò filiofa. pater aliq̃d inter viuos donasset eáq; donatio filctio & morte patris esset cõfirmata, An hoc saltem casu dicemus impediri officiũ arbitri ne rẽ hãc donatã pręcipuã adiudicare debeat filio qui alioquin ampliorẽ portionẽ sit cõsecuturus? Minime verò. Nõ. n. Iustin. cõstituẽdo vt donatio simplex valida cõferri debeat in hoc casu, illud etiã constituisse videri potest vt donatio inualida non cõfirmetur morte, quæ alioqui cõfirmaretur, quod tamẽ cõstitui necesse fuisset, atq; in hoc saltẽ casũ supradictas leges abrogari, si ita.

Iustinianus sensisset, qui praeuidere poterat numquam futurum vt constitutio quæ de collatione tantùm locuta esset ad eũ casum traheretur, quo nihil esset ex parte huius donatarij quod conferri posset. Nec mouere debet quod secundum hanc nostram sententiam eueniet, vt melioris condicionis sit donatio quæ ab initio non valuit quàm si valuisset. Siquidem quæ valuisset cõferretur in specie *d.l. illud*, quæ verò non valuit ab initio sed tantùm morte confirmatur, ea secundum nos præcipua retinetur. Nam respondemus, non esse nouum vt commodius sit filio cui donatum est non valuisse donationẽ quàm valuisse. Id.n. euenit & in specie *l.2.C. de inof. donat.* vbi donatio inofficiosa per patrem collata in filium emãcipatum, quia valet ab initio & suis viribus nititur, nec indiget adminiculo officij arbitri familiæ erciscũdę rescinditur per querelã inofficiosæ donationis ad exemplũ querelæ inofficiosi testamenti pro ea parte pro qua frater qui cõqueritur esset successurus ab intestato. Quę autẽ donatio à patre in filiũfamilias collata est ea quantũuis inofficiosa sit, nõ potest tamẽ rescindi per querelam inofficiosæ donationis, quia nulla est, quod verò nullum est rescindi non potest: Cúmque alieno adminiculo indigeat, scilicet officio arbitri qui hereditatẽ inter filios diuisurus est, tale arbitri officiũ esse debet, vt eã donationẽ ex patris volũtate tueatur eatenus, quatenus æquitas patitur, id est quatenus nullũ fratri in legitima portione prçiudiciũ fiat. Sic fit, vt plus retineat & præcipuũ habeat filius cui donatum inutiliter fuit, quàm habiturus esset filius emancipatus in cuius persona donatio valuisset: non propter nullitatem donationis, sed propter officiũ arbitri cui causam dat non tam nullitas donationis, quàm voluntas patris, licèt nullitatem quoque donationis concurrere necesse sit, ad hoc vt interponendi arbitri eiúsque officij necessitas inducatur.

ERROR SEPTIMVS.

De secundo casu Bartoli in quo vult simplicem donationem filiofamilias factam conferri.

SECVNDVS casus quo Bartolus vult conferendam esse donationẽ filiofamilias à patre factam ille est si in donãdo idipsum pater dixisset *arg.l. si quando. 35.§. & generaliter. C. de inoff testam.* vbi scriptum est, Si quid pater filio donauerit siue mortis causa siue inter viuos ita vt in quartã ei computetur esse id in quartam imputãdu r. Debuerat potiùs adferre illam ipsam Iustiniani cõstitutionem de qua iam diximus in *d.l. illud in fin.* vbi hunc ipsum casum Iustinianus excipit nominatim his verbis, *Nisi huiusmodi legem donator tempore donationis sua indigentiæ imposuerit.* Sed neque hæc neque illa constitutio ad rem nostram pertinet. Vtraq; enim accipiẽda est vt sæpius monuimus de illa donatione quæ ab initio valeat, ac proinde non quæ filio in potestate facta sit, sed quæ emancipato. Cũ enim nulla & inutilis donatio est, onus quoque collationis vel imputationis ei adiunctum nullius momenti esse necesse est.] Neque tamen hoc ita volumus accipi, quasi putemus Si pater filiofamilias aliquid inter viuos inutiliter donauerit ea lege, vt vel conferatur, vel in quartam imputetur debere filium post mortẽ patris in eadem voluntate defuncti, præcipuum id habere officio arbitri familiæ erciscundæ. Nam cùm ea tãtùm æquitas officiũ arbitri inducat, quòd æquissimũ sit defuncti volũtatẽ inter heredes quoslibet, præsertim

verò

verò inter liberos cõseruari, malè officio suo fungeretur arbiter qui iuberet præcipuam à filio retineri ex adiudicatione donationẽ quã pater vel conferri vel imputari voluisset. Quodnã igitur arbitri officium in proposito casu esse debebit? Illud nimirum, si bonus ego sum arbiter, vt nullã omnino istius donationis rationẽ habeat si pater voluerit totam conferri non magis quàm habere deberet, si donatio ista non esset morte cõfirmata. Quid.n. attinet dicere confirmatam morte, si ex ea confirmatione nulla sequi potest adiudicatio? aut cuius momenti pôtest esse adiudicatio ex qua nihil præcipuum habere posit donatarius omnimodo ad hanc donationem conferendam obligatus? At si ponas iussisse patrem vt hæc donatio non quidem conferretur, sed in quartam imputaretur, distinguendum arbitrabor, an rei donatæ æstimatio excedat legitimæ portionis æstimationem, an non. Si.n. non excedat, non aliud iuris constituam hoc casu quàm superiore, cùm nihil planè intersit an donatio non confirmetur morte, an verò pcipua non retineatur. Nec rursum posit præcipua retineri q̃ tota debet ĩ legitimam imputari. Neq;.n. aliud est præcipuũ quid retineri quã non imputari, & vice mutua. Nihil aliud est imputari quid, quàm præcipuum non retineri. Sed si plus sit in donatione quàm ĩ legitima portione, dicam ad concurrentem quidem vsq; portionẽ legitimam nec valere donationem nec morte aut officio etiam arbitri cõfirmandam esse, eadem ipsa ratione: Sed supra eam quantitatem ad quam ascendit legitima, & morte confirmatam intelligi donationem hanc oportere, & adiudicationem ex ea officio arbitri faciendam esse vt id quod excedit, supra legitimam portionem retineatur, quoniam voluntas patris non solùm non repugnat huic sententiæ, sed etiam omnino eam inducit, quandoquidem iniuncta imputandi necessitas nulla esse potest quod ad eam partem, q̃ legitimam excedit, cùm nihil posit imputari in eam legitimam q̃ iam completa & suppleta est. Illud tantùm dubitationem hîc facere potest, quod filius qui legitima portione contẽtus esse iussus fuit, neq; dictare coheredib. iudicium fam. ercisc. potest neq; accipere, cui sc. non est locus nisi ĩter coheredes siue ex testamento siue ab intestato in hereditate ipsa succedentes sicut nec collationi nisi inter eos qui ex titulo vniuersali succedunt non ex singulari *l. ex causa. 25. C. fam. ercisc. l. vlt. D. de collat. dot.* in quorũ numero nõ est is qui legitimã duntaxat portionẽ habet, cùm sit illa quota bonorũ nõ hereditatis *l. Pap. 8. §. quarta. D. de inoff. testam. l. cũ quæritur. 6. C. eod.* Et certè ita esse negari nõ pôt secundũ eã sententiam quæ his nostris tẽporib. obtinet quæ vult ad testamenti validitatem sufficere vt filius in legitima portione sit institutus. Sed si opinionem nostrã sequare, quã in priorib. Decadib. non tantùm Iureconsultorũ sed etiam Iustin. fuisse pbauimus, vt nõ aliter iussum testamentũ esse possit quàm si filius cui legitima sola relinqtur heres institutus sit, nec in ea tantùm legitima, sed etiã in ipsa hereditate ne alioquin legatarij potiùs quàm heredis iure cẽsendus sit, & p preterito habẽdus, ex *l. quoties. 23. C. de hered. instit.* non erit locus obiectioni. Quoniã vt fam. ercisc. iudiciũ exerceri posit, sufficit esse coheredes illos ĩter quos redditur, siue ex æquis partib. siue ex disparib. Nec quod iussi sint certis reb. p sua institutione cõtenti esse ad rẽ facit *l. si filia. 20. §. si pater. D. fam. ercisc. l. cùm pater. 77. §. eustis de legat. 2. l. ex facto. 35. D. de her. inst.* Nã illud maximè est quod ad officium arbitri fam. ercisc. præcipuè pertinet vt bonorũ diuisionẽ à testatore factã prælegatorũ iure tueatur. Igitur vt quæ ad hunc secundũ Bart. casum pertinent cõ-

cludamus. Si pater filiofam. inter viuos quid donauerit inutiliter quidem, sed ea lege vt idipsum conferretur vel in quartam imputaretur, dicendum est secundùm supradictam distinctionem nō modò inutilem esse donationem, sed etiam ita inutilem vt morte non possit confirmari propterea quòd ea confirmatio ex arbitri fam. ercisc. officio vires accipere nullas posset, sine quo tamen necesse esset manere illam inutilem & inefficacem.

ERROR OCTAVVS.

De sententia & oratione l. si filia. 20. § si pater. D. famil. ercisc.

QVAE supra diximus videntur mihi eleganter & mirificè confirmari ex iis quæ tractat Vlp. post Papin. in specie *d. l. si filia. 20. §. si pater. fam. ercisc.* vbi ait si pater in filios sine scriptura bona diuiserit & onera æris alieni pro modo possessionem distribuerit, nō videri simplicem donationem, sed potiùs supremi iudicij diuisionem: Vt itelligamus valere illā voluntatem & quidem sine adminiculo officij arbitri fam. ercisc. q̃ tamen iure simplicis donationis valere nō posset, quia cùm paterfam. diuisit quicquid erit ī hereditate, i. tantùm bona oīa, sed etiam onera ęris alieni ꝓ modo portionū, atq; ita officio arbitri functus est, vt nihil supersit diuidendū, certum est nō posse accipi iudicē aut iudiciū fam. ercisc. quo nomine cùm nihil aliud nisi ipsa hereditatis diuisio significetur, certū est diuisionē iā factā semel, fieri amplius nō posse. Nēpe si nihil indiuisum pater reliquerit vt ibidem Vlp. ait, quia si quid vel minimum indiuisum relictum esset, vtiq; iudicium fam. ercisc. superesset, quod numquam acceptum fuisset[semel.n. acceptum repeti nisi causa cognita non posset, déq; ea re cōmuni diuidundo agi oporteret *d. l. si filia. 20. §. fam.*] atq; ita parū aut nihil interesset an patris voluntatem īter liberos diceremus esse simplicem donationem, an supremi iudicij diuisionē, quandoquidem vtroque casu valeret eundémq; effectum esset habitura. Nec.n. minùs potest arbiter ad transferendū dominiū per adiudicationem, quàm testator adeòque lex ipsa ad idipsum dominium citra vllam adiudicationem transferendum: cùm & adiudicatio & lex duo sint modi æquè principales, & distincti, per quos dominium iure Quiritiū acquiritur. At cùm fam. ercisc. iudicio locus esse nō potest, i. diuisis per patrem omnib. reb. hereditariis quas arbiter alioquin diuidere posset si diuisionem illam paternam iure simplicis donationis acciperemus, sequeretur vt nullius esset momenti nec si morte cōfirmata esset, quia vires & effectum sumere deberet ex adiudicatione faciēda per arbitrū quē ponimus nullum datum esse neq; dari posse. Ex quo intelligimus quàm verum sit has donationes quantumuis morte cōfirmatas nō posse cēseri iure vltimarum voluntatū saltem earum q̃ potestate legis cōfirmantur, quomodo censentur eę q̃ fiunt īter virū & vxorem quæ licèt non sicut legata confirmentur per legem 12. tab. confirmantur tamen per cōstitutionem iuris legi similem, i. per orationem Seueri & per factum ad eā senatuscōsultū. Nā si simplices donationes à parentib. in liberos collatæ vim haberent supremę voluntatis, non posset dici, cur ita locutus esset Vlp. aut Papin. in *d. §. si pater, nō videri simplicē donationē sed supremi iudicij diuisionē.* Quanquam illud mirum videri potest cur aut quomodo ex suprema illa voluntate dominium transferatur. Cùm lex non ponat factum esse testamentum sed potiùs decessisse patrem intestatum iis verbis, *si pater in filios sine scriptura bona diuisit*, nō autem quælibet vltima patris voluntas per legem duodecim tabu-

larum aliámve vllam confirmetur, ſed ea tantum quæ ſollenni iuſtóq; teſtaméto fuerit declarata, ne alioqui dicendũ ſit & codicillos ab inteſtato factos, & fideicõmiſſa non minùs quã inſtitutiones, legata, tutelásq; confirmari. Sed dicendum eſt ſicut lex 12. tab. non tãtùm teſtamentarias, ſed etiam legitimas hereditates confirmat *l. lege obuenire. 130. de verb. ſign.* ita & voluntatem teſtatoris ab inteſtato quoq; per eandem legem cõfirmari, cùm ea voluntas, neq; inſtitutio ſit, neq; legatum, neq; fideicõmiſſum, ſed tãtum diuiſio patrimonij quam defuncto quoq; teſtatore arbiter facere poſſet. Quidni. n. liceat patri de re ſua facere quāuis inteſtato morienti, quod etiam arbitro facere licet de re aliena? nã & cùm arbiter diuidit hereditatem patrisfam. inteſtati, quid aliud facit niſi quod paterfam. facere potuerat & debuerat, cui' & factũ & vicẽ ea in re repręſentat? Itaq; hanc voluntatem Papin. vocat *ſupremi iudicij diuiſionẽ*, vt intelligamus patrem hoc caſu arbitri vice fungi, potiùs quã teſtatoris, ideóq; nihil cauſæ eſſe cur ei diuiſioni ſtari non debeat, ſiue teſtator pater deceſſerit, ſiue inteſtatus. Illud obſcurius eſt cur exigat Papin. vt æris quoq; alieni onus pater diuiſerit inter liberos. An ideo fortaſſe, vt poſſit dici oĩa fuiſſe diuiſa, ne locus relinquatur iudicio famil. erciſcundę? Minimè. Nã cùm æs alienũ inter coheredes oẽs diuidatur ipſo iure. i. per legem 12. tab. vt & oĩa iura hereditaria. *l. 1. C. ſi cert. pet. l. 1. C. ſi vnus ex plurib. her. cred. l. heredes. 25. §. an ea ſtipulatio. D. fam. erc.* nihil oĩno refert an à patre diuiſum ſit æs alienũ necne, quantũ ad hoc vt tota hereditas diuiſa videatur. Imò magis neceſſarium videri poſſet iudiciũ familiæ erciſcundæ cùm pater diuiſit æs alienum pro modo poſſeſſionũ, nec ſeruata proportione hereditariarũ portionum, quã ſi de ęre alieno nihil cauiſſet, quia tunc is quẽ minùs grauatũ pater voluit, videtur egere officio arbitri ad interponendã per coheredes cautionẽ de illo ſupra eã portionẽ defendendo, quoniam alioqui creditores hereditarij nõ niſi pro hereditariis portionib. actionẽ in ſingulos eſſent habituri, ſicut euenit illo etiã caſu quo p arbitrũ diuiſio facta ſit, ſi qua ex cauſa onus æris alieni per arbitrũ aliter diuidendũ ſit, quã per legem 12. tab. diuidatur, putà propter voluntatem teſtatoris, quod in propoſita ſpecie cõtingeret ſi quid vel minimũ pater indiuiſum reliquiſſet, cuius ratione prorſus neceſſariũ eſſet dictari inter coheredes iudiciũ familię erciſc. *d. §. ſi pater. & §. pen. eiuſd. legis. & l. his cõſequẽter. 18. §. Celſus. cũ ſeq. eod.* nã quemadmodũ imperitia coheredum formã iuriſdictionis mutare nõ põt. *d. l. ſi filia. in prin.* ita neq; voluntas arbitri formã iuris. *l. quadã. 41. eod.* Dicendum igitur eſt apud Papin. proponi diuiſum à patre onus etiã ęris alieni, non quod eſſet neceſſe vt tota hereditas per patrem diuiſa diceretur, ſed vt poſſet fieri locus q̃oni quam ſecundo loco proponit Vlp. poſt Papin. ſi creditores hereditarij hos omnes filios conueniant pro portionib. hereditariis, & vnus placita detrectet, nec patiatur à ſe vltra ſuã portionem hereditariam indemnes pręſtari coheredes, an aliqua actione & qua teneatur. Nulla. n. per patrẽ facta ęris alieni diuiſione, aut nõ niſi ad eum modum facta quem lex ipſa 12. tab. pręſcribit nulla opus eſſet actione inter coheredes, vt ex iis quiſq; pro parte ſua hereditaria teneretur: ſed dubitationi locus fit cùm is ex coheredib. qui ampliorem bonorũ portionem habet detrectat pro ęſtimationis modo ſoluere ęs alienũ captata occaſione cõminiſcendę iniurię ex iuris rõne, quæ non ad maiorem ęris alieni portionem eũ obligat, quã quę portioni hereditarię rñdeat. Et ſanè ceſſante hoc caſu arbitrio iudicióq; familię erciſc. difficile videtur dicere quę actio dari poſſit coheredib. cõtra coheredẽ, qui neq;

contraxerit & habeat pro se iuris rationē. Subtiliter tamen Papin. vidit posse cum eo præscriptis verbis agi, quasi, inquit, certa lege fecerit permutationē. Nam quemadmodum heres quilibet extraneus cùm adit hoc ipso intelligitur tacitè contrahere cū creditorib. omnib. & legatariis *l.3.§.vlt.cū l.seq. D. quib. ex cauf. in poss. eat. l. si quis absentis. 5.§. heres quoq. D. de oblig. & action.* Ita & filij isti paternam hereditatem simúlq; voluntatem agnoscentes videntur inuicē cōtraxisse, & alij aliorū creditores debitorésq; facti esse nō minùs quàm si acceptis iā ab arbitro fam. ercisc. partib. æqualib. nouas illi partes fecissent, eásq; inuicem permutassent adiecta lege circa præstationē æris alieni, vt pro possessionū modo alii plus, alij minus æris alieni exsoluerent. Quo casu nō posset dubitari qn si quis eorū post factā permutationem placita detractaret, actione præscriptis verbis eo nomine teneri deberet, quippe quæ dari solet ex permutatione vt quod promissum est impleatur *l. 1.§.vlt. D. de rer. permut. l.1. l. vlt. C. eod.* Præsertim cùm sit illa diuisio omnium æquissima quod attinet ad onus æris alieni statim atq; recessum est ab æqualitate portionū quas in bonis factura erat lex, vel arbiter, si nullas pater fecisset, vt qui maioris æstimationis habet bona, maiorem quoq; subeat partem æris alieni. An ergo poterunt filij isti recedere à patris voluntate si nimis inæqualem factam putent ab eo diuisionem? Id. n. Papin. innuere videtur, cùm eos perinde habet acsi fecissent permutationem. Alioqui cur viderentur quasi cōtraxisse, qui nihil aliud facere potuissent? At verò cùm de filiis loquamur iisdémque suis heredib. qui heredes patri extiterint ipso iure, & consequenter ex æqualib. portionib. consequens fit vt neq; possint repudiare iā acquisitā patris hereditatem, neq; retinere portiones à patre datas quī hoc ipso eas permutare videantur. Permutatio naq; vt nomen ipsum præsefert mutuā, significat dominij tra slationem, quā hoc casu fieri necesse est cùm filij agnoscunt patris voluntatem. Acquisitio. n. hereditatis ī suis heredib. iuris est nō facti *l. in suis. 11. D. de liber. & post. l. in suis. 14. D. de suis & legit.* agnitio verò voluntatis est facti etiā ī suis heredib. *l. cū bonis. 87. D. de acq. her.* ideóq; ante agnitā quoq; voluntatem patr s qui inæquales liberis adscripsit portiones fatendum est æquales à lege factas iisdem liberis esse iam ipso iure acquisitas, atq; ita postmodum agnitione voluntatis secuta videri tacitam quoq; secutam permutationem, cuius potestate fiat vt nihil iuris alij habeant ī portionib. aliorum, in quib. antea habuerunt. Quid? An non possunt hi filij abstinere à patris hereditate ex edicto prætoris ppetuo? Possunt, Sed non abstinere à patris voluntate, retinendo ipsius hereditatem quia nunquam permittendum est heredi siue testamentario siue legitimo vt iudicat diuisionem voluntatis *l. cū qui. 18.§. vlt. D. de his quæ vt indign. l. nam absurdū. 7. D. de bon. libert.* Nec si filius sola portione legitima cōtentus esse velit, & portionem hereditariam repudiare aut vt meliùs loquar ab ea abstinere audiendus est, quia nihil pōt imputari patri qui filio plus quàm legitimam portionem dedit, nec vllum filio siue querelæ inofficiosi siue aliud auxilium in hoc casu proditum est, vt bene nostri post Bart. ad *l. quia poterat. 4. D. ad SC. Trebell.* Dices, Ita ergo futurū vt vni ex filiis facilè ī legitima quoq; fraudē facere pater possit, data ei minima portione bonorum, & adscripto ei onere æris alieni pro eadem parte. Respōdeo, quoties futurum sit seruata ea diuisione quam pater fecerit vt filio præiudicium in legitima fiat, nō esse cogendum illum stare patris voluntati, quantumuis heres ex certa parte institutus sit à patre, siue expresse, i. facto testamento.

stamento siue tacitè & ab intestato, sed habiturum vel querelam inofficiosi testamenti ex ratione iuris veteris, vel actionem ad supplemētum ex Iustin. constitutione in *l. omnimodo. 30. C. de inoff. testam. facto sc. testamēto.* Ab intestato autem facta diuisione, quia nec querela locū habere potest, nec quæ in eius locum substituta est actio ad supplementum, filio qui legitima portione contentus esse velit hactenus esse succurrendum, vt diuisio illa, quam pater fecerit non confirmetur per legem, quia nec per arbitrum famil. ercisc. confirmari posset, si quis arbiter in eam rem datus esset. Neq; n. æquitas vnquam patitur vt legitima filij portio facto vllo siue testatoris siue arbitri minuatur *l. 2. C. de inoff. donat. l. filius quē habentē. 24. C. fam. ercisc.* quia cùm debeatur ex legib. ob idq; legitima appelletur, arbiter verò fam. ercisc. suā habeat à lege potestatem, certum est non magis posse arbitrum facere aut pati vt legitimæ quàm vt legib. præiudicium fiat. Nec proinde patrem, qui neque hereditatem neq; heredem habere pōt nisi ex legib. quiq; cùm vniuersa bona sua īter liberos diuidit, arbitrio officio ipse fungitur, nō legis. Nam lex nō aliter permittit ciui Romano facere legem, quàm si per legis modū aliquid disposuerit sollenniter verbis directis & imperatiuis, quod nō fit nisi per testamentum. Cùm paterfam. fecit testamentum lex duodecim tabularū quæ confirmat testamentū, subsequitur voluntatem testatoris tanquā potiorē legem, quia sibi eā ipsa legem dixit iis verbis, *Paterfam. vti super sua re legassit ita ius esto.* Cùm verò decessit intestatus, quantūcunq; bona sua īter liberos diuiserit, nō pōt videri fecisse legem, aut quod pro eodem accipio, legis officio functus esse, sed tantùm officio arbitri, cuius est in patrisfam. hereditate ab intestato diuidenda subsequi voluntatem legis. Vnde fit vt nō magis quàm arbiter possit pater sic bona sua inter liberos diuidere vt legitimæ portioni fraus fiat. Secū. n. lex pugnaret, si eā patris cōfirmaret voluntatem per quā ipsa legis autoritas offenderetur. Quid igitur si nō pater inter filios, sed agnatus inter plures agnatos suos æquè proximos & sibi ab intestato successuros bona sua diuiserit & onus æris alieni pro modo possessionum distribuerit, aut etiam pater inter liberos emancipatos? An si quis eorum placita detrectet perinde tenebitur actione præscriptis verbis, vt apud Papin. quasi coheredes isti omnes fecerint certa lege permutationē? Dubitatio ex eo nascitur, quod cùm sint isti heredes nō ipso iure, quomodo sui, sed per aditionem, difficilius est vt agnoscendo voluntatem & adeundo videantur portiones hereditarias inuicē permutasse: quas antea nūquā habuerāt: Cessāte autem permutatione nihil esse videtur ex quo præscriptis verbis actio induci possit. Quòd si præscriptis verbis actio locum hic non habebit, quænā alia habere poterit? Sed tamen magis esse puto vt hoc quoq; casu eadem actio præscriptis verbis danda sit inter coheredes, verùm non quasi permutatione quadam facta inter eos certa lege, vt superiore casu, sed tanquam ex quasi contractu inter eos inito cùm hereditatem adierunt, quasi adierint omnes hac lege vt parerent singuli patrisfam. voluntati cui sciebant omnimodo standum esse. Nam si adeundo illi quasi contrahere cum cæteris creditoribus intelliguntur, quidni etiam inuicem siue ex testamento siue ab intestato succedatur? Neque aliqua inter suos & extraneos heredes hac parte differentia est *d. l. 7. §. vlt. & l. seq. D. quib. ex caus. in poss. eat.* Nisi quod in suis heredibus hic quasi cōtractus quasi permutatio est qui in extraneis neque permutationis nomen neque aliud habere potest. Et ita totum hoc Vlpian. & Pap. responsum perelegans explicandum esse arbitramur.

ERROR NONVS.

De vltimo membro distinctionis Bartoli eiusq; subdistinctionib. circa profectitiorum collatione, & ad l.vlt.D.de pecul.legat.& l.quod fruct.D.de acq.rer.dom.

REDEAMVS ad Bartoli nostri distinctionem in *d.l.1.§.nec castrense.nu.11. ad fin. D.de coll.bonor. Quãdoque*, inquit, *pater dat filio simpliciter nec apparet vtrum animo donandi vel vt sit in peculium profectitium vel propter merita eius, tunc quaeritur quid in dubio.* Et hic est aduertendum. *Aut praecesserunt merita filij. Et propter merita videtur datum vt l.si donatione.C.eod. Aut non praecesserunt vt hic.* Præsupponit nimirum Bart. donationem à patre in filiumfa. propter merita collatam valere, quod nos iam suprà refutauimus. Sed eo quoq; admisso, vnde quæso diuinat Bart. in specie *l.si donatione. 13.C.de collat.* merita filij præcessisse, de quib. nullum in tota lege verbum. Et è contrario in specie *d.§.nec castrense*, nulla filij merita præcessisse, cùm tamen agatur ibi de filio cui pater acquisiuerit dignitatem. Nisi fortè filium ea dignitate indignum fuisse comminisci volumus, aut potuisse dignũ esse dignitate quin hoc ipso pater haberet eum pro bene merito non tantùm de se verùm etiam de republica. Nam qui de republica bene meritus est, viderine potest non etiam bene meritus de patre cùm reipublicæ priùs quàm patri ipsi nascatur, *l.1.§.& generaliter.* D.*de ventr.in poss.mitt.* Quare nec Bart. ipse in hoc commento semper perstitit, sed sæpius alibi scripsit Imp. in *d.l.*si donatione sensisse de fundo per patrem donato filiæfa. vt haberet illud in peculium profectitium, quod à nobis etiam refutatum est initio *Dec.40.* Sicut & illud, quod Decius alijq; recentiores nonnulli ponunt fuisse ibi factam donationem ob causam puta dotis, aliàve similem. Nam & ea interpretatio prorsus commentitia est, & quicquid in eius loci explicatione comminisci volueris, æquè ineptũ erit nisi admittas nostram illam emendationem *legásque matre* pro *patre*. Et siue ponas meritorum causam præcessisse siue dotis aut aliam quamlibet, attamen numquam assequeris vt valeat donatio quam pater fecerit filiò in potest.te constituto. Sed audiamus Bart. subdistinctionem circa dationem à patre factam filio simpliciter cùm nulla merita præcesserunt. *Aut pater*, inquit, *emit nomine filij & sibi tradidit* [ignoscite Grammatici. Verba sunt Bartoli non mea, scripsisse *ei* non *sibi*] *& tunc præsumitur animus donandi vt l.si filij.C.fam.ercisc.& l.2.C.si quis alter.vel sib. Aut tradidit tantùm nõ autẽ emit nomine filij & in dubio videtur tradidisse vt habeat in peculiũ profectitiũ.vt l.fin.sup.de pecul.legat.l.quod fructuarius.* D. *de acquir.rer.domin.* nisi essent aliqua indicia ex quibus appareret contrarium vt quia dedit filio eunti in castra. vt *l.1.C.de castr.pecul.lib.12.* Quandoque emit nomine filij tantùm non tamen tradidit tunc videtur emisse vt habeat in peculio profectitio vt *d.l.fin. de pecul.legat.* Quandoque pater non emit pro filio nec tradidit sibi sed fecit filium recipere aliquam promissionem tunc an videatur fieri animo donãdi dixi ad *l.si pater.D.de donat.* Hæc quoq. subdistinctio non tantùm commẽtitia sed etiam inanis & nullius momenti est. Quid.n.referre potest an remquam pater filij nomine comparauit ei tradiderit, an non tradiderit, & an animus donandi interuenerit néçne si neque traditio neq. donatio vires vllas habet: adeóq.quod ad quæstionem nostrã quę de collatione est magis pertinet, si neutro casu collatio locum habere potest: Illud sanè interesse non inficior, an donandi animum habuerit pater néçne, quia si donandi animũ ha-

buerit, quamuis donatio non valuerit, patris tamen silentio ac morte confirmatur, quod res inducit officium arbitri fam. ercisc. vt filius rem sibi donatã possit habere pręcipuam perinde acsi donatio valuisset. At non in eo interest quasi vno casu locus sit collationi, alio non item, quia sicuti donatio quę nũquam valuit nec vnquam ita fuit confirmata vt dominium ex ea translatum sit conferri nullomodo potest cùm aliena minimè conferantur, sic è contrario q̃ confirmata est cũm ob hoc ipsum p̃cipua retineatur, non magis potest cõferri, quia tã absurdum est ne dicã cõtradictoriũ dicere conferri ea q̃ præcipua retinentur, quàm q̃ sunt aliena. Sed neq. possũ videre vnde Bart. colligat in specie *d.l.filiæ cuius.18.C.fam.erc.* factã fuisse filiæ à patre traditionem earũ rerũ quas filię nomine cõparauerat. Nihil.n.aliud lex ponit nisi quod filiæ nomine rȩs illę fuerit à patre cõparatæ. Nec distĩguit an p̃ vẽditorẽ fuerit traditæ patri ipsi an filiæ ita volente patre, multo minùs an pater ipse acceptas eas sibiq; à venditore traditas filiæ tradiderit, quia neq; distĩctiones istæ admittendæ sunt, quandoquidẽ omnib. istis casib. æquè verum est & donãdi animũ habuisse patrẽ, & nihilominùs rerũ emptarũ filięq; donatarũ dominiũ penes patrẽ remansisse, *l.1.C.de castr.pecul.milit.præfectianor.li.12.tit.37.* atq. adeò ĩ hereditate ipsi⁹ remanere, quousq; per adiudicationẽ arbitri ĩ filiã transferatur: qui sensus est *d.l.filiæ.l.Põp.35.D.eod.l.cùm pater.77.§.pater filiæ.de legat.2.* Sola.n. volũtas patris filiæ donãtis nõ facit eã capacẽ dominij à patre ipso acquirendi, at neq; ab extraneo cùm pater ipse preciũ pro filia numerauit, *d.l.1.C.de castr.pec.* Quẽadmodũ in *d.l.* quod fructuarius scriptum est, Si quis homini libero seruienti sibi bona fide aliquid donauerit, idipsum tamen manere donatoris. Ideóq; quãuis bonæ fidei possessor ei operas suas donauerit, tamen quicquid ex operis suis acquiret, acquisitum iri possessori quia licèt homo liber bona fide seruiẽs capax sit acquisitionis quia liber est, *l.qui bona.23.§.1.verſ.generaliter eod.tit.* nõ magis tamẽ acquirere sibi põt ab eo cui bona fide seruit, quã si p̃rsus ĩcapax esset acq̃sitionis: Ex quo argumẽtũ perelegãs & efficax sumi põt cõtra eos qui filiũf. olim acquisitionis incapacẽ fuisse ideo volunt, quod donatio à patre ĩ eũ collata nõ valeret: Quo argumẽto si bonũ esset peride p̃barent hominẽ liberũ bona fide seruientẽ nõ fuisse acquisitionis capacẽ. Itemq; nec hodie capacẽ esse filiũf. quãdo nec hodie donatio valet à patre ĩ filiũf. collata vt à nobis toties ĩculcatum p̃batúmque fuit. Neq; illud rursus video, cur ex *d.l.quod fruct.* ĩferat Bart. dominum dãdo seruo videri ĩ dubio cõcedere ĩ peculium, cùm eo loco tractet Paulus de datione facta expressim animo donandi siue à fructuario siue ab eo cui liber homo seruiat bona fide. Nec quod rẽ donatã lex ait manere donatoris ad rẽ facit. Id.n. nõ eã rationẽ habet quasi in peculiũ datam eam videri lex ĩterpretetur, sed quia non valet donatio: ne tum quidem cùm fructuarius donat seruo in quo habet vsumfr. & cuius vsusfructus ad alium pertinet quia quod fructuarius ex re sua donat, cùm ex ipsius fructuarij re sit, per seruum acquiritur fructuario non proprietario, tantum abest vt posit discedere à fructuario ad hoc vt per seruum proprietario acquiratur: Nisi eo animo fructuarius donauerit vt ad proprietatis dominũ rediret, vt eadem lex ait, Subiungens aliud fore si extraneus huic seruo donasset. Tunc enim soli proprietario acquiri indistinctè. Nõ q̃ hoc etiam casu distinguendum nõ sit an fr[illegible]rij an p̃prietarij cõtẽplatione seruo donatũ sit] est naq; necessaria h[illegible]tio cũ ei soli acquiratur donatio cuius cõtemplatione donatum esse cõstiterit *l.sed*

etsi quid.12.D.de vsufr.) sed quia si non constet fructuarij solius contemplatione seruo donatum fuisse & i dubio acquiritur donatio soli proprietario, nec requirimus vt probetur quod ipso fructuario donante probari ū est ea mente factā donationem vt proprietario acquireretur. Rursus, quod ad eandem *l.vlt.de pecul.legat.* idem Bart.tradit, id quod pater pro filio stipulatur in peculio profectitio, i dubio idipsum ei cōcedere videri, ex eo loco nō probatur. Nec.n.ponit Scæuola i illius legis specie centū aureos quos pater nomine filij fœnerabat, in filij peculio fuisse, qui neq; poterant esse peculij quin traditi fuissent quicquid in contrariū scribat Bart.ad *d.l.vlt.* quia peculiū naturalem desiderat dationē *l.nō statim.8.* D. *de pecul.* neq; verbis aut scriptura sed re tātum cōstitui cōstitutūq; augeri pōt *l.4.§.1.eod.* Et quāuis pater in rationib.breuiariis se filij debitorē pro ea quantitate fecisset, quātitatisq; vsuras filio adscripsisset, non tamen ea res aut patrem debitorem facere aut filio peculium acquirere potuisset, quia nuda ratio non facit aliquē debitorē nec donatiōis aut cōcessionis alicuius vim habet *l.nuda ratio.26.D.de donat.* cū non nisi certis modis & obligatio cōtrahatur, & donatio fiat, & peculiū cōstituatur, inter quos nuda debendi donandiq; voluntas non est. Quid ergo esse potuit quod faceret apud Scæuolam vt illi centū aurei esse in peculio filij viderentur, ideóq; cederent prælegato peculij etiā cum suis vsuris, Nimirum vt puto quod pater eos prælegauerat filio cuius nomine dū viueret fœnerauerat eosdē. Suprema.n.voluntas per testamentū verbis prælegati declarata sicuti nulla idiget traditione ad cētū illos aureos in filiū transferēdos. Ita & cōiūcta cū donandi animo, quem viuus pater erga filiū habuerat, facilè pōt efficere vt perinde fiāt peculij acsi aliquādo traditi filio fuissent ex eo sc.tempore ex quo cœperat pater filij nomine eos fœnerare, & consequenter vt exinde quoq; vsuræ filio adscriptæ pro peculiarib. habeantur, ideoque possint cedere peculio prælegato, cui alioquī non cederent si centū ipsi aurei per patrem fœnerati nomine filij, peculiares facti non intelligerentur ex quo die cœpisset pater filij nomine fœnus illud exercere. Nā neq; posset incipere peculiū eo tempore quo pater defunctus esset, cùm è contrario quod fuit viuo patre peculium desinat esse defuncto eo, fiátq; hereditas sicut & paterfam.fit qui viuo patre filiusfam.erat. Qui porrò paterf.sit eum certum est peculium habere nullum posse. Háncq; nostram interpretationem illud omnino probat, quod Scæuola ponit distincto capite à prælegato peculij, & priusquàm peculia liberis prælegarentur ita scripsisse patrem, *Titi fili è medio præcipito sumito tibiq; habeto domū illā, itē aureos centum*, quorum verborum si non is effectus est quem esse diximus nullus certè erit quantum ad illos aureos centum. Si.n.iā erāt in peculio, quidni etiāsi nihil de iis expressim cautum esset prælegato peculij quod postea & alio testamenti capite factum proponitur continerentur. Fiunt igitur peculiares ex supradictis verbis quę cùm sint directa & imperatiua legis vim habent, atq; ita supplent vicem traditionis q̄ erat necessaria ad peculium constituendum. Idq; adeò verum esse arbitor vt putem non improbabiliter dici posse. Si pater in ea specie vsus fuisset verbis fideicommissi & precariis non imperatiuis, aliud responsurum fuisse Scæuolam, quia cùm fideicommissa per legem non confirmentur, nihil esset quod vice traditionis esse posset ad peculiū cōstituēdū: filióq; solū illud superesset vt cētū aureos peteret ex fideicōmisso, nisi forte vellet quis dicere futurum eo casu, vt donatio quā pater filio fecisset quāuis inutiliter, verbis tamē fideicōmissi cōfirmata ad eū diē quo facta esset, retrotraheretur ex *d.§.*

pater filia. l. cũ pater. 77. de legat. 2. & ex d. l. donat. quas parẽtes. 25. C. de donat. int. vir & vxor. Sed nõ puto posse hoc defendi, quoniã ea demũ donatio cõfirmari patris morte potest, quæ perfecta sit per traditionem naturalem ipsi filio factam, Nulla verò interuenit traditio in persona filij, quamuis eius nomine pecunia per patrem fœneretur: quia quamuis tradatur nomine filij, nõ ideo tamen potest haberi pro tradita ipsi filio per patrem deinde per filium debitori quasi occultata vna actione pluriũ coniungẽdarũ celeritate vt in *l. 3. § sed si debit. D. de dona. int. vir. & vxor.* cum ex ea traditione quę per patrẽ fit debitori debitor nõ filio sed patri obligetur. Siquidẽ pater quãtũlibet stipulãdo filio perinde sibi acquirit acsi ipsi stipularetur *l. cũ qui. 56. § qui sibi. D. de verb. oblig.* Plus dico idẽ iuris fore etiamsi patre cõsentiente filius ipse hanc pecuniam ipsius nomine à patre fœneratam proprio nomine stipulatus esset: Eadem videlicet ratione quia & quod filiusfamilias sibi stipulatur non solùm patri acquiritur, sed quod magis est eo colore quasi pater ipse stipulatus sibi esse videatur *d. §. qui sibi & l. dominus seruo. 39. eod.* quoniam vox filij intelligitur vox patris in ijs quæ patri per filium acquiri possunt *§. si quis alij in fin. Inst. de inutil. stipulat.* Ob idque Paulus in *l. penult.* D. *de don.* tractans de patre qui pecuniã filij nomine fœnerauerat, filiũq; sibi illam reddi stipulari passus erat, ponit filium emancipatum fuisse, Vt significet in filio non emancipato nihil tale tractari posse. Igitur & apud Scæuolam in *d. l. vlt. de pecul. leg.* dicẽdum est nullã fuisse donationem quam pater verbis fideicõmissi confirmare potuerit sed tantùm nudam donandi voluntatem quæ multùm à donatione distat *d. l. nuda ratio. 26. D. de donat.* Traditione namq; aut saltem stipulatione opus fuit olim ad faciendam donationem: indéq; ratio dubitandi apud Paulũ in *d. l. penult.* cur donatio inter patrem & filium etiam emãcipatum perfecta non videretur, Nempe quòd neque pater qui filio donatam volebat pecuniam quam fœnerabat eam filio tradiderat sed debitori, neque filius eam stipulatus fuerat à patre sed à debitore. Verùm his duobus cõmixtis quod & pater tradiderit, quãuis alij quàm filio animo donandi filio & filius stipulatus sit quamuis ab alio quàm à patre, animo tamen accipiendę donationis, paternæ, non dubitat Paulus quin perfecta sit donatio perinde acsi vel pater filio tradidisset vel filius à patre stipulatus fuisset. Estque hîc veluti tertius & medius quidam modus perficiendæ donationis, sed qui non possit cadere in personam filij in potestate constituti. Nulla ergo interueniẽte traditione apud Scæuolam *in d. l. vlt.* nec alia re quæ vice traditionis essę possit, dico nullam posse donationem intelligi, adeóq; nec vllam peculij concessionem, & ob id fuisse necessaria verba illa præceptionis & prælegati relata in principio legis, vt centum aurei quos pater filij nomine fœnerauerat in peculium concessi retrofingerentur, posséntque admittere pro filio accessionẽ vsurarum ex quo die cœpisset pater filij nomine fœnus exercere. Et ex his satis supérque confutata sit tota ista Bartoli traditio & distinctio, circa bonorum profectitiorum collationem. In qua distinctione vt probauimus cùm tot membra habeat, nullum tamen est ne vnum quidem quod suo careat vicio. Nec aliud in ceteris quæ tam multæ sunt Bartoli distinctionibus ei vsu uenisse probaremus facile, si quod aliquãdo studiosorũ gratia facere cogitabamus omnes eas referre ac sigillatim refellere operæ precium esse arbitraremur. Labor esset longus sane sed nõ arduus, & hoc ipso ignobilis meo iudicio, quod parum ea res haberet difficultatis. Itaque nobis honorem hunc si quis alius & diligentior & eruditior præripere volet, patienter feremus.

ERROR DECIMVS.

De aduentitiorum collatione & nonnullarum legum tit. C. de collat. emendatione.

ETSI constitutio Iustin. in *l. vlt. C. de collat.* quę primùm induxit ne aduentitia conferantur, non nisi de ijs liberis loquitur, qui manserunt in patris potestate, in eóque cogentibus ipsis verbis legis omnes interpretes cõsentiunt, pleriq; tamẽ ac ferè omnes putant extendi eam debere ad emancipatos, vt quod sibi aliunde quàm à patre quæsiuerunt, non cogantur conferre fratribus in potestate manentibus. Ratione illa quòd etiamsi in patris potestate mansissent, eadem sibi bona acquisiuissent, postquam eidẽ Iustiniano placuit vt etiã filijfamilias hodie sint capaces aduentitiorũ in *l. cùm oportet. 6. & l. vlt. C. de bon. quæ. liber.* Regula. n. est iuris etiam veteris, Non cogẽdos esse emancipatos fratribus in potestate manentibus ea conferre, quæ tametsi mãsissent ipsi quoque in potestate, præcipua tamen essent habituri, vt ex Papiniano Vlp. tractat in *l. cùm duobus. 52. aliàs l. si fratres. §. idẽ Papin. respõdit. D. pro socio.* Sic enim ratiocinatur Bart. ad *l. pater filiũ. num. 5. D. de collat. dot.* cuius sententiam communiter receptam esse testantur Alex. Ias. Decius, & alij quotquot scripserunt ad *d. l. vlt. C. de collat.* A qua sententia video non abhorrere Cuiaciũ *lib. 3. obseruat. cap. 30.* vbi scribit quamuis dubitanter, vt ille ipse alibi loquitur, correctã hodie videri *l. filia dotẽ. 4. C. de collat. & l. 4. §. si sub condicione. D. de collat. dot.* quibus locis proditum est aduentitiam quoq; dotem à filia emancipata conferendam esse. Ego verò vt contra sentiam, ex eo moueor, quod sentẽtia ista si vera est totum ius vetus de collationibus, peruertit, nihilq; iam supererit quod frater emancipatus possit aut debeat conferre fratri in potestate retento, cui tamen proculdubio facit iniuriam, cùm succedendo patri iure prætorio petita bonorum possessione siue contra tabulas siue ex capite vnde liberi aufert ei partem bonorum paternorum, quæ omnia filius in potestate retẽtus iure suo alioquin erat habiturus: Cuius iniuriæ arcẽdæ gratia certum est ab ipso etiam prętore quantumuis id agente vt emancipatis faueret inductũ esse ius collationis fauore liberorum in potestate retentorum, ne ijs captiosum esset beneficium & iniuriosum, quod emancipatis tribueretur, idque vnum præcipuè in hoc edicto de collationibus prætorem ante oculos habuisse ne qua suis heredibus fieret iniuria per emancipatos *l. 1. in princip. & §. totiens. l. si filius. 10. & pass. D de collat. l. 3. D. de collat. dot.* Adeò vt collationem fieri aut saltem de facienda ea caueri necesse esset priusquàm succedere emãcipatus posset, quasi nõ nisi sub ea condicione vocato illo ad bonorũ possessionem *l. si filius. 13. D. de condict. caus. dat. l. si maritus. 14. C. de collat.* quo loco vt hoc obiter moneamus, graue subest mendum quod eius legis sententiam nõ tãtum obscurã verùm etiam inexplicabilem facit in illis verbis, *quas habuit patris sui mortis tempore*, [quę idcirco expungẽda esse credidit vir doctissimus Dionysius Gothofredus] sed quod facillimè purgari potest si pro *quas*, legamus *quam*, relata ea dictione ad dotem de qua immediatè subiungitur, *dotem non conferenti*, nulláque interiecta virgula post dictionem, *tempore*, sed vnico contextu continuata seriè orationis, sic accipienda ac si scriptum esset quod fuisset apertius *dotem quam habuit patris sui mortis tempore*

pore non conferenti. Facilis enim est & aliis plerisq; locis occurrit hic error mutatæ M in literam S. aut contrà, quod literam M veteres exscriptores itémq; ipsi etiam typographi hac nota 3, effingere solerent, vt à nobis aliquo coniecturarum nostrarum loco iam obseruatũ est. Sed hoc obiter vt dixi, ne quã in toto isso *tit. de collat.* difficultatem consulto prætermisisse videremur. Qua etiam ratione cogitur addere, licèt alienum sit ab instituto tractatu de collatione aduentitiorum, aliud mendum subesse *in l. dotis quidem. 5. eo. tit.* vbi pro *portio* legendum est *petitio.* Nec enim quærebatur apud imperatorem an dotis portio aliqua cõpeteret mulieri constante matrimonio, quippe cuius erat tota dos, quamuis interim esset in bonis mariti *l. quamuis. 75. D. de iur. dot.* sed tantùm dubitabatur an mulier quæ dotem habebat posset eam petere à marito perseuerante matrimonio, ob hoc solùm quod eam fratribus conferre cogeretur, vt posset cum ipsis succedere patri communi, non aliter autem videretur posse eam conferre, quàm si à marito eam repoposcisset. Idque demonstrant apertè sequentia illa *non tamen eo nomine aduersus maritũ sibi potuit actio esse,* quibus negat imperator permittendum esse mulieri, vt hoc prætextu dotem auferat marito, cùm non eo minùs futurum sit vt fratribus conferre possit, scilicet minus accipiendo ex bonis communibus. Redeamus ad propositã disputationem. Dicebamus iniquum esse admitti emancipatos ad successionem paternam cum fratribus in potestate retentis, quin iis bona sua omnia conferre cogantur idque iam olim prætori ipsi visum sic fuisse, vndecunq; tãdem bona illa prouenissent. Ergo nec hodie aliud esse admittendum si qua bona aduentitia filius emãcipatus habeat, siue ab aliquo alio quàm patre siue propriis laboribus ea quæsierit. Alioqui dicendum erit ea Iustin. cõstitutione quæ de emancipatis nullomodo loquitur sublatum fuisse totum edictum de collationibus quod non fuerat propositum nisi contra emancipatos. De quo certè Iustinianus non cogitauit ne per somnium quidem. Dices immo verò ita etiam posito iure vt emancipatus non cogatur cõferre aduentitia fratribus in potestate retentis, superfuturam vtilitatem & necessitatẽ edicti pro bonorum profectitiorum collatione. Sed respondebo ne quidem pro hac parte superfuturam: Quoniam profectitiorum conferendorũ necessitas non alia de causa irrogatur emancipato, quã quia etiam liberi in potestate constituti profectitia conferre coguntur. An nõ enim esset absurdum emãcipatos liberos melioris esse cõditionis quàm in potestate retentos? Atqui ob hoc ipsum præter æquũ putauit suos heredes saltem profectitia cõferre quòd iis emancipati aduentitia quoque conferre cogerentur. Ergo si persuadeas prætori emancipatos bona sua aduentitia conferre nõ debere, nec ipse patietur profectitia iis cõferri per fratres retẽtos in potestate. Illo autem inducto vt neq; emãcipatus fratri in potestate retento aduentitia cõferre debeat, neq; frater in potestate retẽtus emãcipato bona profectitia, cõsequens statim fiet nec emancipatũ profectitia collaturũ. Quo enim colore cõferret profectitia, quæ vicissim ei non conferrentur? Nisi poneres nouum edictum in eã rem factum fuisse de solis profectitiis ab emancipato cõferendis, quale nullum fuit vnquam, nec erit. Nam quod habemus dictatũ à prætorib. & ab imp. adeòq; à Iustin. ipso tot constitutionibus confirmatum, non magis obligat filium emancipatum ad profectitia quã ad ea quæ aduentitia sunt, conferenda: & rursum non minùs filiũ in potestate retentũ quã emancipatũ ad collationẽ profectitiorũ. Sed & qua ratione volunt nostri emancipatũ aduentitia conferre

cogendum non esse, eadem ipsa probabo neque profectitia conferre illum debere, vt inferā etiā ratione profectitiorū inutile māsurum edictum prætoris de collationib. si aduentitia hodiè nō conferantur. Ratio. n. qua mouentur illa est, vt diximus, quòd emācipatus eadē bona aduentitia sibi præcipua retenturus esset etiāsi mansisset in potestate. Atqui hęc ipsa ratio etiā in profectitijs locum habere posset, quia si quid pater filiofam. donasset in eademque voluntate decessisset filius post mortē patris idipsum pręcipuū retineret *l. filiæ cuius 18. C. famil. ercisc. l. 2. C. de inoff. donat.* Cur ergo cogēdus erit emācipatus conferre profectitia sibi à patre donata si nihil aliud inspicimus nisi an præcipua illa fuerat habiturus si emancipatus non fuisset? Et tamen quin conferre debeat non dubitatur siue in ipso emācipationis tempore siue post emancipationē à patre donata sint *l. vt liberis. 17. in fin. C. de collat.* in eóq; deterior est cōdicio emancipati quàm filijfamilias, quia vt suo loco docuimus, pater qui donationem filio emancipato factam non reuocauit, non idcirco eā silentio suo cōprobasse intelligitur, quia nec si voluisset reuocare tamen potuisset. Nō igitur semper verū est emācipatos ea cōferre non debere, quæ pręcipua erant retenturi si in potestate māsissent: Aut si verū id semper est, fatēdū erit profectitia saltem quę simpliciter donata fuerint filio emācipato non ob causam puta dotis vel donationis propter nuptias [nam hæc etiam à filijsfam. conferuntur *d. l. vt liberis*] conferri non debere sed præcipua retineri, quādoquidem & si filiofam. donatā fuissent, retinerētur. At magis mirum illud est ꝙ ijdem nostri volūt & post eos Cuiacius aduentitiā dotē hodie nō cōferri, correctásq; leges omnes quę dicūt esse cōferedā. Nihil. n. ꝙ ad huiusmodi dotes aduentitias Iustin. innouauit, non solùm circa collationem à filia emancipata faciendam, sed neq; quantum ad acquisitionem in persona filię familias, cùm iam olim ita ius esset vt non minus filiafamilias quàm emancipata dotem aduentitiam habere posset, Nec aduētitiam duntaxat, sed quod magis est etiam profectitiam, dummodo non filię ipsi sed marito nomine filiæ traditio facta proponeretur *l. Pōponius Philadelphus. 35. D. famil. ercisc.* Hoc. n. olim requirebatur, non quidem vt valeret donatio facta filiæfamilias per extraneum ex causa dotis [omnimodo namq; valebat si ... nihil obstaret] sed ne per filiāfam. patri acquireretur, quo postea siue ignorāte siue inuito nō potuisset ea res donata filię peruenire ad maritū *arg. l. si ego. 9. §. 1. D. de iur. dot.* In quo vna hac parte fateor ius nouum factū esse à Iustiniano, nec hodiè requiri vt extraneus qui volet donare filiæfam. in causam dotis, tradat marito potiùs quàm filiæ cùm sit hodiè filiafamilias capax non tantùm acquirendę sibi dotis vt olim, sed etiam accipiēdæ traditionis ex causa dotis, ꝙ olim non fuit. Cùm igitur iam olim peræque ac hodiè filiafamilias aduentitiæ dotis capax esset, quæro cur duæ illæ Iustiniani constitutiones quarum vna fecit filiosfa. capaces acquirendorum sibi aduētitiorum, altera prohibuit ne ad collationem aduentitiorum vrgeantur, illud quoque induxisse videbūtur vt emancipata filia dotem aduentitiam cōferre non cogatur quam olim haud dubiè conferebat? Rursum hoc admisso quod negari non potest vt dotem quantumuis aduentitiam filia emancipata conferre debeat, cùm tamen dos etiam filiæfamilias adeò q̃, à patre ipso data proprium eius patrimonium dicatur *l. 3. §. sed vtrū. D. de minor. l. in eum. 16. D. de relig. & sumpt. funer.* quid potest esse aduētitium & adeò vt ita dicam acquisibile ex Iustiniani cōstitutionibus, quod nō debeat cōferri ab emancipatis? Taceo vulgatū quēdē illud verbum

verbum,sed tamen non eo minùs verum, leges correctorias iuris veteris tãquã quæ hoc ipso odiosę sint numquã esse ad alios casus etiã similes extẽdẽdas *vulg. l. sancimus. 27. C. de test. l. præcipimus. 32. in fi. C. de appell.* Atqui negari non potest quin lex Iustiniani quę aduentitiorum collationẽ prohibet inter liberos in potestate constitutos, nõ solùm noua sit, sed etiam iuris veteris correctoria si ad emancipatos protrahatur idq; & interpretes ipsi omnes fatentur. Quid ergo causæ esse potest, cur ad emancipatos eam protrahere debeamus? Adieci, *si ad emãcipatos protrahatur*, quià si de filijsfamilias solis accipiatur de quib. solis loquitur, noua quidem erit constitutio, sed non iuris veteris correctoria, quia nulla lex est in toto iure vetere quæ in filiorumfam. personis quicquam statuerit de aduentitijs conferendis, siue quòd non aliorum aduentitiorum capaces essent filijfamilias quàm dotis & propter nuptias donationis, de quibus Iustiniani constitutio intelligi, vt diximus, nõ potest: siue quòd non nisi de profectitijs conferendis filijfamilias tenerentur, siue inter se soli succederent, siue cum emancipatis, Quamquam hæc posterior ratio pendet ex priore. Ideo namq; de solis profectitijs à filiofamilias cõferendis cautum erat, quòd aduentitiorum capaces nõ essent filijfamilias extra causam dotis vel propter nuptias donationis, vt proinde nullus posset locus esse quęstioni an conferri deberent, quæ non poterãt acquiri. Prius enim erat vt possent acquiri, quàm vt deberent conferri. Nam quod ad dotem vel propter nuptias donationem attinebat difficilius erat dicere cur dotem vel donationem propter nuptias profectitiam conferre filiafamilias cogeretur, cùm ea dos proprium esset filiæ patrimonium etiam viuo patre, vt diximus, quàm cur aduentitiam cõferre non deberet, quę nec in bonis patris esset nec ex bonis patris. Iustinianus verò statim atque induxit vt filijfamilias quorumcumque aduentitiorum capaces essent, locum aperuit quæstioni antea inauditæ, An cõferri ea oporteret. De qua proinde nihil in vtramuis partem poterat constituere quod non esset nouum, sed nihil quoque quod iuris veteris correctorium esset. Quod cùm ita sit, non abs re quis miretur quamobrem fuerit necessaria constitutio Iustiniani ad prohibendam aduentitiorum collationem, cùm nulla lege cautum esset vt collationem illam fieri oporteret. An non enim satis erat filijsfamilias ne conferre cogerentur, quod facti essent capaces aduentitiorum acquirendorum, nec vlla iuris constitutione ad collationem vrgeri possent? Et tamen fuisse necessariam illam constitutionem apertè scribit Iustinianus illis verbis, *necessarium duximus constitutioni quam iam fauore liberorum fecimus hoc addere.* Et in fine legis, *ita & alias res quæ minimè parentibus acquiruntur proprias liberis manere censemus*, ne possimus dubitare ante illam Iustiniani constitutionem non idem obseruatum fuisse. Ac sanè ita est, si ea Iustiniani constitutio non esset, non erraret meo iudicio qui diceret aduentitia tametsi filijsfamilias acquirantur, conferenda tamen esse, quoniam causa acquisitionis nihil commune habet cum causa collationis, nisi quod collatio præsupponit acquisitionem, Tantum abest vt acquisitio excludat collationem. Cùmque olim res quæ filijsfamilias donabantur acquirerentur patribus ita vt defuncto patre inter liberos communes reperirentur sicut & cęterę res hereditariæ, Non erat satis Iustiniano ad peruertendum ius vetus, id est ad impediendam non solùm acquisitionem in patris commodum, sed etiam communionem bonorum istorũ inter liberos post mortem patris, fecisse filiosfamilias capaces huius acqui-

sitionis, etiam inuito patre, nisi illud quoque addidisset ne conferre cogerentur etiam si succedere patri vellent. Alioqui potuissent fratres cæteri qui aduentitia bona sibi nulla quæsiuissent, obijcere fratribus qui non contenti aduentitijs paterna quoque adpeterent debere illos vel abstinere à bonis patris cui aduentitia sua acquiri noluissent, vel sua etiam conferre, Exemplo emancipatorum qui licèt omnia possint sibi acquirere, si quando tamen postea cum cęteris fratribus in potestate retentis succedere volunt sua illa omnia conferre coguntur. Tantóque magis filijfamilias isti quòd non ita sunt facti acquisitionis capaces quòd ad bona aduentitia vt in ijs omnino extinctum sit ius patris, cui adhuc saluum esse Iustin. noluit, non modo vsumfructū sed etiam ius legitimæ administrationis. Quo vtroq; respectu naturalem huiusmodi bonorum possessionem & penes patrē quandiu viuit remanere necesse est. *l. naturaliter. 12. in prin. l. possess. 49. D. de acq. poss.* & eo mortuo in hereditate reperiri, Quę res iustā potest prębere causam petendæ collationis non quidē iure actionis quę nec ad collationē petendā necessaria est, sed per viā exceptionis & retētionis, cōtra fratres aduētitiorū proprietatē habētes ac pręterea patri succedere volētes, Quemadmodū è diuerso naturalis illa possessio plerūq; prodest ad retinēdas sine vllo vero titulo eas res pręcipuas, quę alioqui defectu tituli pręcipuę retineri non possent quòd tamē multo difficilius est vt in specie *d. l. Pōponius. 35. fam. ercisc.* Neq; ad impediendā sine cōstitutione collationē valuisset illa ratio qua mouetur Iustin. quòd peculiū castrēse quia patri nō acquiritur, nec cōferatur. Nā respōderi potuisset pro fratrib. collationē vrgētib. aliā esse rationē bonorū castrensiū aliā aduētitiorū, Nō in eo solùm quòd bona castrensia pleno iure sunt filijfamilias, nihilq; ex ijs ad patrē pertinet, ne quidē vsusfructus, Sed in illo etiā, quòd multę cōstitutiones in eā rem factæ fuerūt vt peculiū castrēse pręcipuū esset, neq; cōferretur *d. l. 1. §. nec castrense D. de collat. bonor.* Ex quibus constitutionibus non leue argumentum sumi posset pro inducenda cōtra filiosfa. quoq; aduentitiorū collatione. Nā si cōstitutionib. illis opus fuit ad hoc vt peculiū castrēse vel quasi castrense præcipuū retineri posset. nec sufficiebat quòd ex alijs cōstitutionib. filiusfam. in peculio castrēsi pro patrefam. haberetur *l. 2. D. de SC. Maced.* cur diceremus filiosfam. quāuis factos à Iustin. capaces aduentitiorū, hoc ipso tamen ius habere pręcipua ea retinendi, nec cogendos conferre si nulla in hanc rem lex esset? An fortè plus iuris poterant habere filijfam. in bonis aduentitijs post priorem Iustin. constitutionem in *d. l. cùm oportet*, ante posteriorē quæ extat in *d. l. vlt. C. de collat.* quàm haberent olim ratione castrensis peculij ante constitutiones illas de quibus in *d. §. nec castrense?* Quòd si necessaria fuit lex Iustiniani ad eximendos filiosfamil. ne aduentitia bona cōferre cogerentur, quanto magis necessaria esset alia, quæ idem beneficium tribueret emancipatis? Nam cōtra emancipatos illa ratio monet, quæ filijsfam. obijci non poterat, quòd succedendo faciant iniuriam fratribus in potestate retētis, quam semper diximus potissimam rationem olim fuisse inducēdæ collationis. Cui si aliam addere voles, quę posterioribus imperatoribus placuit, quòd inter liberos omnes æqualitas seruanda sit, tanto magis dicendum erit, etiam hodie aduentitia conferri oportere. Ea namq; ratione vsi sunt imperatores ad amplianda iura collationis, vt fieret illa plerisq; casibus, quib. antea non fiebat, non ad illam restringendam. Vnum illud diluendum superest, quod Bart. cęterósq; omnes fefellit, quòd obijciunt ex Papiniano in *d. l. cùm duob. §. idē Papin. D. pro socio.* non cogi emancipatum conferre illa quę posset præcipua

retinere etiamsi in potestate mansisset. Inde namq; inferunt nullam ab emãcipato fieri iniuriam cùm succedit, tametsi nihil ex aduentitiis conferre velit, quandoquidem etiamsi non fuisset emancipatus, præcipua tamen ea retineret post Iustin. constitutionẽ *in d. l. cùm oportet.* At iam dixi periculosam, falsamque esse rationem si tam generaliter & indistinctè accipiatur. In peculio sanè castrensi vera est, *d. §. idem Papin.* vt quemadmodum bona castrensia filiusfamilias præcipua retinere posset, ita & multo magis emancipatus possit, quanuis verum sit constitutiones quæ de peculio castrensi locutæ sunt de emancipatis liberis intelligi non potuisse, quia filiorumfamilias est peculiũ habere non emancipatorum, tametsi possint etiam habere bona castrensia si milites esse vel fuisse proponantur. Cur non ergo Iustin. constitutio quæ aduentitiorum collationẽ in filijsfamilias prohibet ad emancipatos extendatur? Respõdeo, differentiæ rationem inter peculiũ castrense & aduentitium illã esse quã iam attigimus, quòd peculium castrẽse pleno iure est filij, nulla verò ex parte patris. Aduentitium verò licèt quãtum ad ꝓprietatẽ sit filij, tamen quantum ad vsumfructum est patris, ideoq; non potest negari, quin emancipatus qui aduentitia sibi acquisiuit, senserit cõmodum ex emancipatione qui aduentitiorum plenam habuit ꝓprietatem quã nõ habuisset nisi deducto vsufructu si emancipatus non fuisset, Et consequenter facit iniuriam emancipatus fratribus in familia retentis cùm partem successionis paternæ iis auffert, nec confert aduentitia, quorum vsusfructus patri acquisitus fuisset & quorum fructibus nunc aucta reperiretur hereditas patris, si mansisset filius in potestate. Igitur nõ potest bona esse consecutio à peculio castrensi ad aduentitium, à filiisfamilias ad emancipatos. Atque hæc ratio tanti momenti visa est Bart. & sequacibus, vt cogãtur fateri cogendum emancipatum conferre saltẽ fructus aduentitiorũ. Sed cũ in hoc agnoscant vel inuiti differentiã quæ est inter bona castrensia & aduentitia, ac inter filiosfamilias & emãcipatos, cur audent ad emancipatos protrahere constitutionẽ Iustin. de filijsfamilias duntaxat locutam? Si enim protrahẽda est quidni indistinctè protrahetur, id est, non separata causa fructuum à causa ꝓprietatis, cùm lex quæ de filiisfamilias lata est indistinctè neget teneri eos ad collationem? Nõne ista noua lex dicenda est esse potius quàm extensio legis, cùm ex Iusti. constitutione quæ de filiisfamilias tantùm & quidẽ indistincte loquitur occasionem sumunt interpretes idipsum cõstituendi in emãcipatis, sed cũ noua distinctione? Agunt igitur Imperatores dùm putant se agere interpretes. Nõ agunt sanè iureconsultos bonos, cùm faciunt vt eadem res diuerso iure cẽseatur, id est vt bona quę filius emancipatus ab extraneo quęsiuerit pleno iure, & ita vt in iis plenam habeat proprietatem, conferenda sint quantũ ad fructus non etiã quantũ ad proprietatem. Nec enim duæ res considerari possunt in eo fundo cuius plenam proprietatem habeat filius emancipatus nuda scilicet proprietas & vsusfructus, sed vna tantùm res est quæ ob eam causam vno nomine appellatur, & vel fundus, vel proprietas simpliciter, aut etiam si voles plena proprietas appellatur. Quamquam neque adiectio hæc necessaria est. Proprietatem enim simpliciter cùm dicimus plenam intelligimus ẽstque necessaria tunc tantùm adiectio aliqua, cùm eã proprietatẽ significare volumus, quæ sit ab vsufructu separata. Tunc. n. nudam proprietatem dicere debemus, aut quod idem est, proprietatẽ detracto vsufructu. *l. si alij. 19. D. de vsufr. legat.* vbi hanc ob causã respondet Modestinus, si quis alij fundũ alij eiusdem fundi vsumfructũ legauerit, quãuis eo animo, vt legatarius fundi non nisi nudã proprietatem, alius

verò totius fundi vsumfructum haberet, futurũ tamen vt inter eos causa fructuum communicari debeat inuito etiam testatore: Quod respõsum etsi plerisq; mirum & durũ videtur mihi tamẽ nõ videtur. Nã licèt in testatoris potestate sit facere vt vnus ex legatarijs nõ habeat nisi nudã proprietatem, alius verò totum habeat eiusdem fundi vsumfructum, Non æquè tamen in ipsius arbitrio & potestate est facere vt fundi appellatione plena proprietas nõ significetur, non magis quàm si candelabrum diceret vt vestem significaret. Rerum siquidem vocabula immutabilia sunt *l. 4. de legat. 1.* & ad quid nomina nisi vt vnâquaq; rẽ suo nomine exprimant, vt pro Seruio cõtra Tuberonẽ Celsus disputat in *l. Labeo. 7. §. Seruius. D. de supellect. legat.* addens nõ ex opinionib. singulorum sed ex cõmuni vsu nomina exaudiri debere. Cùm igitur causa fructuum non possit à proprietate separari nisi per vsusfructus constitutionẽ quę ipsa nihil nisi separatio est fructuum à proprietate nuda remanẽte, consequẽs est vt cùm aliquis fundus emãcipato acquiritur, non duæ res ei acquirãtur, scilicet nuda proprietas & præterea vsusfructus, sed vna tantũ res id est fundus quia nulla potest fieri aut intelligi separatio vsusfructus à proprietate in vna eadémq; persona, cũ nemo rei suæ vsumfructũ habere possit *l. vti frui. 5. D. si vsusfr. petat.* eáq; nostrorum interpretum distinctio ridicula sit in vsumfructum causalem & formalem vt à nobis alio loco contra interpretes disputatum est. Quod si res illa quę pleno iure emãcipato acquiritur, vna est, & indiuidua, illud etiam planè consequens fit, vt diuerso iure censeri non debeat, *l. eũ qui. 23. in fi. D. de vsucap.* Atqui censeretur diuerso iure, si cõferri deberet quantum ad fructus, non etiam quantum ad proprietatem cùm nec fructus illi aliud sint quàm pars integralis & essentialis plenæ proprietatis. Nam si ipse quoq; vsusfructus à proprietate separatus qui in iure tantùm non in parte consistit *l. Mæuius. 66. §. penul. de legat. 2. l. si à reo. 70 §. si reo. D. de fideiuss.* in quibusdam tamen pars dominij esse dicitur, *l. 4. iunct. l. si Titio fructus. 33. §. 1. D. de vsufruct.* nempe quia emolumẽtum rei continet *d. l. Mæuius. 66. §. penult. l. cùm filius. 76. §. dominus. eod. tit. de legat.* 2. Quanto magis fructus percepti ab eo qui pleno iure dominus fuit, plenamq; proprietatem habuit, censeri debent pars ipsius plenæ proprietatis? Ergo cùm dicunt interpretes fructus bonorum aduentitiorum ab emancipato conferendos esse, proprietatem verò non item, non solùm diuidunt rem sui natura indiuiduã, sed etiam pugnantia & contradictoria loquuntur, Acsi dicerẽt aduẽtitia ista cõferri & nõ cõferri. Cõferũtur. n. cùm proprietas cõfertur, Non cõferuntur verò cùm proprietas nuda nõ confertur. Sed & faciunt quod absurdius est vt emancipatus quem nolunt conferre nudam proprietatem, eximatur à necessitate conferendi id tantùm quod non habet. Nudam. n. proprietatem neque habet neque habuit vnquam, sed tantum plenam cùm ab ea proprietate nũquam fuerit vsusfructus separatus. Ergo necesse est, vt vel plenam proprietatem conferat quam solam habet, vel nihil. At nec ipsi interpretes negant absurdum fore si diceretur nihil eum conferre debere quia si in potestate mansisset, pater eorum bonorum vsumfructum habuisset. Fateantur ergo vel inuiti oportet plenam proprietatem ab emancipato conferendam esse: In eóq; deterioris condicionis esse emancipatos quàm filiosfam. Sicut è cõtrario sunt melioris in eo quod aduentitiorum plenam proprietatem habent etiam viuo patre quam filij in familia retenti nõ habent nisi nudam. Vt hoc commodum cũ incommodo compensetur, præsertim cùm neq; inuiti succedant pa-

rentib. nec proinde inuiti ad collationem vrgeãtur, sed eo tantùm casu quo paternæ successionis partem iis aufferre velint qui ex iuris ciuilis ratione soli succedere deberent. Quæ res nõ paruã sanè habet iniuriã. Nec minùs hodie quã olim, tametsi hoc verum sit emãcipatos succedere iure ciuili cùm succedãt ex Iustin.constit. q̃ filiis emancipatos exæquauit in causa succedendi *Nou.118.de her.ab intest.venient.* quia non idcirco sustulit Iustin. edictũ prætoris de collationib.nec quicquã circa collationes immutauit nisi ad earũ ius ampliãdum potiùs quàm restringendum. Deniq; remanet incorrectum ius vetus de collationib.nisi quatenus nouis siue Iustin. siue aliorum Imp.constitutionib. correctum & immutatum reperitur. Ita nos tractatum hunc totum de collationib. longè aliter quàm ab interpretib. nostris siue antequioribus siue recentiorib.hucusq; explicatus sit,his trib.Decadibus absoluimus.

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLIII.

ERROR PRIMVS.

De donatione causa mortis à patre in filiumfamilias collata.

MONVIMVS in superioribus, donationem causa mortis tùm quoque cùm rei traditione perficitur, duobus modis fieri posse. Vno ita vt dominium rei statim trãsferatur in donatarium, quamuis reuocabiliter, id est, Nisi contingat vel conualescere donatarium, vel mutare voluntatem [nã si ita donetur mortis causa vt nullo casu reuocetur, donandi causa magis mors est quàm mortis causa donatio vt scriptum est vel potiùs scribendum in *l.vbi ita donatur.27.D.de mort.caus.donat.iunct.l.mortis.16.l.qui mortis.30.& l.si is cui.39.eod.*] Altero ita vt dominium non priùs transferatur in donatarium, quàm donator decesserit *l.2.eod.l.si eum.9.§.vlt.cũ duab. seqq.D.de donat.int.vir.& vxor.* vbi dicitur donationes inter virum & vxorem licèt improbatæ sint si inter viuos factæ proponãtur, tamen mortis causa factas valere quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor esse desinunt. Quæ ratio licèt aptiùs accommodari videatur ad postremum hoc genus donationum causa mortis ex quib. dominium non statim trãsferatur, tamen non sic accipienda est quasi non valeat donatio quam vir in vxorem contulerit ea mente vt dominium in eam statim transferret [valet

enim oīs inter cōiuges mortis causa donatio]sed ita vt cùm vir vxori donauit mortis causa trāsferēdi statim dominij animo, sola dominij trāslatio impediatur, at nō etiā donatio quominùs tādē secuta morte suū effectū sortiatur vt Vlp. explicat in *l. sed interim.* 11. *eod.* quia oīs dominij translatio inter cōiuges ꝓhibita est q̄ ex causa donationis fiat sed nō oīs donatio. Hinc dubitādi ratio nō ꝓbabilis tātū sed etiā perelegās. An filiof. pater mortis causa donare possit: Quamquā nō reperio quēquam ex pragmaticis aut interpretib. nostris adeo siue subtilem siue imperitum qui de hoc dubitet. Quib. nēpe persuasū est mortis causa donationes capi ad instar legatorū *l. Marcellus. 15. l. illud. 37. D. de mort. caus. don. l. vlt. C. eod.* Adeò vt ob hoc ipsū putēt donationes intra viuos à parētib. in filiosf. collatas morte cōfirmari, ꝗ ea ratione fiat vt iure legatorū capi videantur. Nec. n. dubiū est, quin valeat legatū ꝙ pater filio suo quamuis in potestate cōstituto reliquerit, quia eius obligatio incipit ab herede & eo tēpore quo iā sublatū sit vinculum patriæ potestatis *l. her. 40. D. de oblig. & action.* Ego verò ausim dicere donationes mortis causa collatas à patrib. ī filiosf. nō magis valere, quàm q̄ īter viuos fiunt. Quam in sententiam me illud mouet, quod tam ea q̄ mortis causa, quàm q̄ inter viuos fit donatio non nisi alterutro ex duob. modis perficitur, traditione nimirum aut stipulatione. Atqui neutro ex his modis fieri pōt inter patrem & filium. Ergo prorsus nullo. Iam. n. cōstat īter omnes nō posse filiumf. à patre stipulari. Obstante nimirum patria potestate quæ alioq; apertissimè violaretur *l. Imp. 50. D. ad S C. Treb.* Traditionem verò à patre factam ex causa donationis accipere filius nō pōt, quia tametsi traditio fit facti meri nō iuris *l. cū. 7. §. vlt. D. de curat. furios.* nō aliter tamen valere pōt ad perficiendam donationē, quàm si obligetur pater, qui tradidit, vt vel donationem reuocare nō possit, quod contingeret facta donatione inter viuos si valeret, vel saltem reuocare illam debeat, & dominium condicere quod amisisset per donationem traditione perfectam, vt cōtingit quoties facta est mortis causa donatio quæ valuit. Quamquā. n. ex pœnitentia reuocari quandocunq; potest donatio facta mortis causa, non ideo tamen vindicatio locum habere potest, quæ domino sola cōpeteret sed cōdictio *l. si filiof. 23. d. l. qui mortis. 30. l. qui alienā. 33. D. de mort. caus. donat.* Nemo autem dixerit dominium quod patris fuerit trāsferri in filium per traditionem, vt pater donationem reuocans egere possit condictione non vīdicatione. Nam & ius patriæ potestatis hoc impedit, nec minùs in donatione causa mortis, quàm inter viuos *l. siue emācipatis. 17. C. de donat.* Quòd si replices nihil prohibere quin fiat donatio causa mortis & quidem vtiliter tametsi ex ea dominium non statim transferatur. Videlicet si donatum sit ea mente vt non nisi mortuo donatore dominium in donatarium transiret, quemadmodum initio capitis præfati sumus ex *l. 2. D. de mort. caus. donat. l. sed interim. 11. D. de donat. int. vir. & vxor.* Ideoque donationes causa mortis inter coniuges ita factas valere quæ non valerent si donatio causa mortis fieri & intelligi sine dominij translatione non posset *d. l. sed interim,* Dicam verum quidem hoc esse. Sed tamen non eo magis posse fieri vt valeat donatio causa mortis à patre in filiumf. collata, quia tùm quoque cùm sic donatio fit, vt ex ea dominium non transferatur, traditionem tamen hactenus valere necesse est vt ex ea non solùm translatio fiat possessionis naturalis, quam vtique fateor non minùs transferri ex donatione facta per patrem quàm ex ea quæ facta sit inter virum & vxorem *l. 1. §. si vir vxori. D. de acquir.*

Acquir.poss.l.2.§.vlt.D.pro her. sed etiam obligatio aliqua contrahatur, cuius potestate fiat vt mortuo saltem donatore dominiũ ex ea traditione iam ante facta transferri posit, nullo in eam rem interueniente auxilio iuris. Id enim est quod dici solet non esse appellandam donationem nisi per quam dominium transferatur vel actu vel habitu vt loquitur Castrens. ad *l.in edibus.§.vlt.ex illo textu.D.de donat.* Quæ præcipua differentia est inter legata & donationes causa mortis. Legata enim, quia in iis nulla traditio interuenit necessariò indigent potestate legis duodecim tabularum vt possint confirmari, & ob id dicuntur incipere ab herede *d.l.hereditariarum.* Donationes verò causa mortis nulla indigent confirmatione legis, quoniam ab initio valent, nec incipiunt ab herede donatoris sed à donatore, quia donator ille ipse fuit qui tradidit, quiq; per traditionem illam dominium transtulit siue statim traslatum illud voluerit siue in id tantùm tempus, quo mors ipsius donatoris insecuta esset. Idque est quod solemus dicere donationes causa mortis licèt proximè accedant ad naturam legatorum, tamen accedere etiam ad causam donationum inter viuos, & earum habere quædam insignia vt loquitur Iustinian.in *§.1. Instit. de donat.* quale illud est, quod interdum valent etiam non adita hereditate, nimirum si dominium statim translatum sit in donatarium licet reuocabiliter vt dicemus *Decad. 45. in Error.4.5. & 6.* [quid enim potest interesse donatarij causa mortis, an donatoris hereditas adita sit, cùm iam habeat rem sibi traditam à donatore, & iam acquisitam sufficiatq; mortem esse insecutam donatoris vt spes redhibendi prorsus sit extincta *d.l.non videtur.32.l.Seia.42.§.vlt.D.de mort.caus.donat.*] item quod non possunt fieri absenti sed præsenti tantùm *l.inter mortis.38.eo.* vt nec donationes inter viuos nisi sit qui rem ferat & tradat nomine absentis donatoris, vel nisi iam penes donatarium sit res donata vt nulla sit opus traditione *l.absenti.10.D.de donat.* quia cùm ad perficiendam donationem siue inter viuos siue mortis causa necesse sit interuenire vel stipulationem vel traditionem certum est neq; absentem stipulari posse neq. absenti fieri traditionem nisi per interpositam personam *l. 1. D. de verb.oblig.l.4.D.de donat.* Rursum quod qui accusat testamentum & suprema iudicia defuncti non ideo amittit donationes sibi factas siue inter viuos siue mortis causa nec si testamentum ruptum sit aut pronunciatum falsum *l.etiãsi.11.D.de inoff.testam.l.post legatũ.5.§ qui mortis causa.D.de his quæ vt indign.auff.r.* Præterea filiusfam.mortis causa donare patre consentiente potest *l.tam is. 25.§.1.D. de mort.caus.donat.* Quæ omnia dissimilia sunt in legatis quæ quia incipiunt ab herede non aliter possunt valere quam si adita sit hereditas ex testamento quod neq; falsum neq; inofficiosum aliterve ruptum aut rescissum sit, nec legatarij præsentiam requirunt; & cùm non possint dari legata nisi in testamento non magis potest filiusfamilias legare quàm testari etiam patre consentiente *d. l. tam.15.§.1.l.qui in potestate.6.D. qui test.facer.poss.* Sed & mortis causa donatio interdum ipso iure reuocatur. Vt puta si donatum tibi sit ab aliquo mortis causa non sub ea condicione, si ex ea infirmitate decesserit sed cogitatione mortis cùm se ex ea infirmitate moriturũ putaret donator non aliter donaturus, postea verò is cõualuerit, Sola enim cõualescentia facit vt donatio ista ipso iure reuocata intelligatur, quãuis nulla in donatore, probetur mutatio volũtatis *l. qui precio.8.in fin.l.mortis causa.16.l.si is cui.35.D.de mort.caus.donat.l.non omnis. 19. D.de reb.credit.* legatum verò

quia non confirmatur nisi moriente testatore nunquam potest ipso iure reuocari licèt facilè possit adimi *tot. tit. de adim. legat.* Adde quod mortis causa donatio semper capitur ab alio quàm ab herede cũ capiatur ab ipso donatore, nim quoq; cùm aliena res donata est quam donatarius vsuceperit. Nam & hoc casu non tam ab eo cuius res fuit eam cepisse videtur donatarius; quã ab eo qui donando præstitit occasionem vsucapionis *d. l. qui alienã, 35. D. de don. caus. mort.* At legatum nunquam capitur nisi ab herede, quia nec alius quã heres ipse onerari legato potest. Denique, quod ad rem nostram & institutã disputationem magis pertinet, reuocata donatione causa mortis donatarius tenetur condictione saltem possessionis illo etiã casu quo non fuerit dominiũ translatum ex donatione, quia traditionis quę ab initio valuit effectus reuocandus est reuocata donatione, nec potest fieri, vt donator habeat vindicationem etiamsi res extet, nisi cùm iure ciuili donatio impeditur *l. si sponsus 5. §. vlt. D. de don. int. vir. & vxor. sunct. l. qui mortis 30. D. de mort. caus. don.* Legatarius verò non põt testatori cõditione teneri cũ ex causa legati, neq; dominiũ neq; possessio transferri à testatore possit vt egeat cõdictione, quia nec legatũ valet vt cõfirmetur & effectũ habeat viuo testatore. Quas omnes legatorum & & donationum causa mortis differentias ideo attulimus, vt appareat donationem causa mortis quoties valet inducere obligationem aliquam ex parte donatoris & in ipsius persona siue per stipulationem fiat siue per traditionem, & siue traditio ita facta sit, vt dominiũ in donatarium statim transferatur siue ita vt non nisi secuta morte donatoris. Ex hoc enim solo differentiæ illæ omnes proficiscuntur, & aliæ si quę sunt, quales sanè sunt pleræque, & tã multæ, vt non dubitem quin quod tam generaliter scriptũ est *in l. illud. 37. eo. tit. de mort. caus. dona.* mortis causa donationes generaliter legatis comparatas, & quodcunq; iuris est in legatis id & in mortis causa donationibus esse accipiẽdum, Triboniano adscribendum sit respicienti ad Iustin. constitutionem in *d. l. vlt. C. eo.* potius quàm Vlp. Scripserat Vlp. in legis Iuliæ & Papiæ interpretatione vt inscriptio legis demonstrat eandẽ rationẽ esse legatorũ & donationum causa mortis, quod & Paulus ad eandem legem scripsit *in l. & fideicõm. 87. de leg. 3.* vbi ait & fideicõmissum & mortis causa donationẽ legati appellatione contineri scilicet quantum ad legem Iuliam & Papiã quæ de caducis legatis tãtum locuta facilè fraudaretur, si nõ ita acciperetur vt etiã ad fideicõmissa mortisq; causa donationes pertinet. Inde verò capta occasione Tribonianus specialem Iureconsulti sententiã fecit generalem, vt more suo eam accõmodaret ad Iustin. cõstitiõnẽ in *d. l. vlt.* qua disertè cautum est, vt donatio causa mortis omnes effectus sortiatur, quos vltimæ habent liberalitates neq; ex quacunq; parte absimilis eis esse intelligatur. Quamuis idẽ Iustin. eãdem cõstitutionem referens in *d. §. 1. Inst. de dona.* adiecerit dictionẽ *ferè* nõ ausus illas omnino negare aut dissimulare differentias quæ tã multæ supersunt inter donationẽ causa mortis & legatũ, quas si inuitus quoq; ille agnoscere cogitur, quis credat ab Vlp. cuius est *d. l. illud,* agnitas non fuisse? Quod si donatio causa mortis, vt ad institutam disputationem redeamus, quomodocunq; facta sit, non aliter potest valere quàm si obligatio aliqua inducatur inter donatorem & donatarium [nam & condictio qua tenetur donatarius post reuocatã donationem præsupponit aliquã obligationem præcedentẽ, vt & alia quælibet actio *l. si quis. 5. §. is quoque. D. de obli. & action.* licèt non fiat donatio vt donatarius obligetur donatori, sed vt donator donatario, quomodo accipiẽda est *l. Arist. 18. D. de donat.*] prorsus cõsequens fit, vt nullomodo valeat

donatio à patre in filiumfam. collata, quoniam obligari pater filiofam. ciuiliter nequaquam nulloq; casu potest *d.l.Imp.50. D. ad SC. Trebell.l.ne cum filiof.16.ff.de furt.* Neq; vllus sanè iuris locus est qui valere dicat. Nõ tamē nego cõfirmari silētio & morte patris qui nõ mutauerit voluntatem licèt specialis confirmatio nulla interuenerit, quoniã & donatio inter viuos quę non magis valet quàm donatio causa mortis hoc modo confirmaretur *l.donationes quas parentes. 25. C.de donat.int.vir. & vxor.* etsi eam legem non nisi de donationib. inter viuos loqui ex eo intelligimus, quod non aliter illas morte confirmari aut etiam retrotrahi patitur, quàm si fuerint insinuatæ cùm legitimam summam excedunt. Insinuatio siquidem in donationib. causa mortis necessaria non est ex alia eiusdem Iustin. constitut. in *d.l.vlt. C. de donat. caus.mort.* Sed tamen cùm non à Iustin. illud noui sit inductũ sed iam inde ab antiquo iure repetitum vt patris morte ac silentio confirmetur donatio vt suo loco ꝓbauimus, nõ egemus illa Iust. cõstit. ad hoc vt mortis causa donatio per patrem filiof. facta morte patris cõfirmetur. Nec proinde bona est cõsecutio, si quis dicat Iustin. constit. de cõfirmãdis parentũ morte donationib. ad donationes causa mortis nõ pertinere. Ergo eas nõ cõfirmari morte. Potiùs. n. e cõtrario dicendũ & inferendũ esset cõfirmari eas morte quoniã ad illas nõ pertinet ea cõstitutio quippe quę nõ tam sit de cõfirmãdis huiusmodi donationib. quàm de nõ cõfirmãdis, cùm facta sit ad restringendũ ius istarũ donationũ potiùs quàm ad ampliãdũ. Quanquam nihil causæ esse video cur nõ etiã ad mortis causa donationes à patre in filiumf. collatas ea constitutio pertineat cùm generaliter loquatur de donationib. quas parentes in liberos cuiuscũq; sexus i potestate sua cõstitutos cõferũt, aut q̃ i aliã personã collatæ sunt, cui donare non licet. In quarum donationũ numero diximus esse donationes causa mortis filiofa. à patre factas. Nec quod insinuandæ non sunt ad rem facit. Hoc. n. ius nouum est à Iustin. constit. in *d.l.vlt.C.de donat. caus.mort.* cuius verba ostendunt aliud respondendum fore si ea lex non esset ante quã comparabãtur donationes causa mortis donationib. inter viuos non legatis etiam quod ad hoc vt insinuari eas oporteret. Iustin. verò cùm voluit non esse in iis necessariã insinuationē, id fecit quo magis non quominùs valerēt. Non igitur ex ea constitutione sumi argumentũ potest ad probandum donationem causa mortis à patre in filiumf. collatam mortis patris minimè confirmari. Dices, quid igitur interest quærere an huiusmodi donationes valeant nécne si morte patris confirmantur? Nã & q̃ inter alios fiunt, quamuis ab initio valeãt non priùs tamē perfectæ sunt, quàm confirmatæ fuerint morte secuta donatoris *d.l.2.d.l.non videtur.32. D.de mort. caus. donat.* Et hoc sanè est quod interpretes omnes fefellerit, vt quæstionē hãc non magni momenti esse putauerint. Sed animaduertere debuerunt. Immò verò permultũ interesse an ab initio valeat donatio causa mortis an non valeat, licèt vtroq; casu non priùs absolutè perfecta & confirmata videri possit, quã donator decesserit: quia cùm ab initio valuit factáq; est per traditionem [de hac. n. non loquimur non de illa quæ facta sit per stipulationē] si postea sequatur quandocunq; mors donatoris, dominiũ ipso iure acquiritur donatario ex instanti mortis, nec alio vllo facto iurísve auxilio opus est ad inducendam dominij translationē. Vnde est quod in mortis causa donationibus ipsum mortis tēpus inspiciendũ est, si q̃ratur an donatarius capere possit *l.in mortis.22.eod.tit.de mort.caus.donat.* At cùm donatio non valuit ab initio ne-

que traditio licèt confirmetur morte patris eiusdémq; donatoris, non ideo tamen dominium rei donatæ acquiritur filio statim & ipso iure post mortem patris, sed perinde necessarium est filio auxilium & officium arbitri familiæ erciscundæ acsi donatio inter viuos facta esset vt dominium quod neque per traditionem acquiri potuit,ne quidem secuta patris morte, quomodo potuisset si donatio ab initio valuisset, neq; rursum per solam donatoris mortem,quomodo si legatum filio fuisset,si donatio ab initio valuisset,neq; rursum per solam donatoris morté,quomodo si legatum filio fuisset, saltem per arbitri adiudicationem acquiratur, secundum ea quæ in præcedentibus diximus ex *l.filia cuius.18.C.fam.ercisc.& l.cum pater.77.§.pater plurib.21.de legat.2.* De cuius sententia quoniam perelegans est & ad sententiæ nostræ confirmationem accommodatissima separatim differamus.

ERROR SECVNDVS.

De sententia & electione l.cum pater.77.§.pater pluribus de legat.2.

PATER plurib. filiis hæredib. institutis moriés claues & annulú custodiæ causa maiori natu filiæ tradiderat, & præterea libertum eidem filiæ qui præsens erat res quas sub cura sua habebat adsignare iusserat. Quærebatur apud Papin. an donatio in filiam istam collata, an commune filiorum omnium negotium gestum esse videretur. In quo illud statim occurrit,quod mirere,quænam potuerit esse ratio dubitandi,præsertim quę digna sit elegantia Pap.cur non dicédú esset commune gestú negotiú heredum omnium institutorú,cùm pater nõ nisi custodiæ causa claues & annulú huic filię maiori natu tradidisse pponeretur. Quid,n. tam apertum quàm hoc videre, ex clauiú & annuli traditione quæ custodiæ tantùm causa facta sit, nihil minùs quàm donandi animú & voluntatem induci? Aut quonam colore filia petiisset apud arbitrum fam.ercisc.sibi adiudicari res illas præcipuas nisi tanquã sibi donatas, & à patre traditas hoc ipso quod claues & annulum ei tradidisset? Clauiú siquidem traditio, pro earum rerum traditione est, quæ in eo loco sint cuius claues traditæ fuerút *l.clauib. 74.D.de contr.empt.l.1.§.penult.D.de acquir.poss.l.qua ratione.9.§.item si quis D.de acquir.rer.domin.§.item si quis Instit.de rer.diuis.* sicut & traditio instrumentorú pro traditione est earum rerum quæ instrumentis continentur *l.1. C.de donat.* Ob idq; nimirum filia contendebat in iis reb. potiorem causam suam esse debere officio arbitri famil.ercisc.non minùs quàm si res ipsas pater tradidisset,quo casu minùs dubitari potuisset quĩ traditione perfecta fuisset donatio, quam necesse olim erat perfici aut traditione aut stipulatione. At quantumuis res ipsas pater tradidisset, non eo magis tamen donasse videri debuisset, si non nisi custodiæ causa tradere se dixisset, cùm sint ista inter se non modò diuersa sed etiam contraria. Tradere quid animo donandi. Et, Tradere custodiæ causa, Ne alioqui dicendum sit, Deponere nihil aliud esse quàm donare. Itaque vt hinc exordiar puto verba illa quæ apud Papinianum leguntur, *custodiæ causa*, in textum irrepsisse ex glossa interpretis alicuius, non male animaduertentis in ea specie patris voluntatem illam fuisse vt claues haberet filia custodiæ gratia potiùs quàm ex causa donationis. Quod & Papinianum sensisse dubitandum non est, cùm si aliter putasset,

haud

haud dudiè pro filia respondisset res omnes illas quæ ad causam clauium pertinebant, & quas libertus eidem assignare iussus erat præcipuas ipsi adiudicari oportere, tanquam facta per patrem donatione, inutiliter quidem ab initio, sed tamen postea morte confirmata siue inter viuos siue causa mortis factã eam interpretaremur. Sed error in eo fuit quod illa interpretatio textui inserta est. Et ad facti speciem propositam relata, quæ tamẽ referri debuerat tantùm ad mentẽ Papiniani. Nam de hoc solo quærebatur apud Papinianum. An claues istæ traditæ essent causa custodiæ an donationis. Quemadmodum enim si constitisset traditas fuisse custodiæ tantùm gratia nulla dubitandi ratio erat quin cõmune liberorũ omnium negotium gestũ esse intelligeretur. Ita è contrario si apparuisset donandi animo factã clauium traditionem, dubitari nõ potuisset, quin donatio illa etiam inualida, morte tamen patris cõfirmata officiũ arbitri inducere, iustãq; faciendæ adiudicationis causam præbere debuisset. In dubio autem existimauit Papinianus cõmune liberorũ negotium gerere patrem voluisse potiùs quàm vni filiæ res illas donare, id est custodiæ potiùs quàm donationis gratia factam interpretandã clauium traditionem. Siue quòd in dubio semper ea sit fauorabilior interpretatio, quæ inter liberos inducit æqualitatem. *l. vlt. C. commun. vtriusq. iudic. l. vt liberis. 17. l. illud 20. §. 1. C. de collat.* Siue quòd præcedente cõmuni institutione liberorũ per quam pater voluntatem suam satis declarauerat quomodo succedere illos vellet, non erat probabile tam cito eum mutasse voluntatem vt filiam natu maiorem quicquam præcipuum habere vellet. Præsertim cum tradendarum ei clauium causam illam habuisset quod esset ipsa maior natu, & consequenter talis cui tutiùs quàm alij vlli ex liberis, posset claues credere ad res hereditarias. *l. vlt.* D. *de fid. instrum.* Ex eo autem quod Papinianus ponit claues huic filiæ traditas fuisse non modo post factum iam testamentum, sed etiam à patre moriente, intelligimus si in ea specie traditio illa non custodiæ causa sed donandi animo facta fuisset, debuisse censeri eam donationem causa mortis potiùs quàm inter viuos. Non quòd fieri nequeat vt quis etiam moriens inter viuos donasse videatur si absolutè donauerit vt in specie pertelegantis quam idem Papinianus tractat in *l. Seia. 42. §. vlt.* D. *de donat. caus. mort.* Sed quia cùm post testamentum donatur, & à moriente probabilius est mortis causa, quàm inter viuos factam donationem cum negari non possit quin facta sit cogitatione mortalitatis, quod sufficit vt donatio causa mortis facta esse existimetur *d. l. 2. D. eod.* Alioqui hoc ipso quod pater claues filiæ tradidisset, seipsum spoliasset vt quamuis conualesceret, omnia tamen bona sua amisisse inueniretur si fortè donatio eiusmodi in filium emancipatũ collata esset vt valere posset, quod tamẽ non solùm ridiculũ esset verum etiam inhumanũ. Neq; hoc casu locũ habere potest quòd iacturi solet traditionem in dubio præsumi factã animo transferẽdi dñij ex *l. sed nisi. 8. iũct. §. vlt. l. præced. D. de iur. dot.* Tũc.n. id obtinet cũ præcedit titulus habilis ad dominium transferendũ, vt & Bart. benè vidit. Hic verò titulus nullus præcedit neque præcedere potuit à patre viuente. Sed etsi dominiũ transferri posset ex causa donationis, & de donandi animo aliquid per coniecturas præsumi posset capienda tamen esset præsumptio factæ donationis causa mortis potiùs quàm inter viuos, tanquam quæ sit minùs odiosa, propterea quòd minùs pauperẽ facit donatorẽ à quo reuocari potest quàm donatio inter viuos quæ

reuocari numquã potest: Igitur ex hoc Papi. respõso probatur optimè quod proximo capite dicebamus donationẽ causa mortis à patre collatã in filiã, nõ magis valere quàm si inter viuos facta esset, Alioqui nulla fuisset ratio cur filia quæ donationem meruerat implorare debuisset officiũ arbitri familiæ ercilcundæ ad retinẽdas præcipuas res sibi donatas, quarũ sc. dominiũ saltem ex die mortis patris sibi acquisiuisset ante aditã quoq; hereditatẽ immo etiã adita numquam hereditate. Cùm donatio causa mortis ad hoc vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur, nõ exigat aditionẽ eóq; differat à legato, quod & interpretes nostri fatentur teste Iulio Claro *li. 4. sentent. in. §. donatio. qu. 6.* res. n. donatæ & traditæ quæ ex instanti mortis fuissent filiæ acquisitæ nõ magis potuissent ipsius fieri per adiudicationem arbitri. Quandoquidem & lex & adiudicatio sunt duo modi ex illis sex modis acquirendi dominij iure Quiritium quos enumerat Vlp. *tit. 19. de acquisit. rer.* & quod meum iam est nõ potest magis fieri meum eodem dominij genere, nec si alius concurrat acquirendi dominij modus *l. in bello. 12. §. etsi ignorans. D. de captiu. & postlim.* Lex autem sicut sola illa est cuius potestate dominium acquiritur legatario, in eúmque recta via transfertur à testatore *l. legatum. 80. de legat. 2. l. à Titio. 64. D. de furt.* ita & cõfirmat donationes causa mortis vt ex iis dominiũ transferri possit morto saltem donatore. Indéq; nimirum est quod huiusmodi donationes causa mortis dicuntur capi nõ ad instar vltimæ cuiuslibet voluntatis sed ad instar legatorum, ad differentiã scil. fideicõmiss. cùm quib. si hac parte similitudinem haberent. non cum legatis, eueniret vt ex iis dominium iustum & quiritiarium transferri non posset ne quidẽ mortuo donatore, quia ex fideicommissis non solùm ipso iure non transfertur, sed nec si traditio sit secuta vt sæpius inculcauimus in præcedentibus *ex l. 3. D. si vsusfr. petet.* Rursum ex hoc eodem Papin. responsõ elegantissimè probatur donationem causa mortis factam filiofamilias à patre confirmari morte patris, sicut & donatio inter viuos quæ per traditionem facta esset confirmaretur, quoniam alioqui non posset officio arbitri familiæ erciscundæ præcipua retineri cùm nihil aliud officium arbitri inducat, nisi quod confirmata per patris mortem donatione habeat arbiter voluntatem patris apertam quam & sequi debeat, & tueri.

ERROR TERTIVS.

De sententia & ratione. §. Meuio. 6. d. l. cùm pater. 77. de legat. 2.

PERTINET etiam hic §. ad ea intelligenda quæ diximus de donatione causa mortis, & dignus est de quo aliquid dicamus. Adeò malè à Bartolo cæterísque interpretib. explicatur. Meuio debitori suo reus stipulandi mandauerat vt Titio cui mortis causa donabat pecuniã debitam solueret. Cũ sciẽs Meuius mãdatorẽ vita decessisse pecuniã dedisset, respõdit Pap. nõ esse liberationẽ secutã, nec si Meuius soluẽdo nõ esset, in Titiũ actionẽ solidi vel iure falcidiæ dãdã esse, quia mortis causa cepisse nõn videretur. Diuersum probandum foret, inquit, si Meuius ignorans dominum vita decessisse pecuniam errore lapsus dedisset. Tunc enim portio iure falcidiæ retineretur. Nihil potuit dici aut elegantius aut a-

aut apertius apud eos qui iuris ignoratione labi nescirent. Aderat in hâc specie animus donandi Titio mortis causa, in eámq; rem mandatum erat Męuio debitori vt pecuniam quam debebat, Titio solueret. At non ideo facta fuerat donatio causa mortis, quæ scilicet non nisi traditione vel stipulatione perfici olim poterat. Hîc.n.neq; traditio, neq; stipulatio interuenerat, cùm neq; animum ipsum donandi quem creditor habuerat, sciuisse viuo eo Titius proponeretur, neq; pręsens fuisse cùm fieret mādatum vt ipsi solueretur. Donationem verò non solùm quę inter viuos fiat, sed etiam quę causa mortis, certum est non alij quàm præsenti fieri posse. *l. inter mortis.* 38. *D. de mort. caus. donat.* quoniam inter absentes, neq; traditio, neq; stipulatio fieri potest. Cùm ergo Męuius post creditoris sui duntaxat mortem Titio soluisset, sciens ea morte reuocatum iam mandatum, non poterat videri Titius mortis causa cupisse illam pecuniam. i. ex donatione causa mortis, quia nulla prorsus donatio præcesserat, nisi fortè quis animum donandi pro donatione ipsa vellet accipere, quod sanè stultum esset. Aliud.n. est semperq; fuit donandi animum habere, aliud verò donare, adeò vt nec sufficeret olim pactū donationis interuenisse ad faciendam donationem. Hoc enim Iustin. primus induxit in *l. si quis argētū.* 35. *C. de donat.* Errántq; maximè qui putant in donationib. causa mortis iā olim ita ius fuisse, vt donatio causa mortis pacto nudo fieri posset ex *l. quod bonis.* 13. *in princ.* D. *ad leg. falc.* Nam quod ibi proponitur mortis causa debitum pacto remissum, atque ita nudo pacto factam donationem causa mortis, habet eam rationem, quòd illo casu traditio, neque necessaria erat, neq; fieri poterat, cùm ea res donaretur quę iam erat non solùm in possessione, sed etiam in dominio donatarij. Dominus enim quisque est eius pecunię quam alij debet. *l. 1. in princ.* D. *de liber. leg.* alioqui nec posset liberari soluendo eam pecuniam cuius dominium non haberet. Quare nec aliud in donatione inter viuos fuisset, si fortè animo donandi inter viuos nudo pacto debitum creditor remisisset. Nam necessaria non est traditio quoties donatarius iam penes se habet quod ei donatum vult donator, sufficitque ad hoc vt fiat dominus quòd resciat animum donatoris, & quam habet ille donandi voluntatem. *l. absenti.* 10. D. *de donat.* quia neque fieri posset, vt donatario traderetur quod iam ille possideret. *l. quędam.* 77. *D. de rei vindic.* Quò pertinere creditur quod Paulus scribit *lib. 5. sentent. tit. 11. de donat. §. 2.* probationem traditæ vel non traditæ possessionis, non tam in iure quàm in facto consistere, ideóque sufficere ad probationem si rem corporaliter teneant. Sic enim Pauli interpres ad eum locum notát, si quis rem corporaliter teneat cùm ei donatur hoc sufficere ad traditam possessionem. Sed parum acutè. Non enim ait Paulus sufficere ad traditionem rei faciendā quod res à donatario iam teneatur corporaliter, quamquam hoc quoque verum est, sed sufficere ad probationem factę traditionis, i. nulla alia probatione onerandum esse donatarium, vt ostendat sibi traditas res donatas. Hoc ipso enim præsumi traditas à donatore, & quidem ex causa donationis ad perficiendam donationem. Nisi ex aduerso probetur corporalem possessionem ex alia causa ad donatarium peruenisse post donationem ei factam. Itaque traditio facilè pręsumitur facta per donatorem, cùm donatarius in rei donatæ possessione reperitur, at stipulatio non itá facilè præsumeretur, cùm verbis opus sit, & quidem sollennibus ad cōtrahendam stipulationem, nec tantùm facti sit stipulatio vt traditio, sed etiam iuris. *l. si vnus.* 27. *§. pactus ne peteret.* D. *de pact.* Ad hanc enim traditionis &

stipulationis differentiam videtur allusisse Paulus supradicto loco, vt significaret cõmodius esse donatario, qui corporalem habet rei donatę possessionẽ vt dicat factã sibi donationem esse per traditionem quàm vt dicat factam per stipulationem, quãuis neq; traditionem, neque stipulationem aliter probare posit, alterutram verò probari necesse sit. At nõ sufficit donatario ad hoc, vt per traditionem perfecta dici posit donatio, quod reperiatur in possessione rei donatæ, si eam possessionem nactus fuerit post mortem donatoris. Traditionem.n. per quam perficiatur donatio necesse est ab ipso donatore fieri vel ab alio ex eius voluntate, & consequenter viuo donatore cuius post mortem voluntas nulla esse potest. Indéque est quod apud Papin. quamuis donatario tradita fuisset pecunia per Mæuium debitorem, adeóq; ex mãdato donatoris, quia tamen tradita fuerat post mortem donatoris, atque ita finito iam mandato finitáq; per mortem voluntate, non poterat dici factam traditione donationem, non magis quàm si traditio nulla facta esset: nihil enim refert an nulla facta sit, an verò facta sit ab eo qui neq; donator fuerit, neq; donatoris habuerit voluntatem. Nec quod dici solet morte donatoris perfici quamlibet mortis causa donationem ad rem facit. Non.n. eius propositionis sensus ille est, vt donatorem mortuum esse sufficiat, vt donatio causa mortis omnimodo perfectę esse intelligatur, etiamsi antea non valuerit, sed hic potiùs vt donatio causa mortis vtiliter quidem facta, nimirum traditione vel stipulatione interueniente, sed quę in diem vsque mortis reuocari poterat, ideoque nec perfecta videbatur, tũc demùm perfecta videatur, cùm mors insecuta est donatoris quandoquidem ex eo tempore desinit reuocari vnquam posse. *l.2. l.non videtur.32. D.de mort.caus.donat.* Cęterùm donationem causa mortis factam esse necesse est priùs quàm morte donatoris videri posit perfecta. Traditionem igitur, vel stipulationem pręcessisse oportet, cùm neutra interueniente nulla donatio facta dici posit, quantũcunq; adfuerit animus donandi. Ponit tamen Papin. datam à Męuio pecuniam cùm sciret mandatorẽ iam decessisse, non quasi ob id minùs reuocatum mandatum videri debeat quod mandatorem decessisse Mæuius ignorauerit, [semper enim reuocatur mandatum aut vt meliùs dicam soluitur morte cùm res integra est. *l.mandatũ.15. C.mandat.*] sed quia soluto licèt mandato contingit liberatio debitori, qui soluit bona fide ignorans finitum esse mandatum, siue morte finitum sit, siue expressa reuocatione, ne alioqui ex iusta suã ignorantia periclitetur. Adeò vt non solùm liberetur si fuit debitor, sed etiam vtilem habeat mandati actionẽ contra heredem mandatoris, si debitor ipse non fuit, *l.inter causas.26.in prin. l.si precedente.58.D.mandat.* vbi elegãter dicitur, mandatum quidem morte mandatoris solui, sed non actionẽ mandati. Facit *l.si quis seruo.18.l.cùm quis. 38.§.1.l.si cùm Cornelius.82.D.de solut.* Porrò quo casu liberatur Męuius per solutionem à se factam Titio post mortem mãdatoris.i.cùm facta fuit ab eo solutio priùs quàm sciret mortuũ donatorẽ eundémq; mandatorem, fatendũ est mortis quoq; causa Titiũ cepisse videri, h.e. ab eo qui voluit donatam ei pecuniã causa mortis, quia nec alio colore põt liberatus dici Męuius, quàm quia videatur pecuniã tradidisse suo creditori, deinde creditor Titio cui donabat causa mortis, vt contingit quoties celeritate coniungendarũ actionum vna occultatur. *l.3.§.pe.D.de don.int.vir.& vxor.l.singularia.15.D.de reb.cred.* acsi tradita fuisset viuo adhuc mandatore. Nihil siquidẽ refert quod ad hunc effectũ an traditio facta sit viuo mãdatore an eo quidẽ mortuo, sed priusquã mortuum

mortuũ esse sciretur. Magis mirũ illud est qđ addit Papin. si Mæuius soluẽdo nõ sit qui soluit Titio sciẽs iã mortuũ mandatorẽ nõ idcirco habituros heredes mandatoris vllã in Titiũ actionem neq; solidi neq; iure falcidię propterea quòd, inquit, mortis causa cepisse nõ videatur. Hæc.n. ratio probat quidẽ nihil contra Titiũ falcidiæ iure peti posse, cùm falcidia nõ nisi ex legatis deducatur & ex ijs quę ad instar legatorũ capiuntur id est ex donationib. causa mortis, Sed non probat Titium de solido restituendo non teneri. Quidni.n. teneatur, cùm si mortis causa nõ accepit pecuniam, nullo iure eam accepisse videatur? Verùm ad id Papin. respexit quod licèt nullo iure hanc pecuniam acceperit quãtum ad mandatorem, quia donatio nulla fuit, videtur tamen eã accepisse à Mæuio ex causa donationis, quia vt habet iuris regula, Cuius per errorem dati repetitio est, eius consultò dati donatio est *l. cuius per errorẽ. 53. de regul. iur.* Vt proinde nec vllam in eum actionem ad repetendũ possit habere Męuius, nec perinde vllam in eum præstare heredibus mandatoris, quibus vtiq; pręstare teneretur eam quã haberet, si quã haberet, tũc saltem cùm soluendo non esset, nec alia ratione indemnitati heredum mandatoris prospici posset. At nec videtur quicquã interesse mandatoris heredũ nunc ipsius, quod Mæuius Titio soluerit cùm non ideo fuerit liberatus, nõ magis quàm si nihil soluisset. Nisi quod potest dici factũ eũ pauperiorẽ ob hoc ipsũ quod donauit. Sed nõ potest ea res dare actionẽ creditori, cùm liceat cuique debitori malè res suas administrãdo adeoq; perdẽdo & donãdo facere deteriorẽ condicionẽ suorũ creditorũ dũmodo nihil faciat animo eorum fundandorũ *l. 1. §. 1. D. de separat. iunct. l. quod aũt. 6. §. simili modo. D. quæ in fraud. credit.* vbi additur neq; hoc casu in solidum teneri donatariũ, sed quatenus dũtaxat locupletior factus est, quomodo etiã accipi debet *l. ignoti. 5. C. eod.* vbi dicitur contra donatariũ dari ex edicto fraudatorio actionem detractãt quidẽ mentione scientiæ sed non tamen detracta mentione fraudis & doli, Consequẽs autẽ fit superiorib. qđ Papinianus subijcit, diuersum probãdũ fore si Mæuius ignorãs dominũ vita decessisse pecuniam errore lapsus dedisset. Tunc enim, inquit, portio iure falcidiæ reuocaretur, Nempe quoniam perfecta videretur eo casũ donatio per traditionẽ quã fecisset Męuius tametsi iã finito mãdato, cùm ignorãtia Mæuij qui ea solutione liberaretur bonam faceret traditionẽ acsi mãdatũ eo tempore adhuc durasset. Ex donationib. verò causa mortis nõ minùs quã ex legatis falcidiã deduci placet post cõstitutiõẽ Seueri, de qua in *l. si mortis. 5. & l. penult. C. ad leg. falcid. l. 2. C. de don. caus. mort.* Quòd si Mæuij ignorãtia prodesse posset tãtùm ad acquirendã ei liberationẽ, nõ item ad validandam traditionẽ factam ex causa mãdati quod intercesserat animo donãdi causa mortis, nulla proculdubio esset ratio propter quam tractari posset de falcidia, aut de actione mãdatoris heredib. eo nomine dãda. Et hæc quidẽ plana essent si Papin. solũ responsum nõ etiã Bart. cęterorũmq; ad Papinianũ cõmentarios haberemus. Sed faciunt illi vt longiores hîc nos esse necesse sit ad Papiniãni elegantiam ab eorum inscitia vindicanda n. Peccant verò potissimum in tribus. Primùm in eo quod põnũt donatorem promisisse mortis causa Titio eam ipsam pecuniã quã postea Mæuiũ eidẽ Titio soluere iusserit. Nam præter id q nullũ in toto *§. verbũ est*, quod talis promissionis aliquã vel minimã det significationẽ, si poneremꝰ pręcessisse promissionẽ seq̃retur factã fuisse donationẽ causa mortis vtiliter per stipulationẽ q vnꝰ modꝰ est vt diximus faciẽdæ donationis, nec proinde necessaria esse traditio quia ex duob. illis modis quib. fiebat iã olĩ donatio alterutrũ interuenire sufficiebat,

neq; vtrumq; concurrere necesse erat. Si autem necessaria traditio non esset frustra quęreretur an viuo mandatore an eo iam defuncto Męuius Titio soluisset. Omnimodo namque & omni casu confirmata esset morte mãdatoris donatio quæ iã viuo eo valuisset, neq; posset dubitari quin id quod Titius à Męuio post mãdatoris mortẽ accepisset, mortis causa cepisse videretur, quis accepisset finito iã mandato, cũ vel fatente Bar. aliud sit de mãdato quærere, aliud de donatione, nec quicquã vetet si ei credimus finiri mãdatum morte mãdatoris, & tamẽ eadẽ morte confirmari donationẽ. Quid.n. est cõfirmata donatione quod possit obstare quominus dicẽdus sit Titius accepisse pecuniã mortis causa si donatio & ab initio valuit & ex post facto cõfirmata fuit? An illud forte quod Męuius qui soluit Titio sciẽs finitũ donatoris morte mãdatũ videatur eidẽ Titio donasse, atq; ita credẽdus sit Titius pecuniã habere ex donatione Męuia potius quã ex ea quę primũ facta sit a Męuij creditore? Aliud.n. nihil est quod pro Bart. cõminisci possis ne per mẽdaciũ quidẽ. At hoc falsũ est. Nã donãdi animũ nõ põt videri habere Męuius q soluit ex mãdato etiã ꝙ finitũ esse sciat, quoties ita soluit vt ex ea solutione acquirat mãdatoris sui heredib. liberationẽ, quã si acqreret etiã nullo pręcedẽte mãdato, ex ea tñ causa deberet habere actiõẽ negotiorũ gestorũ. An nõ.n. eorũ negotiũ gessit vtiliter qui eos liberauit & ignorãtes dũ ne prohibẽtes? *l. vlt. C. de nego. gest. l. soluẽdo. 39. D. eod. l. solutione. 23. D. de solut.* Aut quomodo posset videri Titius accepisse ex donatione à Męuio, si ob eã solutionẽ cõsecutus esset id ꝙ ex ꝓmissione primi donatoris exigere alioqui potuisset? Quid.n. lucratur qui pecuniã sibi debitã ex donatione consequitur, & suã amittit actionẽ? Et rursus, cũ donatio facta Titio à Męuij creditore illa sit, quę causã dat huic solutioni, dicẽdũ esset etiamsi animũ donandi haberet Męuius, Titiũ tamẽ à Męuij creditore eodẽmq; donatore qui prior vtiliter donasset, potius quàm à Mæuio ipso donationẽ accepisse, sicuti Paulus scribit de eo qui alienam rẽ mortis causa traditã vsucepit, nõ ab eo videri cepisse cui⁹ res fuisset, sed ab eo qui occasionẽ vsucapionis pręstitisset in *l. qui aliená. 33. D. de mort. caus. don.* tametsi verũ sit alienare videri & quidẽ ex causa donationis illũ qui prudens & sciẽs rẽ suã vsucapi patitur *l. alien. 28. D. de verb. sign. l. qui heredi. 44. §. penult. de condic. & demonstr.* Adde ꝙ & cũ Mæuius ita soluit Titio vt creditoris sui heredib. acquirat liberationẽ ab obligatione cõtracta per promissionẽ quã donandi animo creditor fecerat, ipse quoq; ab ijs liberatur. Cui.n. daremus actionẽ negotiorũ gestorũ ad repetẽdũ quod soluisset si nihil debuisset, vt diximus, multo magis dabimus liberationẽ si soluerit ꝙ debuit, saltẽ accõmodata ei doli exceptione si a creditoris sui heredib. quos liberauit cõueniatur, qui accepta solutione tãtũ dẽ restituere negotiorũ gestorũ actione tenerẽtur *l. dolo. facit. 8. D. de dol. except. l. si socer. 44. §. Lucius. D. solut. matrim. l. in cõdẽnatione. 173. §. vlt. de reg. iur. l. quod si forte. 14 §. vlt. & l. seq. D. de solut.* Nõ ergo donasse dici posset qui soluẽdo acquisiuisset sibi liberationem siue ipso iure siue auxilio exceptionis, quoniã qui donat fit pauperior, qui verò sibi liberationẽ aut exceptionẽ acquirit hoc ipso fit locupletior *l. 1. l. 5. §. cõcess. D. de don. int. vir. & vxor. l. filiusfa. 7. D. de don. l. si pupillus. 45. in fi. D. de admin. tutor.* Cũ igitur verũ sit ꝙ & fatetur Bart. in Papin. specie habendũ pro donatore Mæuiũ ob hoc quod soluerit Titio ex causa mãdati quod sciebat reuocatũ, fateamur ꝙ res est, inutilẽ fuisse donationẽ causa mortis factam à Męuij creditore q̃a neq; traditio interuenerat, neq; stipulatio. Neq; hoc ignorasset

Barto-

Bart. nisi eum fefellisset quod in fine responsi Papin. ait, si Meuius antequàm sciret mortuum mandatorem soluisset Titio, futurum vt pecuniæ solutę portionem iure falcidiæ reuocari oporteret. Nec enim potuit videre quomodo fieri posset vt non tota pecunia reuocari deberet si promissio nulla intercessisset, cùm eo casu duo ista concurrerent vt & morte mandatoris reuocatum esset mandatum, & tamen non eo magis confirmata esset donatio quæ nulla præcessisse intelligeretur. Neq; dissimulat Bar. hac vna ratione moueri se post Accursiũ ne interpretationẽ nostrã quę & ab Accursio prima ex tribus proposita fuit, admittere possit. At debuit animaduertere ꝙ nos iã supra respondimus, Meuio solente ignorãter post mortẽ mãdatoris licèt finito iam mandato perinde tamẽ valere solutionẽ ad liberandũ, Meuiũ acsi viuo adhuc mandatore soluisset, & cõsequẽter traditione perfectã videri donationẽ nõ minùs quã si ante donatoris mortẽ Meui⁹ donatã à suo creditore pecuniã Titio tradidisset. Quid. n. refert an viuo donatore traditio facta sit, an facta esse intelligatur? Fateor esse præposterũ vt fiat traditio rei donatę post mortẽ donatoris quia prius est vt fiat donatio causa mortis quàm vt cõfirmetur & perficiatur morte donatoris, Non fit autẽ sine traditione cũ stipulatio nulla interuenit, Eáq; nimirũ perelegans dubitandi ratio fuit apud Papin. Sed viciũ hoc in casu quem tractamus ideo non afficit donationẽ ꝙ traditio quãuis post mortẽ donatoris facta, viuo tamẽ eo facta intelligitur, propter ignorantiã mandatarij bona fide soluẽtis ex mãdato ꝙ finitũ esse nesciebat. Ita fit vt ignorantia mandatarij prosit donatario, cùm faciat vt valeat donatio quę alioqui non valeret. Quod etsi videatur abhorrere ab ea iuris regula quę ponitur in *l. iniquissimum. 5. D. de iur. & fact. ignor.* in proposito tamen non abhorret, nec idcirco tam mirabile est quàm credidit Accursius quia non fit nisi per consequentias, Principaliter siquidem & immediatè ignorantia mandatarij non prodest donatario sed mandatario ipsi vt liberetur, nec quod iam semel bona fide soluerit, iterum soluere compellatur. Eo aũt admisso cùm liberatio illa nõ possit acquiri mandatario, quin tantundem de bonis mandatoris diminutũ sit, qui suam amisit actionẽ, nec alius amittendæ actionis titulus fuerit quàm donationis, per cõsequentias fieri necesse est, vt ex causa donationis videatur Titi⁹ accepisse ꝙ nõ nisi ex causa donationis mãdator amisit. Nihil autẽ in iure nostro frequẽtius est, quã vt multa per cõsequẽtias fiãt quę principaliter fieri nullomodo possent *l. 1. l. quod dicimus. 7. D. de autor. & consens. tutor. l. si fideiussor. 19. D. de dolo.* Secũdus Bar. & aliorũ error est ꝙ volũt eo casu quo Mæuius soluerit Titio post mortẽ mãdatoris, quẽ defunctũ esse non ignorabat, morte mandatoris eiusdẽmq; mandatoris reuocatum quidem esse mandatum sed non ideo reuocatam donationẽ, at potius cõfirmatam. Etsi. n. verũ est ꝙ nõ insubtiliter aduersus Accursiũ disputat Bart. mortẽ donatoris non tam esse causam reuocandæ quàm confirmandæ donationis causa mortis, dubitandum tamen nõ est quin apud Papinianum morte mandatoris sicuti mandatũ finitum fuit ita & extincta sit donatio. Non dico eam reuocatã quia reuocari nõ potuit quę nũquam valuit, neq; valere quę nec traditionem nec stipulationẽ habuit, sed dico extinctã, quia cùm in tẽpus vsq; mortis donatoris in eo esset donatio vt valere posset secuta scilicet ex mãdato traditione, desijt posse vnquã valere, cùm desijt traditio ex voluntate donatoris sequi posse, ꝙ euenit ex quo instãti sciuit Meuius defunctũ mãdatorẽ. Procederet aũt ratio Bart. si verũ esset vt ille supponit, aliquã præcessisse donatoris pro-

missionẽ, Qua vel vna ratione tãto magis moueri debuit, ne diceret vllā præcessisse, cùm si præcessisset, vtique secuta morte donatoris cōfirmata esset donatio, eā verò cōfirmatā nihil causæ esset, cur non liberatus esset Mæuius dādáque actio hæredibus mandatoris ad falcidiæ portionem reuocandā, quod vtrumq; tamen Papin. negat: distinguens an Mæuius sciens defunctum mandatorem soluerit an ignorans: vt intelligamus necessariam esse hanc distinctionem non tantum si quæratur an liberatus fuerit Mæuius, sed etiam si de donatione ipsa causa mortis vtrum valeat necne, dubitetur. In quo tertius & præcipuus est error Bar. existimantis non quærere de alio Papin. nisi an Mæuius sit liberat⁹ qui Titio soluit, & an aliqua ei repetitio cōpetat necne. Cum tamẽ de illo etiā & potissimũ quærere voluerit & debuerit, An donatio causa mortis valeret, eandémque in hac etiā quæstione adhibere distinctionem. Quid.n. aliud est q̃ ait Papin. si Mæuius soluerit sciens dominũ iam decessisse, nihil videri Titium mortis causa cepisse, quàm hoc casu nullā esse donationem? Rursus cùm subijcit si Mæuius ignorās soluerit portionem iure falcidiæ reuocandam esse, quid aliud significat quàm quod volumus donationẽ hoc casu valere? quādoquidẽ nullum ius aliud est reuocandæ portionis propter falcidiam quā quod ex donationib. causa mortis falcidia deducatur, quæ porro deduci non posset ex donatione quæ non valeret, sicut neque ex legatis inutilibus deducitur, aut ex inutilib. fideicõ. *l.1.§.antepen. D. de dot. releg. l.1 §.si creditori. l. verbis.5. l. si fundus.65. D. ad leg falcid.* quamuis non similiter è contrario deducatur falcidia ex omnib. vtilibus legatis, vt docuimus *li. 4. Coniect. cap.12. ad l. si creditori.28. de legat.1.* Cætera quæ Bart. hic tractat de reuocatione mandati & de illa distinctione vtrum ipsum mandatum an affectus duntaxat mandati conferatur in id tempus, quod sequatur mortem mādatoris, quoniam ad alium tractatum pertinent, nos quoque in alium locum conferemus.

ERROR QVARTVS.

De donatione à filiofamilias collata in patrem siue inter viuos siue mortis causa.

NON poterat olī locus esse huic quæstioni, cũ filiusfa. nihil propriũ habere posset, nisi q̃ pater sibi per filiũ acquiri nollet, extra causam peculij castrēsis vel quasi castrēsis. Cœpit locus fieri ex quo tẽpore facti sunt filijfa. capaces à Cõstātino primùm bonorũ maternorũ in *l.1. C. de bon. matern.* deinde à Iustin. cæterorum bonorum omniũ aduentitiorum in *l. cũ oportet.6. & l. vlt. C. de bon. quæ lib.* Profectitia.n. nõ poterat habere filiusfamilias, nisi in peculium, Peculium verò profectitium, licèt sit filij, magis tamen est patris, ideóq; paternam rē donare videretur paterfa. qui donaret peculiarem *l.3.§. sed vtrũ l. patri.27. D. de minor.* Adeò vt quamuis liberam peculij administrationẽ filio pater concesserit, non eo magis tamen donandi ius habeat filius, nisi vel iustissima ratione motus id fecerit, vel talis sit cui hoc quoque concessum videri debeat puta si sit senatoriæ dignitatis, quia extra hoc casus donare perdere est, nõ videtur aũt ei permissum vt perdat, quomodo ratiocinatur Vlp. in *l. filiusfa.7. D. de don.* Quòd si paternā rē alijs donare filiusfam. non potest

inter

inter viuos,multo minùs causa mortis poterit,quia tùm quoq; cùm pater filio permisit donationem simpliciter,non tamē videtur permisisse donationē causa mortis nisi specialiter id expresserit *d.l.filiusfa.§.sed .n.* Nō ꝙ donationis verbū simpliciter prolatū donationē omnē nō cōprehendat tā quæ mortis causa quā quę inter viuos fiat.*l.alienatū.67.§.1.de verb.signific.*nec quòd filiusfa.ex patris voluntate difficiliùs possit donare causa mortis quàm inter viuos *d.l.filiusfa.§. pari autem ratione.iunct.l.tam is.25.§.filiusfa.* D.*de mort. caus.donat.*Sed quia cùm donatio causa mortis nō nisi mortuo donatore cōfirmetur,perfectáq; videatur,credendū non est cogitasse patrem de casu illo tam malè ominoso,quo ante se filius moreretur.Est.n.casus ille contra votū cōmune & parentum omnium & naturæ *l.Iulianus.26. D.si quis omis. caus. testam.l.scripto.7.in fin.*D.*vnd.lib.l.cùm tale.72.de condic.& demonstr.* ideóq; speciali expressione opus est vt de donatione quoq; mortis causa sensisse pater videatur.Rursum,si paternam rem alij donare filiusfa.non potest,multo minùs ipsi patri donare poterit,quoniam alij quidem donare patre consentiente posset,tam mortis causa quàm inter viuos,siquidē donatio causa mortis licèt accedat proximè ad naturam legatorum[quę dubitandi ratio erat ad *d.l.tam is.§.filiusfamilias*,nec enim pater filio permittere posset vt legaret,nō magis quàm vt testaretur] tamē habet hoc simile cum donatione inter viuos quod ex ea contrahitur statim obligatio, & ante mortem donatoris siue per traditionem facta sit siue per stipulationem. At nec pater ipse cōsentire posset vt sibi res iā sua donaretur. Sed in bonis aduentitijs quorū hodiè filiusfa. capax est eadē ratio vt apparet locū non habet,cùm nihil vetet acquiri ea patri,si eo filius velit & pater cōsentiat Ideóque nec dubitandi causa vlla esse videtur,quare non possit filiusfam. patri ea donare. Et sanè quod pertinet ad donationē inter viuos vix reperias qui de hoc dubitet.De illa tātū donatione quę fiat matris causa dubitāt interpretes. Ex eo solo ꝙ filijsfa. nō aliàs licet mortis causa donare quàm si pater cōsentiat,& quidē specialiter ac expressim vt diximus ex *d.l.tam is.25.§.1.& d.l.filiusfa.§. pari autem ratione.* Absurdū autem videtur patrem in rem suam præstare autoritatem filio, id est vt sibi per filium donetur *l.1.l.quod dicimus.7.*D.*de autor.& consens.tutor.* Indéque sumunt occasionem tractandi an autoritas illa patris quæ necessaria est cùm filius donat mortis causa requiratur ad sollennitatem actus, & vt loquuntur ad integram personam filij,an ad hoc tantùm ne per filium patri præiudiciū fiat Putant.n.stare in hoc vno cardinem quæstionis illius An filiusfam.patri donare mortis causa possit quoniā,inquiunt,si autoritas patris requiritur pro actus sollennitate certum est non posse patrem in rem suam fieri autorem,Si verò in id duntaxat ne patri præiudicium fiat,nimis euidens est nullum patri præiudicium fieri cùm & donatur ea res in qua nihil omnino iuris pater habet,& patri ipsi donatur. In hac verò dubitatione, quod magis mirandum est frequentior interpretum schola in id inclinat, vt auctoritas patris necessaria sit filio donandi causa mortis tanquam ad actus sollennitatem. Si Iulio Claro credimus *lib.4.sentēt.§.donatio quæst.6.* vbi ex hoc infert,filium igitur patri mortis causa donare non posse.Mihi planè ridicula ne dicam ociosa videtur esse quæstio illa antecedens,ex qua volunt pendere decisionem sequētis.Supponit enim duo quę ambo falsissima sunt,quorum vnum est Filiumfamilias non habere ex se personam integram, Alterum verò donationem causa mortis esse actum, sollennem. Neutrum verum est. Filijsfamilias

enim persona integra est cùm habeat caput in ciuitate quippe qui non minus sit ciuis quàm si paterfamilias esset. Illa siquidem summa diuisio est ciuiũ romanorum quod aut patresfamilias sint, aut filiifamilias aut matresfamilias aut filiæfamilias *l.4. D.de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Donationem verò siue inter viuos siue mortis causa fiat, quis vnquã dixit esse actum sollennem? Quã scilicet sollennitatem habere dici potest? An fortè sollennitatem verborum cùm sit per stipulationem? Fuerunt enim stipulationum verba olim concepta & sollennia. Verùm quis ideo dicat stipulationem ipsam esse actum sollennem, & legitimum? Aut quis nescit donationem fieri posse etiam per nuncium & procuratorem *l.absenti.10. D.de donat.iunct.l.2.§.sed si quis.& l.4.eo.* itémque in diem & sub condicione *l.1. & tot.tit.C.de donat. quæ sub mod. vel cond.vel cert.temp.fiunt.* quorum omniũ nihil est quod de actib. sollennib. & legitimis dici possit. *l.actus legitimi.77.de reg.iur.* Possit quis fortasse probabilius tentare donationẽ esse actum solennẽ ex eo quod hodie requirit solennitatem actorum & insinuationis. Sed preter id quod iure nostro non omnib. donationibus id conuenit, at iis tantùm quæ summam constitutam excedunt de qua in *l.si quis argentum.35 & aliis.C.de donat.* propria est ea sollennitas donationum inter viuos, non etiam communis donationibus causa mortis, de quibus potissimum disputamus. Has enim nulla insinuatione indigere voluit Iustin.in *l.vlt.C.de donat.caus.mort.* Absit ergo vt dicamus sollennitatem vllam requiri in donationibus causa mortis, presertim vero si non per stipulationem, sed per traditionem factę proponantur. Traditio enim quæ meri facti est, nullomodo iuris, nullam certè potest habere iuris sollennitatem, vt apertè probat elegans ille Pauli locus quem superiore capite explicauimus *lib.5.sent.tit.11.de donat.§.2.* Quod si neque donatio causa mortis actus solennis est, neque personæ filiifamilias quicquam deest propter quod debeat integrari. An non bis ridiculi sunt qui sic loquuntur vt dicant. In donatione causa mortis quam filiusfamilias facere velit requiri autoritatem patris ad integrandam personam filij propter actus solẽnitatem? Iidem vero cur nõ eundem errorem tuentur cùm tractant de donatione per filiumfa. facta inter viuos? Nam & hanc constat non aliter posse fieri à filiofamilias quàm si pater consentiat & quidem pari ratione qua filiusfamilias etiam mortis causa donare prohibetur vt ait Vlpianus in *d.l.filiusfamilias §.pari ratione D.de dona.* Neq; verò vllam hac parte inter istas donationum species differentiam prudentes agnouerunt. Nisi quod vt filiusfamilias inter viuos donare possit, satis est patrem ei permisisse simpliciter vt donaret, vt verò posit mortis causa donare illud etiam exigitur, vt specialiter hoc ipsum pater permiserit, *d.l.filiusfamilias.§.penu.& d.l.tam is.25.§.1.de mort.caus.donat.* Et hoc vnum sane est quod interpretes omnes nostros fefellit, non valentes huius diuersitatis rationem inuenire, quã solent illi petere ex eo quod donatio causa mortis proxime accedat ad naturam vltimæ voluntatis & legati, quódque sicuti est illa medium quiddam inter donationem inter viuos & legatum, ex vtroq; aliquid participans ita debuerit hoc habere temperamentum, vt cùm filiusfamilias legare non posit nec si pater consentiat, donare autem inter viuos posit etiã patre specialiter id non permittente, mortis tamen causa donare posit quidẽ sed ita demũ si pater expresim autoritatem in eam rem præstet, quasi donatio causa mortis ob hoc ipsum quod proximè accedit ad legatũ, accedat etiã ad testamentũ, de quo dubitari nõ potest quin actus sit iuris ciuilis & multas

& ma-

& magnas habens sollennitates. Dixissent verò longè aliter & meliùs si eam dissimilitudinis rationem inuenissent quam nos attulimus, quòd pater qui consentit filiof. vt donet nō possit videri sensisse de permittenda donatione causa mortis, quin dicendus sit cogitasse filium ante se moriturum, q̄ tamen interpretatio prorsus ominosa esset ac improbabilis. Ex hoc namq; intelligimus non in eo differre donationem inter viuos à donatione causa mortis in persona filijf. quòd maior cautio ne dicā sollennitas in hac quàm in illa requiratur, nec quod enixior & expressior patris voluntas necessaria sit ad validādā donationē causa mortis, quàm ad validandam donationē inter viuos, sed quòd cùm peride & peræque voluntatē patris ī vtraq; donatione interuenire oporteat, facilius tamē est vt ī donatione īter viuos credatur interuenisse quā in donatione causa mortis. Nā vt donationē īter viuos ex volūtate patris factā esse appareat, sufficit quod constet permissum fuisse à patre vt filius donaret, adeóq; datā ei liberā peculij administrationē siue iusta aliqua causa fuerit donādi, siue Senatoria vel qua alia præclara fulgeat filius dignitate. *d.l.filiusf.* At quantumuis filius expressam à patre habeat donādi licentiā & illud quoq; si voles concurrat vt sit Senator, non eo magis tamen permissum ei videtur vt donet causa mortis quia de hoc casu nullomodo cogitasse pater intelligitur, qui si cogitasse ꝓbaretur etiāsi nihil scripto aut verbo expressum esset, non dubitarem quin donatio causa mortis omnimodo esset valitura quam filiusf. absente quoq; patre fecisset. Quemadmodum nec dubito quin valeat ea quam fecerit patre præsente & consentiente tacitè, i. non contradicente, tametsi nec expressim consentiat, cùm non aliam ob causam adhibeatur consensus patris quàm ne ignorante patre filius disponat de ea re quæ sit patris vel in qua ius aliquod habeat pater, vt in *l.apud Celsum. 4.§.quæsitū.D.de doli mali.except.* Præsertim si iustā contradicendi causam pater nullam habeat vt in *l.2. §.vlt.l.si cùm dotē.22.§. eo autē tempore & seq. D.solut.matrim.* Dico ampliùs Etiamsi patre ignorante donauerit filius siue inter viuos siue causa mortis si tamen postea quandocunq; ratihabitio patris sequatur dummodo adhuc viuo filio indistinctè valere donationē. Nulla.n. lex est, nulla ratio, quę faciat vti ne hoc casu locum habere debeat iuris regula generalis quæ vult mandato æquiparari ratihabitionē *l.vlt.C.ad SC.Maced.l.vero procuratori.12.in fin.D.de solut.* Item illa q̄ vult ratihabitionem retrotrahi etiam in donationib. *l.donationes quas parentes.25.in fin.C.de donat. int.vir. & uxor.* Quorum omniū tamē nihil verè diceretur si ad validitatem donationis causa mortis à filiof. factæ requireretur autoritas patris tanquam sollennitas eo modo quo tutoris autoritas necessaria est in iis quæ pupillus gerit. Eā siquidē autoritatē necesse est interponi vel in ipso negotio vel statim post perfectum negotium alioqui nullius est momenti *l.obligari.9.§.tutor.D.de autor.& cons.tutor.l.si quis mihi bona. 25.§. iussum. D.de acquir.her.* Quare nec reperias vllo iuris loco tā impropriè loqui Iurecōsultos vt illā patris voluntatem quā in donatione per filiumf. facta exigunt autoritatem appellent. Nudus.n.cōsensus est, nuda voluntas. Nec aliud requirūt prudentes, nisi vt donatio, quā filiusf.fecerit, facta sit ex volūtate patris siue inter viuos siue mortis causa donatū ꝓponatur. Proinde si voluntas illa dici deberet autoritas, nō minùs esset eo nomine appellanda ī donatione inter viuos, quàm in donatione causa mortis, *d.§.pari ratione,* quod tamē ne quidē ex interpretibus quisquam dixit. Ratio autē qua mouentur illi qui volunt autoritatem

patris necessariam esse ad integrandam filij personam in donatione causa mortis, inepta est. Aiunt. n. consequens alioqui fore vt posset liberè ac sine consensu patris filius donare mortis causa ea bona in quib. nihil iuris pater habuisset, cùm ex eiusmodi donatione nullum præiudicium patri generaretur. Atqui falsum est consequẽs (inquiunt. Ergo & antecedens.) Falsum verò cõsequẽs esse, quod è cõtrario nos verissimũ esse defẽdimus, probãt ex eo q̃ supradictis locis generaliter scriptũ est, filiũs. nihil posse donare causa mortis absq; cõsensu patris, exceptis bonis castrẽsib. vel quasi castrẽsib. Nimirũ, inquam, quoniam extra bona castrensia vel quasi castrensia nihil habebat eo iure filius quod non esset patris, nec proĩde quod posset donare quĩ patri dãnũ inferretur nec minùs si ĩter viuos quàm si mortis causa donaret. Cur ergo separant hac parte donationem causa mortis à donatione inter viuos? Et verò quemadmodum hodie filiusf. est capax aduentitiorum, etiam in quibus nihil oĩno iuris pater habeat ne quidem vsumfr. ita certum est posse illũ hoc casu de iis bonis pro arbitrio disponere patre quoque non solùm ignorante sed etiam iuito patre nec minùs donando causa mortis quàm aliter alienando vt in sequentib. dicemus ex *l. vlt. §. filiisf. C. de bon. quæ liber. & Nou.* 117. *Vt liceat matri & auiæ. in prin.* An igitur, quia dicimus non esse necessariam patris autoritatem in donationib. per filiosf. factis siue ĩter viuos siue mortis causa sint, illud etiam fatebimur. Valere donationem quam filiusf. contulerit in patrem? Id consequens fore putãt ĩterpretes. Ego non puto: Nec tantùm eam donationem quæ per filiumf. mortis causa facta sit patri, sed eam quoque quæ inter viuos, improbatam, nulliúsq; momenti esse arbitror. Sed noua ratione sc. quia neq; inter viuos neq; mortis causa donatio potest valere siue per traditionem siue per stipulationem facta sit, quin obligatio aliqua contrahatur & quidem ciuilis quæ porrò ĩter patrẽ & filiũ cõtrahi nulla potest, obstante iure patriæ potestatis vt in præcedentib. Decadib. tractauimus ex *l. Imp.* 50. *D. ad SC. Trebell. l. siue emancipatis.* 17. *C. de donat.* De illo tantùm dubitari posset. An huiusmodi donatio per filium facta patri morte filij confirmetur, quemadmodum si à patre in filiumfamilias collata esset confirmaretur morte patris. Sed quia in hoc quoque dissentio ab interpretibus separatam hac de re disputationem instituamus.

ERROR QVINTVS.

De donationibus siue inter viuos siue mortis causa in patrem à filiosf. collatis morte filij confirmandis.

QVEMADMODVM inter donationem quam pater in filiũs. confert, & eam quam filiusf. in patrem, commune illud est vt neutra valeat siue inter viuos siue causa mortis facta sit, idq; eadem illa ratione quòd inter patrem & filiumf. obligatio ciuilis contrahi nulla possit, vt proximo capite disputauimus. Ita vulgo creditum est donationes istas hoc etiam habere commune vt donatoris morte confirmentur siue filiusf. ille sit siue pater ex *l. donationes quas parentes.* 25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* quam nostri sic accipiunt vt generalis sit ad omnes donationes q̃ fiunt inter patrem & filium siue fiant patri à filio, siue filio à patre, sicut generalis est ad donationes q̃ fiunt inter virum & vxorem ita vt nihil intersit an vxor viro donauerit an vir vxori nec rursus an pater filiofam. an filiusfamilias patri. Sic enim Alex. Ias. & Rip. ad *l. 1. §. fuit quæsitum*

quæsitum.D.ad SC.Trebell. Castrens.in l.senium. C. qui testam.facer.poss. & in l.tam is.25.§.1. D.de donat. quos refert & sequitur ex recentiorib. Andr.Fachin.*lib.5.Controuer.cap.26.* Ac sanè difficile videtur dicere cur non perinde filijfamilias morte debeat confirmari donatio per filium facta patri, atque confirmatur morte patris donatio per patrem facta filio, cùm ad huiusmodi donationes confirmandas nihil aliud lex requirat nisi vt perseuerauerit donator & decesserit in eadē volūtate: nec minùs piè relinqui debeāt liberorū bona parentibus cùm turbatur ordo mortalitatis quàm bona parentum liberis deferuntur cùm ex communi voto parentum & naturæ liberi parentibus supersunt *l.nam etsi.15.D.de inoff.testam.* Mihi tamen hæc quoque quæstio videtur ociosa & inepta, nec nisi à mera maximáq; ignoratione iuris profecta. Cùm enim filiusfamilias moritur, ac proinde viuo adhuc patre & durante patria potestate [alioqui paterfamilias non filiusfamilias moreretur] quem alium successorem habere potest quàm patrem? Vtiq; enim testamētum facere non potest, ne quidem de iis bonis in quib. pater nec proprietatem habet nec vsumfructum, nec aliud quicquam iuris *l.penult.C.qui testam. facer.poss.* exceptis bonis castrensibus, & quasi castrensibus de quibus filiofamilias permissum est testari ex constitutionibus *l.filiusfamilias.7.§.vltim. D.de donat.l.1.2. & tot. D. de castrens. pecul.* propterea quòd in iis filiusfamilias patrisfamilias ius & locū obtinet *l.2.D. de SC. Macedon.* Ab intestato autem certum est nullum posse filiofamilias heredem esse, ne quidem patrem, nec si de peculio castrensi agatur, & filiusfamilias miles proponatur, quia omnimodo filiisfamilias siue milites sint siue pagani permissum est habere heredem in peculio castrensi, sed eo demum casu testati decesserint *l. vltim. D. ad SC. Tertyll.* defunctóque filiofamilias intestato qui castrense peculium habebat, occupat pater bona illa castrensia non tanquam hereditatem, sed iure peculij, nec quasi heres sed quasi pater vt eleganter scriptum est in *l.2. D.de castrens.pecul.* Ergo tametsi ponas donata fuisse patri per filium bona peculij castrensis posteáque filium viuo patre decessisse, non nisi frustrà & ridiculè posis dicere confirmatam morte filij donationem fauore patris ad quem ipso iure dominium redit, nec tantùm rerum ei donatarum, sed etiam cæterorum omnium bonorum filij castrensium. Quid enim donatione aut donationis confirmatione indiget pater, cuius non solùm nunc dominium est, alio & pleniore iure, sed & semper fuisse intelligitur tanquam ei acquisitum iure patriæ potestatis quasi postliminij cuiusdam similitudine habeat peculium antiquo iure retroq; dominia rerum habuisse videatur vt Tryphoninus loquitur in *l.de hereditate.19.§.pater.eod.tit.* Immo ex hoc apparet tātùm abesse vt filijf. morte confirmari posit huiusmodi donatio siue inter viuos siue mortis causa facta sit, vt è contrario tunc demum cum filius moritur tanto certiùs fiat neq; vnquam valuisse neq. valere amplius posse donationē patri factā. Earum sc. rerū q̄ in patris dominio semper fuisse retrofingūtur, cui quippe donari nō potuit quod iā ipsius esset, quodq; ab eo auocari amplius numqā posit. Quod si in bonis castrensib. verò hæc dicuntur in quibus iam olim plus iuris habuit filiusf. quàm hodie habeat ex Iustin. constitutionib. in bonis aduentitiis, de quib. nimirum nullo casu testari potest ne quidē volēte patre, quo tamen etiā inuito de castrensib. posset, & toto Pandect. iure potuit, quāto verius dici poterit donationē bonorū aduentitiorum patri à filiof. factam siue inter viuos siue mortis causa valere

nullomodo posse neq; filij morte cōfirmari? Vnus tantùm casus est quo huic q̄stioni locus fieri possit. Is est si filiusf. siue miles siue paganus peculium castrense habēs de illo testatus sit & aliū quàm patrē sibi heredem instituerit. Tūc.n. cùm nihil iuris habeat pater in hereditate filij, qui heredē aliū habere voluit, indiget proculdubio cōfirmatione donationis, ad hoc vt donatio quā viuus filius ī eū cōtulit, & q̄ ab initio nō valuit retineri possit, nec bona donata ī causam hereditatis cōuertantur. Sed præter id quod ī bonis aduētitiis, de quib. solis nunc disputamus nihil tale tractari pōt cùm vt diximus de iis testari filiusf. nullo casu posit. Dico etiam illo casu, quo filiusf. aliquid īter viuos donauerit patri vel mortis causa ex bonis castrensib. deīde testatus sit de peculio castrensi posse quidem indubitatè defendi donationem valere cùm inter patrem & filium ex causa castrensis peculij obligatio contrahi possit *l. pater miles. 15. §. 1. D. de castr. pecul. & lis esse. l. 4. D. de iudic.* Sed nō posse tamen cōfirmari filij morte donationem, si poneres ab initio nō valuisse, quia vt explicamus in præcedentib. cùm tractauimus de confirmandis morte donationib. per parentes ī filiosf. collatis, cōfirmatio ista q̄ ex solo silentio īducitur, non eum effectum habere pōt vt dominium rei donatæ statim & ipso iure acquiritur donatario, sed tantùm vt inducat officium arbitri fam. ercisc. ad faciendā adiudicationem ad hoc vt res quæ donata fuit p̄cipua retineatur. *l. filia cuius. 18. C. fam. ercisc. l. cùm pater. 77. §. pater plurib. de legat. 2.* Atqui iudicium fam. ercisc. nō habet locum nisi īter coheredes *l. 1. l. cùm putarē. 36. & seq. D. fam. ercisc.* Ergo cùm alius quàm pater institutus heres fuit ī bonis filij castrensib. & quidem in solidum patre ex nulla portione adscripto coherede, vel dicendum est donationem ab initio valere de quo hoc casu non dubito, cùm neq; donationis tempore fuerit res patris sed filij neq; ex post facto retrofingatur patris fuisse quomodo retrofingeretur si filius intestatus decessisset. Vel fatendum nihil patri prodesse posse ad cōfirmandā morte filij donationem q̄ filius in eadem voluntate decesserit. Quanquam neq; hoc video quomodo fieri possit, vt filius nō mutauerit voluntatem qui alium quā patrem heredem instituit, & patrem vel exheredauit nominatim, vel silentio præteriit, quod effectu idem est. Præteritus.n. à filio pater habetur p̄ exheredato, & cui testator auffert legitimā successionem adeoq; portionem ipsam legitimariā, quæ debetur ex legib. multo magis credēdus est auferre voluisse donationem quæ ea iure & legib. nec debita fuisset, nec vnquam valuisset. *l. si pater. 4. D. pro donat.* Ponendum igitur esset hoc casu patrem eundémq; donatarium à filio heredem institutum fuisse pro parte vt posset locus esse iudicio fam. ercisc. īter patrem ac ipsius coheredem, itémq; propositæ quæstioni. An rem illam sibi à filio donatam præcipuam retinere pater posset. In qua quæstione statī occurreret, quod pro patre dici posset, nō videri filium voluisse ademptam donationem patri cui præterea bonorum suorum partē dedisset arg. *l. vlt. C. de instit. & subst.* cùm potuisset nihil ei dare si voluisset, adeóq; citra metum querelæ iofficiosi testamenti *l. de inofficioso. 9. C. de inoff. testam.* Sed tamen hoc etiam casu fatēdū esset donationem quam viuus filius ī patrem cōtulisset neq; valere, neq; morte cōfirmari posse pro ea parte quā ī ea re haberet pater iure hereditario, quia quod iam haberet pater tanquam heres pro hereditaria portione, nō posset iterum habere ex causa donationis non ob id solùm q̄ duę causæ lucratiuæ circa eandem rem eandémq; personam concurrere nō possint *l. oēs. 17. D. de oblig. & act.* sed etiā quia cùm donatio nō valuerit ab initio non fecit quominùs res donatæ manserint in bo-

nis donatoris, quas sc. non haberet pater si heres filio non extitisset arg. *l. sequens. quaestio. 67. de leg. 2.* quae verò res manserunt in bonis donatoris viuentis eadē defuncto donatore necesse est, vt fiant hereditariae, porro quae sunt hereditariae eas facit hereditas singulas heredis statim & ipso iure *l. legatū, 80. de legat. 2.* quod autē heredis factū est ex causa hereditaria, eius magis fieri nō potest ex causa siue donatiōis siue adiudicationis. *§. sic itaq. Inst. de action. l. in bello. 12. §. si quis seruum. D. de capt. & postlim. l. non vt ex plurib. 67. D. de regul. iur.* Non igitur posset confirmari donatio facta patri nisi pro parte coheredis, quia & cùm vni ex heredib. aliquid legatur vel praelegatur, non valet legatum, nec praelegatum pro hereditaria ipsius portione cùm heredi à semetipso inutiliter legetur *l. & quidem totum. 18. de legat. 1. l. miles ad sororē. 75. §. 1. de legat. 2.* Accedit, quòd & cùm pater à filiof. heres instituitur in peculio castrensi siue in totum siue pro parte, videtur tamen iure suo pater iā olim heres fuisse & dominiū habere antiquius quatenus pater quàm quatenus heres, ne ob id videatur deterioris condicionis factus esse quod fuerit à filio institutus *l. vlt. D. de castrens. pecul.* etsi de illius loci sentētia vidēda sunt quae scripsimus in Iurisprudentiae scientia ad *tit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. princ. 6. illat. 12.* Caeterùm extra hunc casum, quo pater à filiof. castrense peculium habente fuerit institutus adiecto alio coherede, dico nullum aliū dari posse in quo morte filij confirmari queat donatio patri facta: quanquam hoc casu multa opus est cōfirmatione donationis quandoquidem donatio ipso iure valet vt diximus. Cúmq; talis casus in castrēsi dumtaxat peculio possit occurrere, nunquam verò in bonis aduentitiis, concludamus generaliter contra nostros interpretes Bonorū aduentitiorū donationē à filiof. factam patri, neq. valere, neq; morte filij cōfirmari vllo casu posse, ex ratione iuris siue inter viuos siue mortis causa donatio facta proponatur. Nec. n. ab intestato potest vllum esse iudicium fam. ercisc. cuius auxilio ea donatio per adiudicationem ab arbitro faciendā conseruetur, nō magis quàm ex testamento, quia neq; filijf. hereditas vlla est, nec magis legitima quàm testamentaria inspecta sc. iuris ciuilis ratione. Quāuis nō ignorem in eo quoq; cōmuniter nostros interpretes errare post Bar. ad *l. post dotē num. 26. D. solut. matr.* quod putant etiā olim potuisse filiāf. in dote aduentitia heredem habere ab intestato. Quem errorem nos refutauimus *lib. 13. coniect. cap. 4. & 9.* Illud nō nego, Iustin. nostrum inuita iurisprudentia cōstituisse *Nou. 118. de her. ab intest. venient.* vt etiā filiusf. in his bonis quorū hodie capax est legitimū heredem habere posset, gradū scil. descendentium si qui sint, si nō sint, ascendentium, Postremo loco ex latere veniētiū nō minùs quàm si esset sui iuris. Post quam cōstitutionem, videtur posse dari casum in quo possit morte filij cōfirmari donatio à filiof. in patrem collata. Nimirū si filiusf. nullis relictis liberis decedat superstite patre cui aliquid ex bonis suis aduentitiis donauerat, superstite item matre. Hoc. n. casu cùm placuerit Iustin. ascendentes omnes qui eiusdem gradus sint simul admitti ac proinde matrem cū patre cōsequēs fit vt inter eos possit accipi iudiciū fam. ercisc. cuius aequitate fiat vt donatio à filio facta tanquā ipsius morte cōfirmata, patri praecipua adiudicetur. Semper. n. ad officium arbitri fam. ercisc. id pertinet vt defuncti voluntatem quisquis ille sit inter coheredes tueatur. Sed tamen si subtilius inspicias, nec hoc quidem dici potest. Toties. n. defuncti voluntatem tueri debet arbiter, quoties talis defūctus fuit qui cū suprema decedere potuit volūtate. Quasi tacitè

hanc quoque voluntatem supremam reliquerit, is, qui in donationis à se viuo inutiliter factæ voluntate perseuerauit. Quænam autem ratio haberi debet tacitæ voluntatis illius defuncti qui expressam voluntatem nullam relinquere potuerit tametsi voluisset, quique non solùm testator esse non potuit sed nec paterf. fuit? Eritq; hoc tanto certius, si eam Bart. & aliorum traditionem sequare quam nos in superiorib. refutauimus, quæ habet donationes istas inutiles morte confirmatas capi ad instar legatorũ. Nec.n. Iustin. fecit vt filiusfa. legare posit, qui neq; testari potest. Sed capiantur si voles ad instar fideicommissorum. Constat nec alios posse fideicommissum relinquere quàm qui testari possunt *l.1.in princ.& §.hi quib. de legat.3.* eos verò qui expressim fideicommittere non potuerunt, nec tacitè fideicommisisse videri debere: arg. *l.ab exheredati. 126.de legat.1.l.3.in princ.l.conficiuntur.8.§.1.D. de iur.codicill.* Denique absurdum est donationem inutilem quam donator speciali expressaque voluntate confirmare non potuerit haberi pro tacitè confirmata solo silentio. Possetq; hæc quæstio in eum duntaxat filiumf. cadere qui castrense peculium habuisset, ac aliquid ex eo patri donasset, tum intestatus decessisset, quo casu etsi iure vetere inspecto, non posset valere, neque confirmari donatio à filio collata in patrem, in cuius dominio res donata semper in preteritum fuisse ex postfacto retrofingeretur vt supra diximus. Hodie tamen cùm filiusfa. qui heredem legitimum habere potest etiam in bonis aduentitiis, multo magis posit habere in castrensibus, cessat hæc ratio quæ impediebat olim ne talis donatio vel valeret vel confirmari posset morte patris. Sed tamen cessante ratione, quæ impedit, ne possit confirmari, sequitur necessariò vt nihil iam impediat quominùs ab initio valuerit donatio, facta scil. à filio & de bonis propriis & quorum nomine potuit obligari vtiliter patri nil obstante iure patriæ potestatis. Pendebat olim donatio in id vsque tempus quo filiusf. decessisset vt sciretur an testatus an intestatus decessisset, cùm defuncto eo intestato pater iure peculij omnia filij bona castrensia occupans rem quoque donatam in eo numero haberet quasi quæ ipsius patris semper fuisset: Defuncto autem eo testatò, pater non alio quàm donationis iure posset habere rem, quæ, si donatio facta non esset, ad alium heredem pertineret. At hodie non pendet donatio bonorum castrensium à filio collata in patrem sed omnimodo & iam inde ab initio valet, quia in omnem casum, i. siue testatus decedet filius siue intestatus certum est bona filij castrensia numquam ad patrem peruentura iure peculij, sed semper iure hereditatis aut testamentariæ aut legitimæ. Itaq; non minùs hodie verum est, quàm olim nullum esse casum in quo morte filij posit confirmari donatio patri facta ne quidem in bonis castrensibus. Multo minùs ergo talis vllus reperietur casus in aduentitiis. Nam inter castrensia & aduentitia in eo quidem differentia est quod castrensium donatio etiam patri facta hodie valet ab initio indistinctè propter eam rationem quam attulimus, aduentitiorum verò non item [nec.n. fecit Iustin. in bonis aduentitiis quod in castrensibus fecerant priores Imp. vt filiusf. iure patrisf. censeatur, sed hoc tantùm noui induxit vt legitimum heredem habere posit in vtrisq; quẽ olim habere non poterat ne quidem in castrensibus] At quod pertinet ad confirmandam donationem morte & silentio filij eiusdémq; donatoris, nulla differentia est inter bona castrensia & aduentitia. Nisi quod si donatio castrẽsiũ non valeret vno tamẽ casu morte filij cõfirmari posset etiam iure vetere ĩspecto. Scilicet eo casu quem attulimus, quo filius testatus esset patrémque ex parte

heredem scripsisset adiecto ei extraneo coherede. Aduentitiorum autem donatio nullo casu morte filij confirmari potest, ne quidem hodie, quia quamuis fecerit Iustin. vt filijf. perinde ac patrisf. legitima hereditas aliqua sit, nec minùs hereditas sit, q̃ legitima est, quàm q̃ testamentaria, tamen ad confirmandam donationem morte ac silentio filij non sufficit esse aliquam ipsius hereditatem, sed præterea necesse est talem eam esse, quã videatur ille spōte sua relinquere legitimis suis heredibus acsi eos instituisset, vt fideicommissi aut alterius cuiuslibet vltimę voluntatis iure possit defendi donatio quę non valuit quandiu donator vixit. Nulla.n.alia ratio est propter quã permissum sit ei qui decedit intestatus aut fideicōmissa relinquere, aut quam aliã liberalitatis speciem exercere ĩ præiudicium legitimi successoris quàm quia videatur ille legitimũ heredẽ instituisse *d.l.3.d.l.conficiuntur.de iur.codicill. d. l. ab exheredatis.126.de legat.1.* hæc autẽ ratio nō pōt accōmodari filiof. quantũ ad bona aduentitia licèt accommodaretur quãtũ ad castrẽsia, quãdoquidẽ de castrensib. testari posset, de aduentitiis nō posset. Vnde & si olĩ filiusf. castrense peculium habens & intestatus decedere & fideicōmissũ relinquere voluisset, fideicōmissum valuisset ꝙ cùm testari permissum ei esset si vellet, multo magis etiã fideicōmissa relinquere ab intestato posset ad onerãdum patrem tametsi eo casu nō hereditatis sed peculij iure bona filii castrensia omnia deferrentur, vt subtiliter Paulus disputat in *l.filiusf.18.ff.ad leg.falcid.* Quod hodie longè certius est si ius vetus iungas cum nouo. Superest.n.hoc ex iure vetere vt filiusf. de castrensi peculio testari posit. Ex nouo autem hoc additum est, vt quamuis testatus non sit habeat hereditatem & heredem ab intestato. Quidni ergo poterit codicillos facere ab intestatò de bonis castrẽsibus? Planè de aduentitiis non idem posis dicere de quibus non habet factionem testamenti licèt habeat in iis quoque legitimum heredem. Illa sanè inter bona castrensia & aduentitia ab intestato & hodie esse videtur similitudo, quod quãuis tam aduentitiorum quàm castrensium capax sit filiusf. non ideo tamen filiusf. heredem legitimum habet patrem omnimodo neq; legitimã aliquam hereditatem, sed ita demum si habeat bona aliqua siue castrensia siue aduentitia. Non. n. Iustin. fecit vt vel hereditatem vel heredem posit habere filiusfa. qui nulla bona reliquit, quemadmodum de lege Cornelia scriptũ est in *l.lex Cornelia.28.ff.de vulg. & pupill.subst.* per eã factum nō esse vt heredem posset habere filiusf. qui bona nulla in ciuitate reliquisset. In quo alia condicio eorum est qui patresf. moriuntur, quos constat quamtumlibet egenos bonisq; omnib. destitutos hereditatem tamen relinquere, quã si quis imprudenter agnoscat omnib. ipsorum creditorib. cogatur respōdere acsi esset soluendo, cùm soluendo esse intelligatur hereditas q̃ inuenit heredem. *l.libertus.36. D.de bon.libert.l.qua dotis.33.D.solut.matrim.* Et diuersitatis huius ratio illa est, quia patrisf. hereditatem facit lex duodecim tabularum, quæ nihil aliud exigit nisi vt paterf. fuerit is qui decesserit, non etiã vt aliqua sint corpora cùm hereditas sit nomen iuris nec requirat vllum corpus. *l.3.§.1.D.de bon.poss.l.hereditas.50.D.de petit.her.* At filijf. hereditatem ab intestato primus & solus Iustinian. fecit. Verùm non constituto eo generaliter vt filiusfamilias perinde ac paterfamilias hereditatẽ habere posit, sed vt in bonis castrensibus & aduentitiis. Ergo non aliter quàm si reliquerit bona vel castrẽsia, vel aduẽtitia. Quæ si nulla sint, nō erit ĩ potestate patris etiãsi se filij heredem profiteatur, vt fiat heres seque obliget filij creditoribus, quia

neminem potest heredem facere nuda voluntas sine hereditate cùm hereditas sola illa sit quæ facit heredem eum cui defertur, si modò delatam acquirere sibi velit ille. *d. l. filiusfamilias.* 18. *D. ad leg. falcid.* Quod cùm ita sit, sequitur ex superioribus, si filiusfamilias patri bona sua aduentitia omnia donauerit, deinde decesserit superstite nõ solùm patre, sed etiam matre, nõ eo minùs habiturum eũ hereditatem in eaq; successuram matrem cum patre ac proinde bona filij oĩa quæ patri donata fuerant ęqualiter cõsecuturam, quia cùm donatio non valuerit propter ius patriæ potestatis necesse est bona donata quæ non transierunt in dominium patris, reperiri in hereditate filij, atque ita non minùs matri quàm patri ex constitutione Iustiniani hereditario iure deferri: quod in filio qui nulla nisi castrensia bona habuisset eáq; oĩa patri donasset, non similiter tractari posset, quia & donatio valuisset, & bona mortis tempore nulla filio superesset in quib. posset hereditas cõsistere. Sed cũ eo casu quo supersunt in hereditate filij bona aduẽtitia quæ oĩa patri suo ille inutiliter donauerat, necessariũ sit iudiciũ familiæ erciscundę inter patrem & matrẽ ex ęquo succedentes, elegãter dubitari põt apud eos qui cũ interpretib. putant donationes istas morte confirmari [nam si nobiscum sentẽtias nullo casu cõfirmari nullus huic dubitationi locus relinquitur.] an officium arbitri familiæ erciscundę tale esse debeat vt ea bona donata soli patri aiudicentur precipua, an potiùs vt nulla donationis ratio habeatur. Videturq; esse quęstio hæc ex genere τῶν ἀπόρων, vt illa quæ apud Africanum proponitur in *l. qui quadraginta.* 38. *eo. tit. ad leg. falc.* Etenim quicquid constitueris verùm esse, falsum reperietur. Námq; si dicas cõfirmari donationẽ vt eã arbiter familiæ erciscũdæ tueri debeat per adiudicationẽ, ita facies vt nihil omnino sit quod diuidi debeat inter patrem & matrẽ & consequẽter vt nulla filij hereditas esse videatur in qua nulla reperiãtur bona pro parte coheredis, aut saltem [quoniam id quoq; ꝙ pręcipuum retinetur capitur pro parte à coherede.] Vt familię erciscundæ arbiter nullus possit accipi eius hereditatis diuidendę nomine in qua nihil sit diuidendũ. Rursus si dicas diuidi omnia debere iter patrẽ & matrem, facies vt possit locus esse arbitro familiæ erciscundę, quo admisso pertinebit ad officium eius vt donationem tueatur, & omnes res donatas soli patri pręcipuas adiudicet. Quanquã in ea perplexitate multo expeditius esset dicere donationem non confirmari, quippe quæ non possit confirmari nisi officio arbitri cui porro non aliter locus esse possit quã si aliquid sit diuidendum. Esset enim ridiculum in id solùm accipi arbitrum familię erciscundæ, vt vniuersas res hereditarias vni ex heredib. præcipuas adiudicaret, nihil verò diuideret, nisi diceres futurum vtile hoc etiam casu & necessarium officium arbitri ad hoc, vt ex rebus adiudicatis vni, posset alteri falcidia suæ portionis adiudicari. Quod equidem fateor, non quia sicut ex legatis aut fideicõmissis, falcidia deducitur, ita ex donationibus inutilibus morte cõfirmatis ipso iure deduci possit [nulla. n. hac de re lex aut constitutio est in libris nostris] sed quia cũ sola æquitas inducat officium arbitri nemo dixerit æquum esse ita conseruari voluntatem defuncti, vt legibus fraus fiat quæ proculdubio fieret, si portio ex legibus debita, siue pro falcidia, siue pro legitima non retineretur. Præsertim verò cùm is heres est cui etiamsi heres non esset, legitima portio deberetur, putà mater vt in casu nostro aut aliquis ex liberis, vt in *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* vbi textus est in hanc rem apertissimus: sed finge prohibitam esse falcidiam, postquàm Iustin. placuit hodie prohiberi eã posse *Nouell.* 1. *de hered. & falcid.* Verùm ea constitutio ad falcidiã tantùm legatorum, aut etiam fideicom-

missorum pertinet, nõ etiam ad eam portionem quam nos legitimam appellamus, siue naturæ iure, siue miserationis ratione debeatur, quæ nullum onus admittit, tantum abest, vt prohibitionem hanc possit admittere. *l. quoniam in priorib. §. 2. C. de inoff. test.* Itaq; hoc vno casu quo filiusfam. qui patri suo bona sua aduentitia, siue omnia, siue pro parte donauerat, decesserit superstitibus patre & matre posset sanè secundùm interpretes locus esse quæstioni, confirmandæque per officium arbitri donationi, sed alio casu præterea nullo. At secundùm nos ne in hoc quidem.

ERROR SEXTVS.

De facta per filiumfamilias donatione, siue causa mortis, siue inter viuos sine consensu patris, bonorum aduentitiorum in quibus aut aliquem, aut nullum pater habeat vsumfructum.

CVM fecerit Iustin. in *Nou. 117. vt liceat matr. & auia. in princ.* vnde sumpta est Auth. *excipitur. C. de bon. qua liber.* vt filiusfamilias non solùm capax sit hodie aduentitiorum, sed etiam ita ne in iis quicquã iuris pater habeat. i. ne quidem vsumfructum. Dubitari solet inter nostros an filiusfam. bona ista possit mortis causa donare extraneo sine consensu patris. Nam de aliis bonis aduentitiis in quibus pater vsumfructum aut aliud quidpiam iuris habeat, certum ius est nõ posse filiũ ea donare, neque inter viuos, neq; causa mortis nisi patre consentiente, atneq; pignori vel hypothecę dare *l. vlt. §. filiis autẽ. C. de bon. qua liber.* vbi ratio redditur. Nõ quòd nõ possit ea donatio aliáue alienatio fieri sine pręiudicio patris qui filiũ eiusmodi alienationib. factũ pauperem de suo alere teneretur, vt quidã interpretantur [quid enim vetaret alienari proprietatẽ à filio saluo patri vsufructu? aut quid præiudicij eo casu patri generaretur?] sed quia vt habẽt verba legis, melius est coarctare iuueniles calores, ne cupidini dediti tristẽ sentiant exitũ qui eos post dispersum expectat patrimoniũ. Cũ enim parentes, inquit Iusti. eos alere secundùm leges & naturã cõpellatur, quare ad venditionẽ rerũ suarum prosilire desiderant, id est quanam vrgeri possunt necessitate vt cogãtur nudã illã quã habent, vẽdere ꝓprietatem? De iis verò bonis quę filio ita sunt acquisita, vt sint filij pleno iure ac quantũ ad plenam proprietatẽ, certũ quoq; ius est posse illũ ea pro libito alienare, ac vt Iustin. verbis vtar de ipsis quo velint modo disponere [sic enim scriptũ est in *Nouel. 117. vt liceat matr. & auia. in prin.*] ideóque nec dubitatur quin ea donare inter viuos vtiliter possit si velit, sed tantũ de donatione causa mortis dubitari solet an filiofamilias permittenda sit, Propterea quòd vt vidimus in præcedentibus, donationes istę causa mortis proximè accedant ad naturam legatorũ & vltimarum voluntatẽ quas filiofamilias extra causam castrensis peculij nõ ambigitur esse interdictas. Nã circa testamenti factionẽ extat eiusdem Iusti. constitutio in *l. pen. C. qui testa. iacer. poss.* qua expressim & districtè prohibet ne filiifam. testamenti de bonis aduentitiis faciendi vllo casu sibi adrogent facultatem nec si bona illa aduentitia possideant cũ patris consensu & voluntate. Cùm pleriq; iam ea tẽpore absurdam illã sententiam ex eo inducerent, quod idem Iustin. in *d. §. filiis* autem vbi testandi licentia filiisfamilias interdicit ita loquitur *in iis dũtaxat casibus in quib. vsusfructus apud parentes constitutus est, nec de eisdem rebus testari permittimus.* Neq; sanè improbabilis esset cõsecutio, quãuis cõsequens ipsum absurdũ foret, si nihil aliud in ea clausula sequeretur. Sed cùm statim sequa-

tur, *neq. citra volũtatẽ eorũquorũ in potestate sũt ulla licẽtia eis cõcedẽda dominiũ rei ad eos pertinẽtis alienare, vel hypothecæ titulo dare vel pignori adsignare*, intelligimus ideo Iustin. eos duntaxat casus cõplexũ fuisse in quib. aduẽtitiorũ vsusfructus ad patrẽ pertinet, nõ quod de cæteris aduentitijs quæ sunt filij pleno iure permissam vellet filiofamilias actiuã testamenti factionẽ[neq;.n. adhuc eo tempore promiserat Iustin. vt filiusfamilias vsq; adeo capax esset aduentitiorũ, vti ne quidem vsusfructus eorũ ad patrem pertineret, quod *Nouell. 117. primum induxit.*] Sed quod extra causam testamẽti vellet habere filiũ liberã administrãdi ea bona, & alienãdi potestatem. Post eã verò Iustin. cõstitutionem pro intepretatione præcedentis positã in *d. l. penult. C. qui test. facer. poss.* magis mirũ est quod nõnulli etiã hodie defendunt filiumfa. de bonis aduentitijs quorum plenã proprietatem habeat testari posse, Moti nõ ex *d. §. filij autẽ*, quẽ vident lõgẽ aliter à Iustin. ipso interpretatũ, sed ex alia eáq; postrema eiusdẽ Iustin. lege in *dict. Nouell. 117. vt lic. matr. & auia. in princip.* cuius verba illa sunt certè valde generalia, *licentiam habeant quo volunt modo disponere.* Verùm satis leue argumentum est cùm sit illa constitutio eiusdem Iustin. qui tam apertè iam dixerat nolle se filiosfamilias testandi licentiam sibi vindicare præterquàm ijs casibus quibus iam olim testari poterat, id est, de pepeculio castrẽsi vel quasi castrẽsi. Hic .n. sensus est dictæ *l. penult. in fi.* Vidẽtúrq; isti, quod eorum pace dictum sit calumniari constitutionem Iustiniani, & verba captare, non qua mente Iustin. dixerit animaduertere velle vt Paulus loquitur in *l. penult. D. ad exhib.* Rectiùs ergo interpretes nostri ferè omnes verba illa quãtumuis generalia restringunt ad eas dispositiones quę fiãt inter viuos nõ in vltima voluntate, vt à iuris veteris ratione quãto minùs fieri poterit recedere Iustin. voluisse videatur. Lex .n. duodecim tabularum quæ prima testamẽtorũ apud Romanos ius introduxit de solo patrefa. locuta est. Necesse igitur fuit vt Iustin. si filijsfa. testãdi facultatem dare voluit in bonis aduentitijs, vel faceret eos patresfa. in hoc bonorũ genere, quomodo ex cõstitutionib. facti sunt patresfa. in bonis castrensibus, quod tamen non fecit, vel nouã nec vnquam antea auditam legem faceret per quã liceret filijsfa. etiam quasi filijsfam. facere testamẽtum, quod nec in bonis castrensib. facere ausi sunt Imp. quib. visum fuit facilius, minúsq; à ratione iuris alienum filijsfa. dare in ijs bonis ius patrumfam. quàm quasi filijsfa dare factionem testamenti. Deniq; noua in eam rem lege opus esset nouisq; verbis cõcepta quę de testandi iure expressim loqueretur, qualis nulla in libris nostris hacusq. Etsi verò supradicta cõstitutio Iustin. in *d. l. penult. C. qui test. facer. poss.* solam faciendi testamenti facultatem denegare videtur filijsfam. quam nec antea vnquam habuerũt, Sic tamen rectè accipitur ab omnib. vt quo casu testamentum de his bonis facere filiusfamilias non potest, eo casu neque ex ijs legare quicquam possit neque per fideicommissum relinquere. Non legare, quia si eam differentiã legatorum & fideicõmissorum obserues quę durauit vsq; ad tempora Iustin. nõ possunt legata relinqui nisi in testamento aut saltẽ in codicillis testamento cõfirmatis *l. illud. 13. §. 1. l. vlt. D. de iur. codicill.* nec proinde ab eo dari possunt qui testamentum facere nõ potest: Nõ per fideicõmissum relinquere, quia licèt fideicõmissa etiam ab intestato relinqui possint, cùm tamen non alio iuris colore id fiat, quàm quod paterfamilias qui cùm posset facere testamentum maluit decedere intestatus, tacitè videatur suos heredes legitimos instituisse *l. 3. in princip. l. cõficiuntur. 8. D. de iur. codicill. l. ab exheredati.*

de legat.1. cõsequens est vt neque codicillos facere neq; fideicom. dare ab intestato possit qui testari etiãsi vellet nõ posset *l. Diui. 6 §.pen.eod.l.1.de leg. 3.* Hinc autem illa etiam dubitatio An donare mortis causa possit filiusfa.ea bona aduentitia quorum plenam habeat proprietatem, Quasi quæ ratio facit vt ex generalitate verborum Iustin.debeat per eiusdem interpretationem excipi causa fideicõm. & alterius cuiuslibet vltimæ voluntatis, eadem locum habeat in donatione causa mortis, ideo quòd illa proximè accedat vt diximus ad naturam vltimarum voluntatum. Nam & dici solet eum qui testari nõ potest nec donare mortis causa posse *l.1.§.1.D.de tutel.& ration.distrah.l.discretis.10.C.qui test.facer.poss. Atq.ita ratiocinatur Alex.ad d.l.pen.eod.quẽ refert ac sequitur Didac.Couar.ad rubric.de test.par.3.num.*8.vbi addit argumentum ex *l.filiusfa.7.§.vlt.D.de don.* quo loco scriptum est posse filiũsfa.donare causa mortis bona castrensis peculij, cùm habeat, inquit Vlp. testamẽti factionem Consequens enim esse putat vir doctissimus, vt si ergo testari non possit nec mortis causa donare possit. Sed alij negant consecutionem, & suę negationis rationem illam in promptu afferunt, quod si bona esset argumentatio, fateri oporteret filiũsfam. numquam posse donare causa mortis, ne quidem cõsentiente patre, quandoquidem nec testari potest vllo casu nisi de peculio castrensi, vel quasi castrensi: Et tamen posse illum donare causa mortis consentiente patre quamuis testari non possit, apertè scriptum est in *d.l.tam is. 25.§. 1.D.de mort.cauf.donat.* Itaque negant esse generaliter veram illam propositionem quæ habet, vt diximus, eum qui non potest testari, nec mortis causa donare posse, sed in eo casu tantùm quo quis ideo testari non possit, quia sit pupillus vel mutus vel surdus: quod eadem ratio quæ huiusmodi personas prohibet à factione testamenti propter defectum personæ easdem à donandi quoque facultate prohibere videatur, Et quamuis fateantur valere argumentum vt qui testari potest multo magis donare causa mortis possit, negãt tamen è contrario valere si quis velit dicere, Non habet filiusfam. factionem testamenti, Ergo nec potestatem donãdi causa mortis, quia (inquiũt) à maiori ad minus argumentum non valet ad negandum, sed ad affirmandum duntaxat. Ita ex recentioribus Andr. Fachineus vir sanè diligens & subtilis *lib.5. Controuers.iur.cap.25.* Motus ex eo potissimum quod idem putat contra Alexandrum, Iulium Clarum & cæteros, quod nos quoque in præcedentibus iam probauimus, consensum patris si quando exigatur in donatione causa mortis per filium facta, non integrandam filij personam exigi vt ijdem malè existimant, sed ad hoc tãtùm, ne patri per filium aliquod præiudicium damnúmque inferatur. Hoc enim admisso quid necesse est patrem cõsentire filio familias donanti causa mortis ea bona aduentitia in quibus nihil iuris habet pater ne quidem quantum ad vsumfructum? Addit ex Vlp. in *d.l.filiusfam.7. §.pari autẽ ratione. D. de donat.* pari ratione prohibitam esse filiosam.donationem causa mortis sine consensu patris, atque donationem inter viuos. Ergo inquit, cùm filiofamilias permissum sit huiusmodi bona aduentita in quib. nihil omnino iuris pater habet donare inter viuos sine consensu patris vt omnes consentiunt, licebit ei vtique ea donare etiam causa mortis. Nam nec vno nec alio casu quicquam præiudicij patri generatur. Potuit etiam addere quod ab eo prætermissum miror, multo minus præiudicij generari patri ex donatione quam filiusfamilias fecerit causa mortis, quã ex ea quę facta sit inter viuos, quoniã ex hac fit pauperior adhuc viuus, Interest

auté patris nō fieri eū pauperiorē,tū quoq; cū in bonis filij vsumfructū nullū
habet, ꝓpterea ꝗ futurū erit vt & secūdū naturā & secūdū leges filiū egesta-
te laborātē alere cōpellatur, vt ait Iustin. quē tamē de suo alere pater nō ge-
neretur si fili⁹ haberet aliqd de suo *l. si quis à liberis. 5. §. sed si filius possit. de*
alimēta. D. de agnosc. & alēd. lib. 1. Nesennius. 34. D. de negot. gest. At ex ea do-
natione quam filius facit causa mortis non fit pauperior quandiu viuit, quia
donationis reuocādę liberum habet arbitriū, sed tātùm pauperiorē & mino-
rē heredi suo hereditatē relinqre intelligitur: In quo nihil interest patris qui
vereri nō pōt ne filiū suū post ipsius filij mortē alere teneatur. Verùm quam-
quā hæc omnia pro hac posteriore sententia nō insubtiliter disputātur, mihi
tamē in tota quæstione ista videntur interpretes omnes errare tā qui poste-
riorē sentētiā sequūtur. Illi equidē, qui posteriorē in eo, ꝗ volūt filiūfamilias
posse huiusmodi bona aduētitia donare causa mortis etiam ignorante patre.
Qui vero priorē, in eo ꝗ volūt valere huiusmodi donationē patre permittē-
te. Puto. n. nullo penitus casu fieri posse vt valeat causa mortis donatio bono-
rū aduētitiorū etiā in quib. pater nullū habeat vsumfructū, nec si millies pa-
ter consentiat. Mouet me certissima illa ratio iuris ad quā respōderi non po-
test, quòd filiusfa. nō possit decedere cum vltima volūtate, ne quidē ab inte-
stato nō magis quā ex testamēto, qa eius solius est cū vltima volūtate ne q-
dē ab intestato nō magis quā ex testamēto, quia eius solius est cū vltima vo-
lūtate ab intestato decedere qui testamētū facere posset si vellet. siquidē vlti-
mas volūtates lex duodecī tabularū prima (vt dixim⁹) cōfirmauit, nec alias ta-
mē quā quæ testamēto factę & declaratę essent, eóq; sollēni ac iusto: Et quā-
uis post eā legē inductus sit vsus codicillorū & fideicōmissorū etiā ab intesta-
to pręstādorū, itémq; donationum causa mortis, nō alio tamē colore hoc fa-
ctū est quā quia potuerat paterfa. sollēni volūtate ea ipsa bona dare quę ali-
cui per fideicōmissū aut per donationē causa mortis reliquerit, si testamētū
facere aut voluisset aut habita testiū copia potuisset. Indéq; nimirū proficisci-
turꝗ supra diximus, Neq; fideicōmissū relinqui neq; donationē causa mortis
fieri ab alio posse, ꝗ̄ ab eo ꝗ testamēti quoq; faciēdi ius habuerit, Nōqđ exi-
gamus vt potuerit eo tēpore quo vel codicillos vel donationē causa mortis
fecit, etiā testamētū facere [quid. n. si sufficiētis testiū numeri facultatē nō ha-
buit?] sed vt iure factionē testamenti habuerit. *d. l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration.*
distr. d. l. Diui. 6. *§. penult. l. conficiuntur. 8. eodic.* D. *de iur. codic. d. l. discretis. 10.*
C. qui test. facer. poss. Ergo quemadmodū non est in potestate patris facere vt
filiusfa. possit testari nec magis de ijs aduētitijs in quib. nullum vsumfructū
habet pater quàm de cæteris, Ita neq; in eius arbitrio esse potest vt filiusfam.
de ijsdē bonis per donationē causa mortis disponat. Donatio. n. causa mortis
species est vltimæ voluntatis, cùm non priùs perfecta esse possit quàm mors
insecuta fuerit donatoris *l. nō videtur. 32. D. de mort. caus. donat.* nec rursus alia
donatio perfici dicatur mortuo donatore, quàm quòd donator qui voluntatē
mutare in diem vsq; mortis poterat, mutare amplius eā non possit post mor-
tem suam, atq; ita defuncto eo ante donationem reuocatam facta sit volūtas
vltima quæ quandiu ille vixerat vltima dici non potuisset. Neq; video qua
frōte possit quis dicere, Iuris illā propositionē quę habet, Eū qui testari non
pōt, neq; mortis causa donare posse coāgustādā ad pupillū mutū, & surdū de
quib. agitur in *d. l. 1. §. 1. de tutel. & ratiō. distr. & d. l. discretis.* Nā si quis quæ-
rat, Cur pupillus mortis causa donare non possit ne quide cōsentiente tutore
quo tamē cōsentiēte posset saltē ex iusta & honesta causa inter viuos donare,

Nō nisi malè possis respōdere, quia sit hoc speciale in pupillo, sed respōdēdū est cū Iurisconsulto, q nec posset tutor facere pupillo testādi potestatē. Alius aūt donare mortis causa nō potest quàm qui & testari potest. idémq; tractādū est circa mutum & surdum de quibus id *d. l. discretis*. Causa. n. proxima & immediata propter quā nō licet muto & surdo mortis causa donare, nō illa est quia sit mutus & surdus, cū posset eis manumittere *l. 1. D. qui & à quib. manum. & apud Paulū. lib. 4. sentent. tit. 12. §. 2.* Sed quia neq; testari potest. Ei aūt soli permissū est vt donet causa mortis, cui testari permittitur. Et verò cū generaliter proditū sit donationes causa mortis adnumerādas esse vltimis voluntatib. neq; vlla ex parte ijs absimiles intelligēdas, vt loquitur Iustin. in *l. vlt. C. de donat. caus. mort.* quis dicat donationem causa mortis quę à pupillo facta sit cōsētiēte tutore propiùs accedere ad vltimā volūtatē quā si à pubere facta esset? Aut cur nō patimur pupillū saltē cōsentiēte tutore vtiliter donare causa mortis iis ipsis casib. quib. eidē permissū est donare inter viuos? Id est cū tā iusta & honesta donādi ratio subest vt tutelę iudicio debuerit tutor teneri si officiū illud pretermisisset, quemadmodū tractat Vlp. in *d. l. 1. §. sed & si nō mortiis. D. de tutel. & ration. distr.* Cùm. n. minùs pauper fiat qui donat causa mortis quàm qui inter viuos, vt iam diximus, quòd reuocare donationē quādocūq; possit, quęnā (obsecro) ratio esse posset prohibēdę pupillo donationis causa mortis tutore autore, ijs etiā casib. quib. valeret donatio inter viuos tutore autore facta, nisi illa esset q cùm donatio causa mortis vltima sit voluntas, nō ex alieno arbitrio pēdere debet, neq; à priuati hominis volūtate proficisci sicut nec testamenti factionem priuatus quisquam cōcedere potest, sed sola lex vnde & testamenta publici non priuati iuris esse dicuntur *l. 3. D. qui test. fac. poss. l. illa. instit. 32. D. de hered. instit.* Nec sanè, vt arbitramur, quisquā à nobis hac in re dissentiret nisi omnes illud fefellisset. q scriptū vident in *d. l. tā. is. 25. §. 1. D. de mort. caus. don.* filiumfa. quamuis testari nō possit, ne quidē volente patre, possit tamen patre permittente donare causa mortis. Vnus enim ille locus est qui fecit vt nemo ex interpretibus hucusque dubitauerit quin liceat filiofamilias cuiusq; generis bona donare causa mortis, si modò pater consentiat, vtque non videatur ferenda ista cōsecutio, Filiusfamilias non pōt facere testamentum, ne quidem volente patre: Ergo nec mortis causa donare. Qua tamen argumentatione nos vtimur vt probemus filiumfamilias nō posse bona sua aduentitia donare causā mortis, ne quidem consentiente patre nec magis & in quibus nihil omnino iuris pater habeat quàm eā in quibus habet vsumfructum. At debuerūt animaduertere, quod nihil videtur nō ita fuisse in obscuro Marcianum in *d. l. tam is*, vt & Vlp. *in d. l. filiusfa. 7. D. de don.* tractare de donatione per filiumfa. facta earum rerum, quæ ad peculium profectitium pertinerent, cùm eo iure per filiumfam. patri aduentitia omnia acquirerentur *l. placet. 79. D. de acq. hered. l. 1. D. si quis à parē. manum. sit.* In quo genere peculij profectitij specialis ratio est eáq; peruidēs propter q necessarius sit consensus patris cùm filiusfa. donat siue inter viuos donet siue causa mortis: quia scilicet eiusmodi donatione non tam filius ipse quàm pater lædi ac pauperior fieri videretur, cuius nimirum est peculiū magis quàm filij *l. 3. §. sed vtrum. l. patr. 27. D. de minor.* Donari enim nō dicitur nisi quod fiat eius cui donatur *l. in ædibus. 9. §. vlt. D. de donat.* Proinde filiofam. donāte rem peculij profectitij sine consensu & voluntate patris si donatio valeret siue inter viuos siue mortis causa facta esset, alterutrum euenire oporteret vt vel ignorāti, & fortassis etiam inuito patri dominium rei suæ aufferretur, vel.

trāsferret in alium filius quod ipse non haberet, quorum vtrumque absurdum esset, & à ratione ipsa naturali alienum. *l. si filius tuus. 14. C. eod. l. id quod nostrum. 11. l. nemo plus iuris. 54. l. non debet alteri. 74. de reg. iur.* Ob idque bene Vlp. in *d. l. filiusfamilias. §. pari autem.* scribit pari ratione prohibitam esse filiofam. donationem peculij profectitij, siue inter viuos, siue causa mortis, nisi accedente patris voluntate, ne scilicet dominium rei donatę quod ad patrem re vera pertinet ab eo ignorante discedat, quod fieri nunquam potest. *l. si ego. 9. §. si res. D. de iur. dot.* At in peculio aduentitio cuius hodie filiusfam. capax est etiam inuito patre, nihil tale tractari potest: siue ponas eo esse bona aduentitia, in quibus pater habeat vsumfructum siue in quibus nō habeat. Quęnam enim fieret iniuria patri etiam ita posito iure vt huiusmodi bonorū donatio valeret citra cōsensum patris siue inter viuos facta esset, siue causa mortis? Ac quidē cū nihil omnino iuris pater in iis bonis habet, res expedita est. Sed & cùm habet vsumf. quid prohibet alienari à filio nudā proprietatē quā habet, saluo vsufructu paterno quē nō habet? Aut quodnā in eo videri potest fieri præiudiciū patri? Alioqui perinde dicendū esset in aliis personis permittendum nō esse proprietario alienare proprietatē cuius vsumfr. alius haberet, quod tamen falsum est. Permittitur. n. proprietario nudam illam proprietatē quā habet alienare & obligare sine consensu fructuarij saluo nihilominus vsufructu. *l. 2. C. de vsufr. & habit.* Cùm ergo consensus patris in donatione per filiumfamilias facta nō requiratur nisi ad hoc ne præiudicium vllū patri fiat, quod & Fachineus nobiscū sentit, planè consequens est vt cùm de bonis aduentitiis agitur, nullo modo necessarius sit ex iuris ratione consensus patris, siue filiusfamilias donet plenā proprietatem eo casu quo pater nullum habet vsumfr. siue nudā eo casu quo pater fructuarius est. Quid. n. pōt operari cōsensus patris ad validandā donationē eius rei in qua nihil omnino iuris pater habeat? Atqui certum est inquies, nō valere donationem ēt inter viuos quā sine consensu patris filiusf. fecerit eorum bonorum in quibus pater habeat vsumfr. quæ tñ valeret accedēte patris voluntate. Fateor sic. n. Iustin. in *d. l. vlt. §. filiys autem familias. C. de bon. quæ liber.* Sed dico prohibitam filiofamilias hoc casu bonorum aduentitiorum donationem inter viuos, non ex ratione iuris, sed ex sola illa Iustiniani constitutione, quæ ideo fuit necessaria, ne alioqui valeret donatio si non expressim à lege prohiberetur. Quare nec eiusmodi prohibitionis rationem sumit Iustinianus ex iure sed ex æquitate cùm ait melius esse carctare iuueniles calores ne cupidini dediti tristem sentiant exitum qui eos post dispersum expectat patrimonium. Ideóq; nō tantùm donationem filiisfamilias Iustinianus prohibet, sed & aliam quamlibet speciem alienationis, adeóq; oppignerationem, quippe per quā ad alienationē perueniatur fauore, vt apparet, solius filiusf. quem nulla necessitas potest adigere ad alienandum, ne dum ad donandum, nō etiam fauore patris cuius certè nihil interest prorsus, cùm & secundùm naturā & secundùm leges perinde cogatur pater alere filiusfam. habentē bona aduentitia quorū vsusfr. sit ipsius patris, atq; si bona nulla filius haberet quia rei cuiuslibet emolumentum totum cōstitit in fructibus. *l. cū filius. 76. §. dominus. de legat. 2.* Alia ratio est donationis causa mortis. Nec enim fuit prohibenda filiofam. ea ratione quod coarctandi sint iuueniles calores, ne filiusf. tristem sentiat exitū qui eum post dispersum expectat patrimoniū, cùm tristis ille exitus nullus timeri possit ex donatione causa mortis, quæ scilicet pro donatoris arbitrio reuocari quādocunque

cumque potest. An ergo volumus posse filiumfa. mortis causa donare bona aduentitia in quibus pater habet vsumfructum? Id sanè consequens esset cõstitutioni Iustiniani illo etiam casu quo patris consensus nullus interuenisset, si quemadmodum donationem inter viuos, ita & donationẽ causa mortis nõ alia ratio quàm Iustinianeæ legis autoritas impediret. At iam diximus filiumfa. ne mortis causa donare aduentitia sua possit prohiberi ex ipsa iuris ratiõne, quia non potest decedere cum vltima voluntate. Non erit igitur bona consecutio si quis dicat rationẽ legis Iustin. prohibentis filiofam. quãcũq; alienationem aduentitiorum, in quibus pater habeat vsumfructũ cessare in donatione causa mortis, Ergò esse illã permittẽdã. Quia nimirũ cessante potestate cõst.tutionis superest ratio iuris cõmunis, quę nõ patitur donationem hãc valere, vt quę facit vt nõ sit in hanc rem necessaria cõstitutio Iustin. Frustra siquidẽ est ab Impratore id decerni ꝙ iam cautũ sit, iure cõmuni *l. Imp. 30. D. de reb. autor. iudic. possid.* Porrò eadẽ ratio iuris quę non patitur valere donationẽ causa mortis à filiofam. factã de ijs bonis aduentitijs quorũ pater vsumfructũ habet, in ijs etiam locũ obtinet quæ ad filiumfa. pleno iure pertinent, quia nõ eo minùs filiusfa. manet, quòd ea bona sibi habeat in quibus nullũ sit ius patris, & consequenter non eo magis cum aliqua vltima voluntate decedere potest. Generaliter igitur verum est donationem causã mortis à filiofamilias factã non valere, nõ adhibita illa distinctione, An bonorũ aduentitiorũ quę filiusfa. donauit vsumfructũ habuerit pater, necne. Quæ tamẽ distinctio adhibenda est cùm agitur de donatione inter viuos. Eorũ namq; aduentitiorum quorũ vsusfructus ad patrẽ pertinet donatio inter viuos filio prohibita sine consensu patris est *d. §. filijs autem*, permissa verò eorum, quæ sunt filij pleno iure *d. Nouell. 117. vt lic. matr. & auia. in princip.* An quia maior sit ratio, vt possit filiusfam. sine consensu patris donare inter viuos ea bona quorum pater vsumfructum non habet, quàm ea quorum vsusfructus est patris? Immo longè minor est si bene intuearis: quia cùm filiusfamilias plenam habet aduentitiorum proprietatem, longè periculosius & damnosius futurum est patri si filius ea bona donando alitérue malè dissipando in egestatem dilabatur, quàm si pater vsumfructum haberet, quia egenum filiũ pater de proprijs suis bonis alere cogetur, quem aleret ex fructibus bonorum ipsius filij quamtulibet alienatorum si eorum haberet vsumfructum. Nec .n. alienatio per filium quocũq; titulo facta, vt iam diximus adimeret patri vsũfructum semel quęsitum. Itaq; ratio preiudicij paterni suadebat potius vt filiusfam. prohibendus esset bona illa donare aut alio quouis modo alienare, quorũ plenam proprietatẽ haberet quàm vt ea quorũ vsusfructus ad patrem pertineret, si nõ ipsius patris volũtas interueniret. Sed iã monuimus sępius nõ esse valde laborãdum in ratione quęrenda cõstitutionẽ Iustin. quas certũ est semper à iuris ratione abhorrere quoties abhorrent à iure Pãdectarũ. Idq; in proposita quęstione ideo minus mirũ videri debet, ꝙ cõstitutio Codicis minùs plena fuit in eo quod noluit Iustinianus rationem iuris veteris, ipsũmq; ius patrię potestatis adeo violare vt filiumfa. faceret capacem aduẽtitiorum inuito patre etiã quod ad plenam proprietatem, sed cum hoc tẽperamẽto vt vsusfructus patri acquireretur, nuda verò proprietas ad filiũ pertineret. Exẽplo eius quod iam antea Constantinus sanxerat de bonis maternis *in l. 1. C. de bõ. mat.* Quòd si ea cõstitutione Iustin. permisisset, ꝙ permisit *Nouell. 117.* Vt filiusfamilias capax esset plenæ proprietatis, non dubito quin similiter

idem ius in aduentijs omnibus fuisset ille constituturus. & omni casu alienationem eorum inter viuos quoque filiosfamilias prohibiturus, Nō solùm ob rationem illam præiudicij paterni quam proximè attulimus, sed etiam ea ipsa ratione qua motum se aperit ꝙ melius sit iuueniles filiorum calores coarctare, ne cupidini dediti tristem sentiant exitum qui eos post dispersum expectat patrimonium. Maius.n. periculum tristis & miserabilis exitus imminet filio qui alienat bona sua aduentitia in quib. pater nullum vsumfructum habet quàm ei qui alienat aduentitia quorum vsusfructus est patris. Hoc.n. posteriore casu filius quantumuis ex huiusmodi alienationibus inops factus sperare potest alimenta à patre ex fructib. qui patri salui sunt bonorum alienatorum: qui si salui non essent patri, fortassis aliunde nō habenti vnde seipsum aleret, filio misero moriendum esset fame. Et idcirco si Iustin. dicta *Nouell.* 117. nihil aliud constituisset, nisi vt filijsfamilias adquiri possent aduētitia pleno iure, nec prætereà liberā facultatē de ijs bonis quo vellet modo disponēdi dedisset, non putarem dubitandū quin ex rationis vt loquuntur identitate videretur horum quoque bonorum alienationem circa patris consensum filijsfamilias prohibuisse. At cùm è contrario expresim Iustin. constituerit vt filijsfamilias liceat de his bonis quorū pleno iure domini sunt, pro arbitrio disponere non solùm dubitandi ratio nulla relinquitur, quominùs licere ijs debeat quod Iustin. licere voluit, sed & multo probabilius posset decerni si rationib. agendum esset, permittendum hodie filiosfamilias inter viuos alienare sine consensu patris ea quoque bona aduentitia quorum vsusfructus est patris, scilicet saluo semper patri vsufructu, in eòque abrogatam legem Codicis ex maioritate rationis, cùm siue patris siue filij præiudicium intueamur, maior prohibitionis ratio locum habeat in bonis quæ sunt pleno iure filij, quàm in ijs quorum non habet ille nisi nudam proprietatem. Nolim tamen facilè hanc opinionem inuehere vt filiusfamilias possit hodiè sine cōsensu patris donare inter viuos aliterue alienare bona aduentitia quorum pater non habet vsumfructum, quamuis pro hac sententia faciat etiam ratio iuris quæ domino cuilibet potestatem facit de rebus suis pro arbitrio disponendi *vulg. l. in re mandata. 21. C. mandat.* Cùm enim hæc res pendeat ex Iustiniani constitutionibus quarum vna quæ prior vult non posse filiumfamilias alienare sine patris consensu bona quorum vsusfructus ad patrē pertinet altera verò quæ posterior, hanc ei dat facultatem pro arbitrio disponēdi de ijs bonis quorum plenam habeat proprietatem, nihil aliud inuestigandum arbitror, nisi quid Iusti. constituerit, nō etiam quid constituere debuerit: & longè tutius hoc esse arbitror, quàm si prior lex per interpretationem trahatur ad posteriorem, aut quod esset difficilius posterior ad priorem.

ERROR SEPTIMVS.

De sententia ratione l. tam is. 25. §. 1. D. de mort. caus. don. & l. filiusfamilias. 7. §. pars autem ratione. D. de donat.

VNVS ergo tantùm scrupulus diluendus superest, Cur scriptum sit in *d. l. tam is. 25. §. 1. de mort. caus. donat. & in d. l. filiusfamilias. 7. §. pars autem ratione. D. de donat. mortis causa.* donationē à filiofa. ex patris cōsensu factam valere. Hoc.n. est de quo quærere nostri debue-

debuerant, non autem id de quo quærunt. Cur in huiusmodi donatione sit necessarius consensus patris. Illud siquidem facile est dicere. Necessarium esse consensum patris cùm filiusf. donat aliquid quod sit peculij profectitij siue donet viuus, siue mortis causa, ne alioqui dãnum inferat patri cuius rem donat vt iam docuimus. Sed nõ ęquè facile est dicere. Cur permittente patre valeat mortis causa donatio quæ species est vltimæ voluntatis, cùm in patris potestate nõ sit facere vt filiusf. decedat cum vltima voluntate nõ magis quã cum testamento. Verumtamen pendet hæc q̃stio ex eo ipso ex quo & prior. Nempe ex eo, quod cùm supradictis locis scripserunt Iurecõsulti filiumfa. posse mortis causa donare cõsensu patris accedente, nõ nisi de profectitij peculij donatione senserunt, quod ipsum non tã filij est quàm patris. Inde nãq; fit vt quod filiusf. siue iussu siue simplici voluntate patris donauit perinde sit ac si pater ipse donasset quemadmodum si mea voluntate rem meã tu nomine tuo Titio donares, vt scribit Pomponius in *d.l.in ædibus.9.§.quod filius fam.eod.tit.de donat.* quæ etiã sententia & ratio est *l.si cõsentiẽte.16.D.de manumiss.* Cõsequenter fatendum est cùm filiusf. mortis causa donat volente patre, nõ tã filium ipsum donare videri vt dici possit decedere cum vltima voluntate cõtra regulã iuris, quàm patrem mortis causa filij, quomodo patrem rectè donare posse etiã cõstãte matrimonio filij certum est *l. mortis causa filij.11.l.mortis causa capimus.18.D.de donat.caus.mort.* Itaq; hoc casu valet donatio causa mortis facta per filiumf. quia neq; patri iniuriosa est qui cõsentit, neq; repugnans legib. per quã sc. nõ fit vt filiusf. decedat cum vltima voluntate, sed vt pater ipse in casum mortis filij quasi sub alia qualibet condicione donasse intelligatur: Nisi quod reuocabilis donatio est nõ tãtùm si donatarius ante filium moriatur, perinde ac si filius donator esset: sed etiam si patrem pœniteat donationis ante mortẽ filij. Cùm.n. pater ipse sit, qui donasse ĩtelligitur eius est pœnitere, nõ filij. *l.4.D.de man.vindict.* quãuis nõ patris, sed solius filij morte donatio hęc perficiatur: quia nõ suę sed filij mortis causa pater donauit, quæ ratio & sententia est *l.mortis.53.D.de donat.inter vir.& vxor.l.nec fratris.3.vbi Accurs.C.de donat.caus.mort.Bartol.ad l.qui precio.D.eod.* licèt Baldus contrà sentire videatur in *d.l.nec fratris*, vbi malè distinguit ac in re peculium aduentitium à profectitio, supponens cùm filiusf. donat rem peculij profectitij causa mortis cõsentiente patre, duplicem esse donationem, & vtrãq; inualidã: vnã q̃ à patre confertur in filium, aliã quæ à filio in donatarium: Quod falsum est. Nã imò verò vna tantùm donatio est, ea verò neutra ex iis, quas somniat Baldus: sed quæ rectè & immediatè confertur à patre in donatarium filio solũ ministerium p̃stante, quãtum ad traditionem nudã, quæ facti est, non quantum ad dominij translationẽ, quæ est iuris. Alioquin sequeretur numquam valituram donationem inter viuos factam à filiofa. de peculio profectitio ex consensu patris, quam tamen valere constat *l.filiusf.7.per tot.D.de donat.* In quo singulare ius est huiusmodi donationis causa mortis, vt viuo donatore, i. patre fiat irreuocabilis, si modò ante illam reuocatam filius decesserit, cùm tamen ceteræ mortis causa donationes non nisi donatoris morte insecuta perfectæ dicantur. *l.non videtur.32.D.eod.* ideóq; interim à donatore reuocari ex pœnitentia quandocunq; possint. *l.qui mortis.30.D.eod.* quippe quæ tunc fieri dicuntur, cùm quis mauult se habere, quàm cum cui donat: magisq; eum cui donat, q. ãm heredẽ suum *l.1.l.senatus.35.§.sed mortis causa.D.eod.* Rursus, vt quamuis filius ipse sit qui

patre consentiente mortis suę causa donauit non possit tamen eam donationem filius reuocare sine patre. Non ob id solùm, quia naturale sit vnumquódq; dissolui eo modo quo colligatum est *l. nihil tā naturale* 35. *D. de reg. iur.* Verumetiā, quia esset absurdum liberalitatem, quæ patris esset non filij, sola filij voluntate reuocari patre inuito vel ignorāte. Fiunt verò hęc omnia quæ alioquin absurda & inconuenientia videntur, ex eo ꝙ cùm in qualibet mortis causa donatione duo sint, donatio & causa donationis, i. mors; in hac de qua agimus, donatio est patris, mors filij & ita ex vtroq; donationem æstimari necesse est, & partem iuris sui accipere à patre, partem à filio: Ex quo iā promptum est intelligere quid respōdendum sit quærenti, cur non similiter liceat filiof. testari de peculio profectitio, si pater consentiat. Nēpe quia non quemadmodum pater donationem per interpositam filij personā & facere & accipere potest, vt & alium quemlibet actum inter viuos: *l. 4. l. absenti.* 10. *D. de donat. l. si filiof.* 25. *D. de mort. caus. donat.* ita & testari per filium ei licet, cùm lex XII. tabu. ipsius patrisf. duntaxat personā demonstrauerit, vt & lex Cornelia de captiuis quæ legem XII. tabularum in hoc secuta est: quod noluerit vltimam hominis voluntatem ex alieno arbitrio pendere *l. pater,* 10. *§. 1. D. de capt. & post lim. l. lex Cornelia.* 28. *D. de vulg. & pupill. subst. iunct. l. si illa institutio.* 32. *D. de hered. instit.* Replicabis donationem causa mortis esse speciem vltimæ voluntatis, ergo neq; à patre per filium fieri posse. Sic. n. Ias. ad *l. senium. num. 8. C. qui test. fac. poss.* impugnat Raphaelem Cumanum, quē primùm iam ante nos hanc sententiam attigisse cōperi, post hęc scripta. Verùm huic obiectioni iam satisfeci, cùm dixi hanc mortis causa donationem quam vel filius fecerit de re patris consentiente patre, vel pater de re sua in casum mortis filij, non esse vltimam voluntatem neq; patris neq; filij, quod nescio an Raphael ipse perceperit, Iason certè non percepit qui in hoc vt & in aliis plerisq; veram iuris sumsit pro inani subtilitate quæ debeat tantùm prodesse ad acuenda scholariū ingenia quomodo ille loquitur supra d. loco, & loqui solent non tantùm Pragmatici sed etiam vulgares nostri Doctores qui vt plurimum ea ignorant quæ nec rudiorib. scholarib. licere deberet impune ignorare. Magis autē miror Didacum Couarruuiam in eodem errore sibi placuisse in 3. *part. Rub. de testam. num.* 7. nec indicatam sibi tam apertam veritatem videre voluisse. Hæc cùm in peculij profectitij donatione à filiof. facta bene dicantur apparet in bonis aduentitiis filij siue sint filij pleno iure siue quod ad nudam proprietatem non idem dici posse. Quantumuis. n. pater filio suo ea bona mortis causa donanti consensum præbeat non ea magis tamen fieri potest vt pater donasse videatur qui nihil penitus iuris habuerit in proprietate quā ponimus fuisse donatam. Quòd si aliqua arte posses assequi vt non tam filius qui donasset patre consentiente quam pater ipse donasse crederetur, nihil tamen aliud efficeres nisi vt tantò minùs deberet valere donatio quippe q̄ à nō domino facta esset *d. l. in adib.* 9. *§. vlt. & d. l. si filius.* 14. *C. de donat.* Ita fit vt cū olī vera esset propositio affirmatiua, Filiūf. donare posse causa mortis patre cōsentiēte, quia nō poterat habere locū nisi ī ꝓfectitio peculio cuius donatio ēt q̄ per filiū ipsū patre cōsentiēte facta esset à patre ipso facta videbatur. Hodie ē contrario postquam filiusf. factus est im ito ēt patre capax aduētitiorū cuiuscūq; generis, vera sit cōtraria ꝓpositio negatiua, filiūf. mortis cā donare nō posse nec si pater cōsētiat. Vno tamē illo casu excepto, retētoq; ex iure vetere. Nisi de re aliqua peculij profectitij donatio facta proponatur, quoniā in peculio ꝓfectitio nihil prorsus à

Iusti.inouatũ est.Ideo aũt propositionẽ illã iuris veteris ĩmutamus, quia plures hodie casus sũt ĩ quib.nõ valet donatio mortis causa per filiũfa.facta cõsẽtiẽte patre, quã quib. valeat. Valet in profectitiis tãtũ in quib. vnus tãtũ casus est. Siquidẽ profectitia oĩa sũt eiusdẽ generis, & æquo iure patris nõ filij: Nõ valet verò in aduẽtitiis,quæ diuersi speciei sunt,alia materna,alia propriis filij laborib.quæsita, alia deniq; ab aliis personis filiof. relicta. Et ex his omnibus rursum alia quę acquiruntur filio pleno iure alia quæ non nisi quantũ ad nudã proprietatẽ. In quib. omnib. verum est nõ valere donationẽ causa mortis siue patris voluntas accedat siue nõ,quoniã alioqui fieret vt filiusfa. decederet cũ vltima voluntate ꝙ fieri nõ põt quin tota iuris ciuilis ratio peruertatur. Nemo aũt negauerit propositionẽ & regulã iuris ex iis casibus constitui debere qui frequẽtiores & plures sint nõ ex iis qui rariores *l.3.& seq. D.de legib.* Tanto magis aũt in proposito ꝙ nos de donatione per filiũfam. facta disputamus,quæ autẽ ab eo fit de peculio profectitio,nõ nisi æquiuocè dici põt donatio à filiofam.facta cùm à patre potiùs facta intelligatur. At quæ fit de peculio aduentitio,verè, propriè & vniuocè donatio est per filiũ non per patrẽ facta,tũ quoq; tùm patris consensus interuenisset. Ad hanc igitur non ad illã accõmodari debet ꝓpositio de donatione causa mortis à filio facta,cũ tractatur, an valeat necne. Dices immo aliũ ẽt casũ esse in quo possit valere mortis causa donatio per filiũf.facta. Nẽpe si donauerit mortis causa rẽ castrensis peculij ex *d.l.filiusfa.§.vlt.D.de dona.* Sed præter id quod neq; castrensia indistinctè à filiofa. mortis causa donari posse arbitramur, vt sequenti capite differemus,est etiã is casus alienus à nostra disputatione. Tractamus.n.de donatione causa mortis per filium facta quæ nõ valeat nisi propter accedentẽ consẽsum patris. Atqui bonorũ castrẽsiũ donatio quib. casib. valet mortis causa, vtiq; valet etiã nõ accedẽte patris volũtate. Nõ igitur exemplũ bonorũ castrẽsiũ facere põt vt eo magis admittenda hodie sit propositio illa affirmatiua,donationẽ causa mortis à filiofa. factã valere,si pater cõsentiat. Superiorib. autẽ non aduersabitur si quis obiiciat ex Vlp.in *d.l.filiusfa.7.§. pari autẽ de dona.* pari ratione prohibitam esse filiofam. donationẽ inter viuos & mortis causa non interueniente patris consensu. Fateor enim parem esse vtriusque rationem in bonis profectitij peculij de quibus tantũ eo loco Vlp.loquitur vt sæpius monuimus,quæ cũ sint patris non magis inter viuos quàm mortis causa donari possunt à filio sine patris voluntate quin patri siue ignorãti siue inuito res sua auferatur,quod alienũ est nõ modò à ratione iuris,sed etiam à condicione liberalitatis quæ per donationem exercetur. Sed nego ęquiparandã esse donationem causa mortis donationi inter viuos in persona filijfamilias bona aduentitia donantis,quia donationẽ inter viuos nulla iuris ratio impedit, sed constitutio sola Iustin. & quidẽ eo tantùm casu quo aduentitiorũ vsusfructus ad patrem pertineat. Donationem verò causa mortis à filiofamilias de bonis aduẽtitiis factam licèt neq; verba impediant,neq; sententia vel ratio constitutionum Iustin. impedit tamen ratio iuris communis quæ non patitur filiũfamilias decedere cum vltima voluntate. Porro non quælibet donatio vltimę voluntatis iure censetur,sed ea tantùm quæ mortis causa fiat. Nam quę fit inter viuos tùm quoque cùm fit à moriente nihil simile habet cum donatione causa mortis nedum cum alia qualibet vltima voluntate *d.l. Senatus.35.§.sed mortis causa l.Seia.42.§.vlt.D.de mort. caus.donat.* Non igitur par vtriusque donationis ratio constitui potest in bonis aduentitiis à filiofamilias donatis. Videamus quid in castrensibus.

ERROR OCTAVVS.

De castrensium bonorum donatione causa mortis per filiumfamilias facta sine consensu patris.

INDVBITATI iuris esse creditur filiumf. habentem bona castrensis peculij posse illa donare siue inter viuos siue mortis causa cui velit, etiamsi patris consensus nō accedat. In eámq; sententiam præter manifestā iuris rationē, quæ facit vt filiusf. in peculio castrēsi possit ea omnia facere, quæ paterf. in re sua potest, cùm ex cōstitutionib. in eo peculij genere ꝓ patref. habeatur, *l.2.D. de SC. Macedon.* mouētur etiam interpretes nostri ex apertissimis Vlp. verbis in *l.filiusf.7.§.vlt.D.de donat.* vbi post tractatam tota ex lege quæstionē illam. Vtrum filiof. permittendū sit vt donet siue inter viuos siue causa mortis sine consensu patris, pόstq; adhibitas multas distinctiones quas in præcedentib. nos & retulimus & explicauimus, subiicitur ex Vlp. in hunc modum. *Hæc omnia locum habēbūt in paganis. Cæterùm qui habent castrēse peculiū vel quasi castrēse in ea cōdicione sunt vt donare & mortis causa & nō mortis causa possint cùm testamēti factionem habeāt.* Quæ postrema verba continent argumentum à maiori ad minus quod valere solet ad affirmādum vt si filiof. castrense peculium habenti permittatur de illo testari multo magis permittendum sit quod minus est vt mortis causa donet. Longò siquidem plus est & difficilius testari quàm donare causa mortis, vt ex eo apparet, inquiunt interpretes, quod filiusf. patre consentiente donare mortis causa potest, testari tamen non potest *l.tā is.25.§.filiusf.D.de mort. caus. donat.* Regula autem iuris est. Cui licet quod plus est vtiq; licere etiam quod est minus *l. nō debet cui. 21. de regul.iur.* Me vero ratio certa iuris quam vnam semper inuestigare soleo sicubi reperire possim, repertámq; tenaciter tueri, coegit primùm de ꝓpositionis huius veritate dubitare, postea tandē concludere non semper & in distinctè ne adhuc dicam nunquam verā eam esse. Etsi.n. non ignoro filiūf. iam olim de peculio castrensi testari ex constitutionib. tanquā patremf. potuisse, neq; eo casu quo testatus esset vllum ius patris ĩ eo peculio fuisse. Attamen illud quoq; scio moriente filiof. etiam milite intestato patri bona oīa castrensia deferri non tanquam legitimo heredi, sed tanquam patri, nec tanquam hereditatem.n, sed tanquam peculium *l.2.l.proponebatur.9.l.pater qui castrēse.17.in princ.&.§.1.l.de hereditate.19.§.pater & pass.D. de castrens. pecul.* Magis.n. iudicio militum & eorum qui castrense peculium habent hoc concessum est vt & hereditatem & heredem habere possint, quàm vt omnimodo quasi patresf. in ea re sint, vt scribit Pomp. in *l.vlt.in princ.D.ad SC. Tertyll.* Itaq; si ponas filiumf. qui castrense peculium habuit donasse causa mortis ignorante patre, posteáq; intestatum decessisse dico fieri olim non potuisse vt valeret mortis causa donatio, [primùm.n. ex ratione iuris veteris quæstionem hanc tractare lubet, deinde ad Iustin. constitutionē descendemus] quia licèt potuerit filiusf. in iis bonis decedere cum vltima voluntate, nec tantùm facto testamento, sed etiam, quod magis est, ab intestato, putà si fideicommissum à patre suo reliquisset *l.filiusf.18.D. ad leg. falcid.* Ne tamen mortis causa ignorante patre donare potuerit illud in causa est, quòd donatio causa mortis siue ita fiat vt dominium statim transferatur in donatarium siue i-

ta vt non nisi mortuo iam donatore *l.2. D. de mort.cauſ.donat.* nunquam dicitur perfecta priùs quàm mors ſit inſecuta donatoris *l.non videtur.32.l.mortis cauſa.34. & ſeq.eod.l.4.§.1.D.de doli mal.except.* Nam cùm mors ſit cauſa donationis neceſſe eſt vt ordine naturæ ac temporis præcedat effectum ſuum, nec ſufficiat mori donatorẽ ſed mortuũ eſſe oporteat priuſquàm donatio perfecta dici poſſit. Atqui eo ipſo inſtanti quo moritur filius ac priuſquàm ſit iam mortuus,certum eſſe incipit mori cũ inteſtatum, quãdoquidẽ non poteſt fieri teſtamentum in inſtanti, vt nec aliud quicquam quod hominis vel naturæ factũ requirat,quia neq.homo neq; natura ipſa quicquam facere in inſtanti poteſt,ſed oĩa in tempore operatur.Cùm ergo ius donatarij quod nullum eſt ante perfectam donationem non poſſit incipere niſi ex eo inſtanti quo iã ſit ſecuta mors donatoris, ius autem patris incipiat ex eo inſtanti quo filius moritur ex quo ſc.certũ eſſe incipit nõ poſſe amplius eum facere teſtamentum moriq; illum inteſtatũ. Sequitur vt ius patris ſit in re ipſa donata antiquius iure donatarij, ac proinde vt non poſſit valere donatio in præiudicium patris, quippe qui defuncto quãdocunq; filiof.inteſtato bonorum omniũ caſtrenſium ſemper dominus retro fuiſſe intelligitur *d.l.praeponebatur.9.d.l.de hereditate.19.§.pater. D.de caſtrenſ. pecul. d.l.qui res.98. §.rẽ autẽ.D.de ſolut.*Dominiũ.n. quid ſemper patris nunquam filij fuiſſe retrofingatur [nã quod veritas abhorret fictio facere nõ poſſet vt duo in ſolidum eodem tempore eiuſdem rei domini fuiſſe fingerẽtur *l.ſi vt certo. 5. §.ſi duob.vehiculũ.D.cõmod.*] nõ potuit filij magis quàm alterius vllius facto diſcedere à patre ignorante nedũ inuito *l.ſi ego.9.§.ſi res. D.de iur.dot.* Idque ipſum etiam peculij nomen demõſtrat. Nã cùm defuncto filio inteſtato pater non alio iure occupet bona caſtrenſia filij quàm quòd poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine quaſi pater antiquo iure habeat peculium, vt eleganter loquitur Tryphoninus in *d.l.de hereditate.19.§.pater*, peculiũ autem non ſit poſt mortem filijf.quia moriente homine qui peculiũ habuit moritur peculiũ quod idcirco ſimile homini eſſe dicitur in *l.peculiũ. 40.D.de pecul.l.1.§.mortuo. D. quand.de pecul.act.eſt annal.* fatendũ eſt ius patris quod habet in hoc peculio filij priùs incipere quàm verum ſit filium deceſſiſſe, quia poſt filij mortẽ incipere nõ poſſet quo tẽpore peculium amplius nullũ eſſet ac nẽ quidem pater.Dicat aliquis mortuo inteſtato filiofa.qui caſtrenſe peculium habuit,hereditatem quidem filij nullã eſſe ſed tamen nõ eo minùs verũ eſſe filium potuiſſe decedere cũ vltima voluntate. Vt ex eo apparet,quod patrem quoq; ipſum rogare poteſt de vniuerſo peculio caſtrenſi reſtituendo *d.l.filiusf.18.D.ad leg.falc.*vbi dicitur nõ ſolùm valere hoc fideicomm. ſed etiam ex eo & falcidiã deduci, & poſſe trãſire actiones ex Trebelliano perinde ac alia qualibet hereditate reſtituta. Quidni ergo poterit donare cauſa mortis? cùm in ſuperiorib,dixerimus nõ ob aliã rationem interdictas filiof. eſſe donationes mortis cauſa,quàm quia nõ poſsit decedere cum vltima voluntate. Accedit quod videtur donatio cauſa mortis nõ ſolùm eo iure cenſenda,quo fideicomm.ſaltem ab inteſtato relictũ,ſed etiã melioris eſſe debere cõditionis in eo quòd nõ exigit aditionẽ hereditatis donatoris quã exigit fideicõm. vt deberi poſsit.Indeq; nãq. fieri videtur vt facilius ſit valere donationẽ quã mortis cauſa fecerit filiusf. inteſtatus de caſtrenſi peculio,licèt nulla ſit hoc caſu ipſius hereditas cùm & fideicõm.quoq. valeret. Verùm reſpõdeo nõ eſſe bona hac parte donationis cauſa mortis, & fideicomm.cõparationem. Nam

vt valeat fideicōm. quod de re castrensi peculij filiusf. intestatus à patre reliquerit, facit voluntas filij qui patrē rogauit vt fideicōm. præstaret. Potuit.n. patrem onerare tāquā tacitè institutū ob hoc ipsū quod expressim eū instituere potuerat si voluisset. Exēplo eius, quod dici solet, valere fideicōm. q pater. quilibet à legitimis suis heredib. reliquerit, quasi qui p scriptis habeatur hoc solo quod scribi potuerunt *l.3.in princ.l.cōficiūtur.8.D.de iur.codic.l. ab exheredati.126.de legat.1.* Etsi.n.neq. pater legitimus filij heres est, neq. filius fuit paterf. vt hereditatem eb ītestato quoq. habere potuerit, ī eo tamē simile ius est patris & alterius cuiuslibet heredis legitimi quod non habet bona nisi ex tacito iudicio defuncti, qui sicut ipsum patrem, tanquam extraneum quemlibet īstituere potuit, ita & adimere peculium patri alium instituendo. Non igitur recusare debet pater quominùs fideicomm. præstet de quo rogatus à filio fuit, quāuis bona filij habeat iure peculij nō hereditatis. At vt valeat donatio causa mortis à filiof. facta de re castrensi peculij cùm filius decessit intestatus, nō potest facere sola vis & potestas donationis, quia talis est hæc donatio vt per eam neq; dominiū trāsferri possit sine facto & voluntate patris, neq. pater rogetur vt quicquā faciat. Dominij trāslatio impeditur, vt iā diximus, quia ī re donata ius antiquius est patris, quàm donatarij, quinimo ius patris nihil aliud est quàm dominiū ipsum quod ei nō magis eripi potuit ignoranti quàm īuito. Vt verò dominium illud quod habet pater antiquo suo iure ac tanquā pater ī donatariū trāsferat ideò nō cogitur, quia nec rogatus fuit *l.quidā.46.D.de hered.inst.l. Lucius.78.§.tres heredes.D.ad SC. Treb.* Nisi poneres quod ego nō pono fideicōm. verbis subnixā fuisse donationem quomodo fieri donatio causa mortis plerunq; olim solebat *l.cùm pater.77.§.donationis de legat.2.* vel ob hoc ipsum vt si iure donationis valere nō posset, saltē iure fideicōm. defenderetur. Nec est cōtrariū, quod ī *d.§.donationis* respōdit Papin. fideicōm. nihilominus filio deberi, quòd nō oporteat qri cū quo de supremis quis loquatur, sed ī. quē voluntatis ītentio dirigatur, quod & idem Papin. licèt aliis verbis ait ī *l.miles ad sororē.75.in princ. eod.tit.* Id.n. non ait Papin. fideicōm. deberi ex epistola donationis sola, quasi donatio qlibet fideicomm. iure censenda sit, sed ex eo quoq; quod eā epistolam donatario tradi mādauerat post mortē donatoris & eo tempore quo fieri non poterat, vt donatio agnosceretur & acquireretur iure donationis, cùm donatio nō possit cōferri ī ignorantē, nō magis quàm in inuitū nisi eo casu quo nobis etiā īuitis per aliū acquiritur puta per seruū *l.absēti.10.l.hoc iure.19.§.nō potest.D.de donat.* Itaq; dubitādi ratio apud Papin. illa erat, vt ne quidē fideicōm. filio donatario relictū videretur, quod neq; fideicom. verbis subnixa erat donatio, neq. ab heredib. legitimis quicquā petitum. Literæ.n. matris q̄ donabat nō ad heredes legitimos, sed ad æditum scriptæ proponebantur. Sed īducit fideicōm. subtiliter Papin. ex eo quod donatio sic facta fuerat, vt tamē iure donationis siue inter viuos siue causa mortis valere nunquā posset, nulla scilicet īteruenīete stipulatione neq; traditione, cùm & in ignorātem filium donatio collata proponeretur, & nō nisi post matris mortē instrumētum donationis filio per æditū tradi mater voluisset, quā tamē certū erat liberalitatē ī filiū exercere voluisse. Cur.n. mādasset ei tradi instrumētum donationis si eā voluntatē quā sciebat iure donationis valere nō posse; nec iure fideicomm. valere vellet? Adde quod & fideicōm. facilè īducitur ex qualibet cōiectura volūtatis *l.cùm proponebatur.64.eod.l.heredes mei.57.§.cùm ita.D. ad SC.Treb.* At donationē siue inter viuos siue causa mortis nō facit vtilē so-

ta voluntas donatoris nisi nec stipulatio interueniat, vel traditio & quidē ab eo facta qui dominiū trāstulerit per traditionē vel actu vel habitu vt loquitur Castrens. ad *l. in adib. 9. §. vlt. per ill. text. D. de donat.* quod nō pōt cadere in donationem bonorū castrēsium factā à filiof. qui decessit intestatus: quia licèt eo tēpore quo donauit potuerit dominium transferre si inter viuos maluisset donare quàm mortis causa [nec.n. donatio inter viuos quę viuo donatore plenissimum effectum habuisset ex eo solo postea inutilis fieri posset, quod idem donator & in patris sui potestate & intestatus decessisset] nō potuit, tamen transferre per donationem causa mortis, neq; actu neq; habitu in eum casum quo ipse & viuo adhuc patre, & intestatus moreretur. Quēadmodum si alij stipulanti promisisset animo donādi causa mortis, nō ideo posset ipsius morte videri perfecta donatio vt ex ea stipulatione superstes pater cōueniretur. Quo.n. iure conueniri posset qui neq; promissor esset, neq; heres promissoris? Porrò si ex stipulatione quæ interposita sit animo donādi causa mortis cōueniri pater nō potest, sitq; hoc casu præmortuo filio inutilis donatio causa mortis, quæ alioquî è cōtrario filij morte cōfirmari debuisset, eadē ratione fatendum est nō cogi patrem ratā habere factā à filiof. ex donatione causa mortis traditionem. Nimirum quòd nō sit heres filij qui tradidit, neq; rursum rogatus fuit vt vel traditionē illā ratā haberet, vel ipse traderet. Nihil igitur est propter quod dici debeat vel donationē causa mortis factā eo iure valere, vel quasi ex fideicō.n. defendendā si nulla fuerint verba fideicommi. Nā neq. de rogando herede cogitasse videri potest is qui donauit causa mortis, cùm nullo heredis facto egeat donatarius causa mortis quoties ab initio ita valuit donatio siue per traditionē siue per stipulationē facta, vt sola donatoris morte potuerit confirmari. Quāto minùs igitur credēdus est filiusf. qui peculium suum castrense mortis causa donauerit, cogitasse de rogando patre quē nec heredem habeat, nec fortassis habere destinabat tēpore donationis? Potest siquidē fieri vt quo tempore donabat cogitaret de sibi eligendo per testamentum extraneo herede, ac in totum extinguēdo iure antiquo patris, eiúsq. voluntatis nō leue indicium pbet ipsa donatio facta extraneo & mortis causa & sine consensu patris, cùm hoc ipso incipiat filius lædere ius patris quod incipit vti iure suo *d. l. de hereditate. 19. §. pater. D. de castrens. pecul.* Quod nō simile est cùm filiusf. fideicōm. aliquod relinquit à patre nō instituto herede. Tunc.n. nō solùm cogitat de illo onerādo, quem reipsa & onerat & rogat, nō item cùm donat causa mortis, verùm etiā tacitè illū heredem instituere intelligitur, à quo sc. aliter fideicōm. relinquere nō posset. Ideóq; mirum nō est posse filiū hunc decedere cū ea vltima voluntate quæ sit fideicōmis, nō posse autē decedere cū ea volūtate quæ sit donatio causa mortis, si viuo patre decesserit, & intestatus. Hoc.n. addē dū est quia hoc vno tātū casu nō simpliciter nego valere donationē causa mortis de peculio castrensi à filiof. factā. Nulla siquidē ratio est cur non valeat, siue filius post patrem etiam intestatus decesserit, siue viuo eo testatus: Vt proinde si quæras an valeat huiusmodi donatio eo tēpore quo fit, non aliud respōderi posit quàm esse illā in pendenti, quoniā & in pendenti est an filius sit moriturus testatus an intestatus & an viuo patre an post patrem. Est namq. hæc res ex earū genere in quibus quid antea fuerit ex euentu & post facto declaratur, vt & cætera omnia quæ ad castrensis peculij causam pertinent *dict. leg. qui res 98. §. rem ante. D. de solut. d. l. proponebatur. 9. d. l. de hereditate. 19 §. pater. d. l. vlt. D. de capt. & postlim.* Poterit autem tuta fieri mortis causa donatio si à filiofamilias

fiat consentiente patre. Tűc.n. oĩmodo valebit siue filius decedat viuo patre siue mortuo, siue testatus, siue intestatus, sed diuersa ratione. Nã si decedat viuo patre testatus valebit tãquã ab ipso filio vtiliter facta. Itémq; si post mortẽ patris decedat etiam intestatus: Si verò decedat & viuo patre & intestatus, valebit nõ tanquã à filio facta sed tanquã à patre, perinde acsi filiusf. rem peculij profectitij donasset causa mortis permittente patre, vt proximo capite dicebamus. Neq; huic sententiæ nostræ potest obijci donationũ causa mortis proprium ius esse vt mortuo quandocũq; donatore retrotrahantur ad tẽpus quo factæ sũt *l. si mortis. 40. D. de mort. caus. donat.* Nõ.n. ideo fieri potest vt donatorij ius videri debeat antiquius iure patris, quoniam in hoc casu ius ipsum patris quod antiquius esse dicimus. Quodq; mediũ reperitur inter duo illa extrema quæ per retroactionem iungi deberent impedit ne retrocurrere possit donatio ad id tempus quo facta est, vt & aliàs medium inhabile solet impedire coniunctionem extremorum. *l. si ego. 9. §. si res. D. de iur. dot. l. pen. D. rat. rem hab. l. 1. l. qui balneum. l. potior. 11. D. qui pot. in pig.*

ERROR NONVS.

De sententia. §. vlt. l. filiusf. 7. D. de de donat.

QVID ergo respondebimus ad Vlp. in *d. l. filiusf. 7. §. vlt. D. de donat?* vbi tam apertè scriptum est filiumf. qui castrense peculium vel quasi castrense habet posse ex eo donare causa mortis, quia & de illo testari potest. Quid enim scribi potuit apertius? Respondebimus hoc vnum quod ratio iuris nos cogit respondere sic intelligendum necessariò Vlpian. vt filiusfamil. qui castrense peculium habet sicuti testari potest etiã viuo patre, ita & mortis causa donare possit, sed eo nimirũ casu quo ad impediendum & extinguendũ ius patris, etiam testamentum fecerit, quia facto per eum testamento nullum est in castrensi peculio ius patris quod impedire possit ne valeat mortis causa donatio. Etsi enim nõ nisi mortuo iã filio incipit esse aliqua ipsius hereditas, testamentum tamen cõfirmatur per legẽ tanquã alterius patrisf. cuiuslibet eo ipso instãti quo filius moritur, quãdoquidẽ prius est vt cõfirmetur & cõfirmatũ sit testamentum quàm vt ex eo deferatur hereditas, ac proinde nõ põt ius patris videri præuenisse ius heredis testamentarij. Imò ius heredis proculdubio præuenit iura oĩa patris, quoniam incipit ex quo die factum fuit testamentum, quippe quod factum sit permittentib. constitutionibus & ad eum finem vt moriente quandocunq; testatore confirmaretur, ac proinde vt iam ex eo tẽpore ita esset extinctum ius patris ne testamenti confirmationem impedire posset. Quanquam si postea testamentum aliquo casu vel irritum fieri vel destitui contingeret putà non adita filijfamilias ex eo testamento hereditate, ius patris quod per testamentum videbatur extinctum, semper durasse retrofingeretur *d. l. de hereditate. 19. § pater. d. l. filiusfamilias. 18. D. ad leg. falcid.* vbi ob hanc causam Paulus ait non fieri hereditatem filijfamilias nisi aditione, quia scilicet quandiu adita non est hereditas quæ fieri potest vt nunquam adeatur, in pendenti adhuc est ius patris nec tam extinctum esse quàm cessare intelligitur, vt de obligatione, scribit idem Paulus in *leg. qui res. 98. §. aream. de solut.* At tantum est quod cesset ius patris quantum si extinctum esset quod ad hoc, vt heredis testamentarij ius impedire

non

non posset. Rursum heredis testamentarij ius non impediri satis est vt neque donatio causa mortis ab eodem filiosfa. facta impediatur, quia nihil erat, quod eam donationem impedire posset prӕterquàm ius patris, quod sicuti cum iure heredis testamentarij concurrere ac subsistere numquam potest, ita neque vires vllas habere ad impediendũ ius donatarij causa mortis non magis, quã ad impediendũ ius heredis eo casu quo nihil est quod de peculio tractari possit. Nec quod res quӕ mortis causa fuit donata extra causam hereditatis reperitur facere potest vt videri debeat esse in peculio. Cuius enim hereditas aliqua est eius peculiũ al. quòd esse impossibile est. Nẽpe filijfa. dũtaxat peculiũ est: hereditas verò non nisi patrisfamilias, aut saltem eius qui patrisfam. loco habeatur & quasi paterfa. sit vt Paulus loquitur in *d. l. filiusfa.* Vt autem quis in eodem bonorum genere & filiusfa. & paterfa. decesserit vel decessisse intelligatur fieri nullomodo potest implicátque contradictionem. Denique nec possit bonũ esse argumentũ quo passim vtuntur nostri ex *d. l. 7. §. vlt. D. de donat.* vt possit filiusfa. donare causa mortis tum quoque cùm intestatus moritur, quia & testari posset si vellet, illud facit quod euidẽs ratio diuersitatis sub est inter filijfa. testamentum & donationẽ causa mortis ab intestato factam, licèt nulla sit inter testamentũ, & donationem causa mortis factã eo casu quo filiusfa. fuerit testatus. Nam mortuo eo testato nullum est ius patris, Mortuo intestato tale tantúmque est ius patris vt neque heredẽ neque donatariũ causa mortis habere filiusfa. possit. Hanc verò nostrã interpretationem valde probare illud videtur, quod ait Paulus ad Marcellum, & Marcellus ad Iulianũ in *l. Marcell. 15. de mort. caus. donat.* filiosfamilites sicut adepti sunt liberã facultatẽ testamento relinquẽdi cui velint ita nec prohiberi donare causa mortis, quia, inquit, lex ad exemplũ legatorũ mortis causa donationes reuocate sunt. Atqui legata per filiumfa. quãuis militem facta nõ possunt valere nisi facto testamento, cùm ea in testamẽto relinqui necesse sit. Ergo & quod dicimus valere ab hoc filiosfa. factas donationes causa mortis intelligi debet de illo casu quo factũ sit testamentũ. Quòd si hӕc nostra respõsio non placeret aut si cui durior videretur, dicerẽ potius imperiti esse interpretis totũ illũ versiculũ qui Vlp. tribuitur ab ijs verbis, *hac omnia locum habebũt in paganis*, quàm vt vnquam possem admittere Vlp. eam fuisse sententiam vti valeret donatio peculij castrensis facta per filiumfa. siue inter viuos siue mortis causa eo casu quo filiusfa. viuo patre intestatus decessisset. Nam & inscitiã interpretis totã rem istam subtilem sanè ad amussim iuris nõ rectè perpendentis, detegere videntur verba illa, *in paganis*, si iungas, ea, quӕ immediatè sequãtur, *Cæterùm qui castrense peculium habent.* Quasi verò non possit etiam qui paganus est habere peculium castrense sitque necesse militem esse quem, vt tale peculiũ habere possit, quod sanè falsum est. Aliud enim est militẽ esse, aliud castrense peculium habere. Paganus est quisquis miles non est licèt aliquando miles fuerit. Castrense peculium habere potest quisquis aliquando militauit, quãuis hodie miles non sit *d. l. filiusfa. 18. D. ad leg. falcid. d. l. de hereditate. §. filiusfa. D. de castrens. pecul.* Sed & quod sequitur in dicto versic. *vel quasi castrense*, ostendit manifestè ineptam esse illam restrictionem. *Hac omnia locũ habebunt in paganis.* Nam quasi castrense peculium eorũ est qui milites neque sunt neque vnquã fuerunt. Ergo eorum qui & pagani sunt & semper fuerũt. Debuerat igitur potius ita scribi. *Hac omnia locum habebũnt in peculio profectitio*, si aliam castrensis peculij vel quasi castrensis quàm profectitij rationẽ

constituere Vlp.volebat,non distinguere paganos à militibus,cùm & pagani esse possint qui peculium castrense habent vel quasi castrense. Supererat vt diceremus, an eadem hodie iure nouo obtinerent. Sed erit commodius separatam de eo instituere tractationem.

ERROR DECIMVS.

De differentia peculij castrensis & aduentitij etiam iure nouo.

MIrabilius videbitur, quod hoc capite defendemus, Donationem causa mortis quam ignorante patre filiusfamilias ex castrensi peculio fecerit,si postea intestatus defunctus sit, etiam hodie non valere. Mirandi autem ne dicam dubitandi causa ex eo proficiscitur,quod Iustin. *Nouell.* 118.*de hered. ab intest. venient.* induxit rem valde nouam, & à iuris veteris ratione penitus alienam, vt in bonis aduentitiis possit hodie filiusfamil. habere hereditatem & heredem,siue plenã,siue nudam duntaxat proprietatem aduentitiorum viuus habuerit. Voluit.n.Iustin. vt si quos hic filius liberos ac descendentes reliquerit,ij omni modo patri præferantur.Et rursum vt si filius hic nullis liberis relictis decesserit superstite matre cum patre, ad ipsius hereditatem vterq; parens ex æqua lance admittatur.Cui constitutioni videtur consequens,vt hodie valeat donatio causa mortis,quę à filiofam. etiam ignorãte patre facta sit de bonis castrensibus.Cùm.n.duplex tantùm ratio sit quæ donationem causa mortis à filiofamil.factam inutilem reddere potest. Vna,quòd non possit filiusfam.decedere cum vltima voluntate nec si pater velit; Altera quòd morientis filijfamilias bona ab intestato pertineant ad patrem iure peculij, atq; ita potêtius & antèrius sit ius patris in re donata causa mortis quàm donatarij,vt in præcedentibus disputauimus,neutra ratio videtur posse hodie donationem causa mortis à filiofamilias de castrens. peculio factã impedire. Non prior, quoniam si iam olim poterat filiusfamilias in castrensi peculio decedere cum vltima voluntate siue ex testamento siue ab intestato. *l.i.2. & pass. D.de castrens.pecul.l. filiusfamilias. 18. D. ad leg.falcid. l.1.§ in filij.D.ad SC. Trebell.* Multo magis hodie poterit, cùm filiorumfamilias iura Iustinianus auxerit non imminuerit, nec quicquam immutauerit ex priuilegiis quæ castrensi peculio indulserant veterum imperatorum constitutiones. Nõ posterior quia cùm filiusfalias hodie in aduentitiis quoq; possit heredem habere ab intestato in quibus tamen semper habuit,etiamq; nunc habet minus iuris quàm in castrensibus,quandoquidem de aduentitiis testari non possit,de castrensibus possit, nullum videtur ius esse patris in bonis filijfamilias quamuis ab intestato defuncti, nisi vt si nullos filiusfamilias liberos & fratres ex vtroque latere coniunctos reliquerit, possit heres esse filio vel solus si mater iam decesserit, vel cum matre, si mater quoque sit superstes: Quomodo loqui ur Iustin. *in princip. titul. quibus non est permiss. facer. testam. vers. itaque.* Certè non videtur ius illud vetus amplius habere pater, vt filij bona occupet iure peculij,quia peculium nõ potest esse vbi est hereditas, nec vicissim hereditas vbi est peculium *d.l.2.de castrens.peculio.d.l. filiusfam. 18. D.ad leg.falcid.* Nec proinde dici hodie potest ius patris, esse antiquius, & potentius

potentius iure donatarij causa mortis vt ex hoc donatio impediatur, quia id quidem obtinet cùm iure peculij pater bona occupat, sed non item cùm succeditur filio iure hereditario, siquidē ius peculij incipit eo instātı quo filiusfamilias moritur, ac proinde quo adhuc viuit, cùm instans mortis adscribatur vitæ *l. qui duos. 18. §. 1. D. de manum. testa. l. vlt. D. de condic. instit.* Ius verò hereditatis non incipit nisi post mortem filij, quia cùm viuentis hereditas nulla sit *l. 1. D. de hered. vel. action. vendit.* Ergo nec morientis sed mortui duntaxat, Verùm incipit hereditas eo instāti quo iam defunctus sit filius quo etiā instanti impletur donatio causa mortis quod ad dominij translationem cùm non perficiatur nisi morte. Prius. n. est vt perficiatur quàm vt dominium ex ea transferatur *l. sed interim. 11. in princ. & §. si vxor. D. de don. int. vir. & vxor. l. 2. in fin. l. non videtur. 32. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. caus. donat.* Tā citò igitur incipit perfecta esse implendáq; donatio causa mortis in fauorem donatarij quàm citò incipit ius patris tum quoque cùm ille solus filio heres est. Et cōsequenter non potest hoc casu ius patris eo prætextu quasi antiquius sit iure donatarij impedire donationem mortis causa à filiofa. factam: præsertim verò si ponas ita factam à filiofamilias ex castrensi peculio mortis causa donationem vt dominium statim transferatur, quomodo fieri posse constat ex *d. l. 2. l. si mortis. 29. D. de mort. caus. donat.* Hoc enim casu cùm iam viuo donatore dominium trāsferatur in donatarium & ita perficiatur donatio fiatque irreuocabilis morte donatoris vt nihil amplius agendum supersit post mortem nullomodo dici potest ius patris esse antiquius iure donatarij imò posterius cùm nō incipiat nisi post mortē. Ego tamen contra puto, Etiam hodie mortuo intestato filiofa. qui castrense peculium vel quasi castrense habuit superesse patri ius antiquum vt bona filij castrensia vel quasi castrensiā occupare possit iure peculij non hereditatis nō solum si solus ille sit qui filio possit succedere, sed etsi filius ille liberos reliquerit ac multo magis si sine liberis decesserit superstite matre cum patre. Video. n. Iustin. cōstitutionē in *d. Nouel. 118.* quæ vna posset videri ius vetus hac parte sustulisse ne verbū quidē facere de peculio castrēsi vel quasi castrēsi, sed tantùm de aduentitio cuius capaces filiosfamilias fecerat idem Iustin. in *l. cùm oportet. 6. l. C. de bon. qua liber. & Nouell. 117.* & ante illum Constantinus quod ad bona matern. in *l. 1. C. de bon. mater.* Cur ergo volumus ius illud vetus quod ante Iustin. in peculio castrēsi & quasi castrensi olim obtinebat fuisse sublatum ea cōstitutione quæ nō nisi de aduentitio sit locuta nulla castrensis aut quasi facta mentione; Dices, non solùm probabilem fore hanc interpretationem & extensionem, sed etiam propemodum necessariam, Ne alioqui si quod Iustin. cōstituit vt filiusfa. in aduentitiis ab intestato heredem habere possit non protrahatur ad bona castrēsia & quasi castrēsia, sequatur illud absurdū vt plus iuris habeat filiusfa. in bonis aduentitijs quàm in castrensibus, & quasi castrensibus. Quàm enim absurdū illud futurū sit, ex eo intelligimus quòd in castrēsi & quasi castrensi peculio filiusfamilias patrisfa. loco est, adeovt de illo possit etiā testari tanquā paterfa. & testamentaria hereditatē habere, immo & quod magis est, fideicōmissum à patre relinquere ab intestato *d. l. filiusfa. 18. D. ad leg. falcid.* Igitur cui ꝙ plus est licet, nēpe vt testamentariam hereditatem habere possit, cur nō licebit ꝙ est minus vt legitimū quoq; habeat heredē? Nā plus esse testamentariū quàm legitimū habere heredē, hoc ipsū apertè probat ꝙ quãuis

Iustin. filiisfa. indulgere voluerit vt & hereditatem & heredem habeant ab intestato, nullo tamen casu eis permisit vt de peculio aduentitio testari possint, sed è cōtrario districtè id prohibuit in *l. penult. C. qui test. facer. poss.* tametsi non esset necessaria prohibitio nisi ob id ne testādi facultatem iisdē contra iuris rationem prioribus constitutionibus dedisse Iustin. videretur. At respondeo quod dicimus & in confesso est filiumfa. de peculio castrensi vel quasi castrensi testamentum facere & iam olim potuisse & hodie posse, in eoque plus iuris habere quàm in aduentitio, facere potius debere vt inferendum sit, Tanto minus inducendum per interpretationem ac sine lege, vt in bonis castrēsibus vel quasi castrensib. legitimum heredem habere possit. Quid enim necesse fuit filijsfamil ias in hoc fauere cùm iam haberent priuilegium vt de huiusmodi bonis testari possent? An non imputare sibi debent si hereditatem aliquam relinquere voluerunt cur iure suo vsi non sint, id est cur non fecerint testamentum? Aut cur non credamus filiumfa. qui cùm haberet peculium castrense vel quasi castrense, déq; eo testari pòsset maluit decedere intestatus, eam voluntatem habuisse veneratione fortassis paterni nominis, patriæque potestatis, vt antiquum ius patris saluum ei & integrum cōseruaretur? Quod tamen non æquè possis dicere de filiofamilias qui peculiū duntaxat aduentitium habens decessit intestatus quia nec si voluisset, attamē facere testamentum potuisset: ac proinde tanto magis fuit ei succurrandum vt ab intestato heredem habere posset, ne aliter posito iure fieret vt filiusfa. in iis bonis quę viuus sibi propria etiam inuito patre habuisset, inuitus quoque successorem patrem post mortem suam habere cogeretur. Ita contigit, vt admisso vno inconuenienti multa sequi fuerit necesse. Nec me turbat quod suprà obiecimus ex Iustin. in *d. tit. quib. non est permiss. fac. test. in princip. vers. itaque.* Nam quod ibi additur nullis liberis vel fratrib. superstitibus procul dubio est irreptitium ex glossa inepti interpretis volentis accommodare ius vetus ad nouissimū, nec animaduertentis Iustin. cùm institutiones cōscripsit non potuisse ita scribere quòd eo tempore nondum inductū esset vt filiusfa. ab intestato hæredem habere posset: si quidē id primùm inductū fuit *Nouel.* 118. Institutiones autem nemo nescit compositas esse ante Nouellas, immo & ante Codicē illū repetitæ prę lectionis quē nūc habemus. Quod verò sublatis illis verbis superest apud Iustinianū si filijfa. milites intestati decesserint eorum peculiū castrense ad patres iure cōmuni pertinere non sic debet accipi vt iure communi successionis hereditariæ id fiat, sed vt eo iure quod commune est omnis generis peculiorum vt ad patrem pertineant iure dominij filio prædefuncto, non quod cōmune sit omnium personarum. Cùm igitur ex iure vetere hoc etiamnum supersit, vt filiusfam. in bonis castrensibus vel quasi castrensibus heredem ab intestato habere non possit, concludendum est donari causa mortis bona ista sicut olim nō potuerūt ita nec hodiè posse. Siue donatio ita facta sit vt statim dominium transferretur in donatariū, siue collata post mortem: Nam priore quoque casu licet ius patris non sit antiquius iure donatarij, cùm vtriusque impleatur viuo donatore, sufficit tamē quod concurrat ius patris eodem instāti vt impediat ius donatarij cum duo in solidum domini esse non possint, & semper verum sit videri filium hoc casu donasse rem quæ ex postfacto apparet aut saltem retrofingitur semper fuisse patris. Immo si verum amamus antiquius est ius patris quippe quod ille habeat tāquā pater. Pr.ª n. ille pater fuit, q̄ is cui donatū est fuerit donatarius.

An

An verò è contrario dicendum erit valere donationem causa mortis à filiofamilias factam de bonis aduentitijs,ob id solum quod hodie filiusfa.in hoc bonorum genere ab intestato & hereditatem habeat, & heredem? Minimè, quia in bonis aduentitijs etsi ratio peculij & antiquum ius patris non impedit donationem causa mortis,alia tamen ratio est,quę impediat, Nimirum quod in huiusmodi peculio filiusfa.non possit decedere cum vltima voluntate, Decederet autem cum vltima voluntate si posset decedere cum donatione causa mortis. Itaq; omni quidem peculiorum generi siue sit castrense siue quasi castrense,siue aduentitiũ cõmune illud est vt à filiofa. mortis causa donari non possit,sed alia atq; alia ratione. Nam cùm duę sint rationes quæ donationem causa mortis à filiofa. factam infirmare possint vt supra præfati sumus, prior quidem habet locum in aduentitijs, posterior verò in castrensibus,& quasi castrensibus.Sed etsi admittere quis vellet constitutionem Iustin.quæ in aduentitijs legitimum heredem filio dedit, ad bona castrensia & quasi castrensia porrigi oportere,non tamen esset bona consecutio vt huiusmodi bonorum donatio causa mortis à filiofa.facta valeret indistinctè.Quid enim si in peculio castrensi nihil esset præter fundum Cornelianum, quem filiusfa.tibi donasset causa mortis defunctus postea intestatus superstite patre?Non posset hoc casu defendi donatio pretextu cõstitutionis Iustinianeę, quia etiam post eã cõstitutionem hęc differentia superest inter patremfam. & filiumfamilias cùm de legitima hereditate agitur, quod paterfam. etiamsi nulla bona moriens relinquat nõ eo minùs tamen & hereditatem relinquit & heredem habere potest, vt ex eo apparet quòd si quis vel ab eo heres institutus vel proximus agnatus heredem se profiteri volet, vtique tenebitur de suo satisfacere creditoribus defuncti omnibus, non secus quàm si hereditas soluendo esset *l.qua dotis.33.D.solut.matrim.l.liber.36. D.de bon.liberi.* Quo enim alio iure teneretur nisi quia heres est, Quomodo autem heres nisi per hereditatem? Nimirum hereditas nomen iuris est non corporis, & sine corpore intellectum iuris habet *l.hereditas.50.D.de hered.petit.l.3.§.1.D. de bonor.possess.*Lex autem duodecim tabularum cùm induxit ius hereditatis siue testamentariæ siue legitimę,nihil aliud exegit nisi vt paterfam. is fuisset cuius post mortem hereditas induceretur. At filiusfa.ex Iustin.constitutione non simpliciter & indistinctè potest legitimam habere hereditatem, sed in bonis aduentitijs duntaxat.Ergo non nisi eo casu quo aduentitia bona aliqua reliquerit.Proinde si nulla sint in bona aduẽtitia post mortẽ filij, nulla quoque erit ipsius hereditas, Non quasi filij quoq; vt & patrisfam. hereditas nõ cõsistat in iure magis quàm in corpore,sed quia bona hoc casu exegit Iustin. tanquam cõditionem sine qua hereditas filij nulla esse possit. Nam nec necesse est filiofa.heredem dare si nulla bona post ipsius mortẽ supersint propter quę dandus sit ei heres *l.lex Cornelia.28.vers.quia non efficitur.D.de vulg. & pupill.subst.* Atqui in proposita specie si valeret fundi Corneliani donatio facta mortis causa per filiumfa. qui nihil aliud in peculio aduentitio habuisset nulla superessent bona post mortem eius,quoniam perfecta donatione per mortem donatoris, res donata in dominio donatarij reperiretur, siue poneres ita factam fuisse donationem vt statim dominium in donatarium transferretur,quãuis reuocabiliter,siue ita vt non nisi post mortem donatoris ea dominij translatio fieret,qui duo sunt modi faciendæ donationis causa mortis *l.2.D.de mort.caus.don.sed interim.11.cum duab.praced. D. de donat.*

int. vir & vxor. Cúmque nihil prohiberet hoc casu quominus donatio causa mortis confirmata per mortem donatoris retrotraheretur ad id tempus quo facta esset, videretur dominiũ iam ex eo die factę donationis fuisse donatario acquisitum *l. si mortis. 40. D. de mort. caus. don.* Nulla ergo esset huius filijfamilias hereditas si donatio ista valeret quę facta esset mortis causa. At rursum si nulla esset hereditas, sequitur vt saluũ sit ius antiquum patris, quale esset ex ratione iuris veteris si nihil noui Iustin. induxisset, ac proinde vt peculiũ aliquod sit quod ad patrem pertinere debeat iure potestatis. Quòd si peculium aliquod est, patris ergo ius in re donata, erit antiquius & potentius iure donatarij, secundum id quod supra disputauimus ius patris incipere & perfici viuo adhuc filio donatarij verò non nisi filio defuncto. Porrò non potest admitti, ius patris in re donata esse antiquius iure donatarij, quin hoc ipso in irritum donatio deducatur, quia fieri nequit vt non videatur filius hoc casu rẽ patris donasse, quippe qui eam rem donauit, quæ priusquàm perfecta sit donatio fauore donatarij, & reperitur in dominio patris, & semper patris fuisse intelligitur. Donatio autem alienę rei non valet, cùm nihil donari possit nisi quod fiat eius cui donatur *l. in ædibus. 9. §. vlt. D. de donat.* Verùm hic illa emergit perplexitas, quod si dicamus donationem hanc causa mortis non valere fiet vt fundus Cornelianus qui donatus fuerat pro non donato habendus sit, & consequenter vt prodesse debeat post mortem filijfamilias ad constituendam ipsius hereditatem: cùm nihil aliud obstaret quominùs hic filius hereditatem reliquisse dicẽdus esset, nisi quod nulla omnino bona post mortem suam reliquisset. Rursus si admittamus aliquam hoc casu esse filij hereditatem, sequetur non posse ipsius bona occupari, à patre iure peculij, atque ita sublato iure illo paterno quod vnũ impedire poterat ne valeret donatio quã de peculio castrensi fecisset filiusfamilias qui vtique potuit decedere cum vltima voluntate, relinquitur valere donationem. Quod cùm ita sit videtur hęc quæstio esse ex genere *τῶν ἀπόρων*, vt illa de qua dicebamus *cap. 5. supr.* aut vt illa potiùs de qua *Afric. in l. qui quadringenta. 80. D. ad leg. falcid.* quia quicquid constituerimus in vtramuis partem verùm esse falsum reperietur. Sed in hac perplexitate longè melius est dicere quod volo non valere donationẽ hanc causa mortis quàm contra iuris regulas pro valida eam habere non ad aliud finẽ quàm vt in eo quoq; iuris regulæ violentur quod filiusfamilias ab intestato habeat hereditatem. Nec enim contradictionem implicaret vt & donatio non valeret & filiusfamilias hereditatem haberet. At implicaret vt & donatio à filiofam. facta mortis causa sine patris consensu valeret, & tamẽ nullam ille hereditatem haberet perinde atque si quis diceret valere donationem factam in eum casum quo res donata aliena reperiretur, adeóq; nũquam fuisse donatoris *arg. l. Stichus. 39. D. de manum. test. l. Titio cũ morietur. 51. D. de vsufr.* Neq; respõderi posset eo casu quo filiꝰ in peculio castrẽsi nihil habuisset præter fundũ Cornelianũ quẽ mortis causa donasse proponeretur, eádẽ rationẽ, quę faceret vt nulla esset hereditas filijfa. facturã quoq; vt nullũ esset peculiũ. Nã pręter id ꝙ de peculio & iure patris quęrimus eo tempore quo res donata nõdum penitus abscessit à bonis filij hoc est ante perfectam eius morte donationem, ac proinde eo tempore quo non deficit res in qua peculiũ possit cõsistere, quę tamen nulla amplius est eo tempore quo incipit agi posse & tractari de hereditate, Dico peculium esse nomen iuris, quod licet naturalem dationem requirat vt aliquod esse incipiat *l. 4. §. 1. l. non statim.*

8. D. *de pecul.* vbi tamen semel fuit non desinit esse ob id solùm quod desierit vllam habere posse vtilitatem, putà si ære alieno exhaustum sit *d.l.4.* §. *pen.* Itaque si filiusfamilias qui nihil habens in peculio castrensi præter fundum Cornelianum tibi eum mortis causa donasset, idem patrem aut extraneum quemlibet testamento heredem instituisset, isq; defuncti hereditatē adiisset, dubitari non oporteret quin & heres fieret, & creditoribus omnibus teneretur, quāuis eo casu valeret donatio *d.l. filiusfamilias.* 7 §. *vlt.* D. *de donat.* Commutato scilicet peculio in hereditatem *d.l.2. de castr.pec.* quę tamen commutatio fieri non posset, si peculium tēpore mortis nullum fuisset. Quod igitur peculium facto testamento conuerteretur in hereditatē, cur non ab intestato manebit peculium? Ergo etiamsi admitteremus filiumfam. hodie in castrensi peculio legitimum heredem habere posse ab intestato, non ideo tamen sequeretur valituram donationem quam de peculio castrensi fecisset, nisi eo casu quo præter rē donatam aliquid in peculio superesset propter quod conuerti posset peculium in legitimam filij hereditatem: quoniam extra eum casum nec vlla filij hereditas esset in bonis aduentitiis, de quibus tamen Iustin. cōstitutio expressim locuta est. Illum semper casum excipio quo filiumfam. mortis causa donauerit ex consensu & voluntate patris. Tunc. n. siue castrēse, siue aduentitium fuerit quod donatum est, valet donatio sine dubio, sed cum hac vt arbitror distinctione, quod si fuerit aduētitium, valet donatio quasi nō tam à filio quàm à patre ipso facta, nō secus ac si filius rem peculij profectitij donasset. Si verò fuerit castrense valet tanquam ab ipso filio facta non tanquā à patre. Diuersitatis. n. ratio euidens illa est, quod in peculio castrensi potest filiusfam. decedere cum vltima voluntate, nō etiam in aduentitio. Item quod pater qui consensum præbet filiofam. vt rem castrensis peculij mortis causa donet hoc ipso donare filio intelligitur, non quidem rem ipsam quæ iam est filij, sed ius omne quod in ea re quandoque habere posset. Quidni. n. hæc interpretatio capietur, cùm inter filiumfam. & patrem valeat donatio ex iis causis, quæ ad castrēse peculium pertinent? *l.4. l. castrēse.* 11. *D. de castr. pecul.* sicut & valeret stipulatio, si quid ex hac causa filius à patre stipulatus esset. *l. pater milite.* 15. §. 1. *&* 2. *eod.* In peculio profectitio non eadem interpretatio capi potest, quia nec donatio, siue expressa, siue tacita inter patrem & filium valeret: nec proinde potest videri pater consentiendo filio, vt donaret eidem tacitè quicquam dōnasse, cui nec expresè dare potuisset. Ex qua differentia illud etiam fit, vt donationem bonorum aduentitiorum mortis causa factam à filiofam. accedente consensu patris, non filius ipse possit ex pœnitentia reuocare, sed pater vt sit vtilis reuocatio in eum casum, quo filius viuo patre ac in ipsius potestate moriatur. Donationem verò castrensium etiam cui pater consensum accommodauerit, non pater reuocare debeat, sed filius vt reuocatio valeat, quamuis idem filius postea viuo adhuc patre moriatur: nēpe quia reuocare donationem eius est qui donator est, & qui non reuocata donatione intelligeretur, cum ea vltima voluntate decessisse. Hoc verò in bonis castrensibus conuenit filiofamilias non patri. In aduentitiis autem patri non filio: nam in castrensibus potest filiusfamilias decedere cum vltima voluntate, in aduentitiis non potest, vt à nobis in præcedentibus satis superque probatum fuisse arbitramur. Ad hunc igitur tractatum nostrum non pertinent eæ donationes causa mortis quæ viuo donatore implētur, & quę nihil simile habēnt cum vltima voluntate. De quibus dicemus in *Err. 7. & 8. Decad. seq.*

ANTONII FABRI I.C.

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLIIII.

ERROR PRIMVS.

De numero testium, qui requiritur in donatione causa mortis.

PERGEMVS hac Decade reliquos pragmaticorum & interpretum nostrorum errores indicare ac refellere, qui nobiliores & frequentiores occurrunt in tractatu De donatione causa mortis. Inter cæteros verò mihi præcipuus ille videtur, & maioris momenti, quod volunt omnes non aliter valere donationem causa mortis, quàm si fiat præsentibus quinque testibus. Sic enim nostri ad *l. vlt. per illum textum. C. de donat. cauſ. mort.* Moti non ex eo solùm quòd Iustinianus in *dict. l. vlt.* hoc ipsum expressim constituere videtur, sed ex illo etiam quod ibidem Iustinianus ait donationes causa mortis in omnibus esse æquiparandas legatis, vt nulla ex parte absimiles videantur. Certum enim est in quacunque vltima voluntate extra testamentum quinque testes requiri vt in testamento septem *l. vltim. §. vltim. C. de codicill.* Idque videtur consequens ei quod præcedente Decade tanta contentione disputauimus. Eum qui cum vltima voluntate decedere non potest, nec mortis causa donare posse, quia donatio causa mortis, vltimæ voluntatis species est. Neque verò ex tot interpretibus iuris ne dicam ex pragmaticis nostris reperias vel vnum qui de hoc dubitet. Adeò inualuit error hic in supremis quoque tribunalibus. Ego sanè errorem esse & quidem improbabilissimum, ausim dicere. Etsi enim verum est donationem causa mortis speciem esse vltimæ voluntatis, propterea quòd effectus eius conferatur post mortem donatoris, quę natura est vltimarum omnium voluntatum, nulla tamen ratio est cur non duo testes perinde sufficere debeant, atque in donatione inter viuos sufficerent. Generalis siquidem propositio est, vbi numerus testium non adiicitur duos sufficere, pluraléque elocutionem duorum numero contentam esse, vt ait Vlpianus in *l. vbi numerus. 12. D. de testibus.* Non enim nuda voluntate constat donatio causa mortis, vt cæteræ vltimæ voluntates, sed vel traditionem requirit, vel stipulationem, vnde nec nisi inter præsentes fieri dicitur *l. inter mortis. 38. D. de mort. cauſ. donat.* quia inter absentes neque traditio neque stipulatio fieri posset.

posset. Porrò interueniente traditione vel stipulatione de qua constet, quid necesse est adesse quinque testes ad probandam aut validandam donationem? Nam nec aliam ob causam inductum fuit vt plures requirerentur testes in vltimis voluntatibus quàm in contractibus, nisi quod maius esset periculum comminiscendæ falsitatis l. Diuus 24. D. de milit. testa. cuius tamen periculi non video quinam metus maior subsit in donatione causa mortis quàm in donatione inter viuos, cùm idem modus sit vtriusque contrahendæ, siue per traditionem fiat, siue per stipulationem. Tantúmque abest, vt tot testes in donatione causa mortis interuenire olim voluerint Iureconsulti, vt illo etiam casu quo traditionem à donatore factam esse nullomodo constaret, sufficere tamen vellent quod in possessione donatarius reperiretur ad probandam non tantùm donationem, sed etiam donationis traditionem, vt Paulus scribit lib. 5. sentent. tit. 11. §. 1. qui locus cùm generaliter de donatione loquatur non minùs ad mortis causa donationem accommodari potest, quàm ad eam, quæ fiat inter viuos. Sed & cùm donationum insinuatio introducta sit ob id tantùm vt fraudibus via præcludatur l. data 27. C. de donat. quid necesse obsecro fuisset constitui ab imperatore Cõstantino vt donationes causa mortis nõ minùs quã donationes inter viuos egerent insinuatione in l. donatio 25. eod. tit. si non nisi adhibitis quinque testibus donatio causa mortis valere potuisset? Ideo namque placuit vltimas voluntates insinuatione non indigere quod maior numerus testium qui pro sollennitate in iis exiguntur omnẽ fraudis suspicionem tollere videretur. Quanquã non ignoro responderi posse ante constitutionem Theodosij in d. l. vlt. in fin. C. de codicill. quam secutus est Iustinianus in l. cum antiquitas 28. in fin. C. de testã. & in d. l. vlt. C. de mort. caus. donat. ac proinde Constantini tẽporibus ita ius fuisse vt pauciores quàm quinque testes sufficere possent ad quamcunque vltimã voluntatẽ. Primus enim Theodosius fuit qui numerũ illum præscripsit, cùm antea satis esset quocũque modo constare fidẽ siue epistolæ siue codicillis quibus fideicõmissum relictum esset, vt si manu eius scripti reperirẽtur licet neque obsignati neque ab vllis testibus subscripti essent l. vlt. in princip. de legat. 2. Quod si nulla scriptura proferretur probari quidẽ oportebat fideicommissum per testes præsertim quod nutu relictum esset l. nutu 21. de legat. 3. l. & in epistola 22. C. de fideic. at non per quinque potiùs quàm per quatuor aut tres, sed vt aliud quidlibet, Ergo per duos. Id enim est quod dici solebat codicillos aliásque vltimas voluntates extra testamentum nullã iuris sollennitatem & ordinationem requirere §. vlt. Inst. de codicill. An non enim iuris sollennitas illa esset, & quidem maxima si quinque testes omnimodo requirerentur? Hoc etiam addito quod habet Theodosij constitutio in d. l. vlt. C. de codicill. vt eodem tempore quinque illos testes adhiberi oporteat, & præterea cùm in scriptis voluntas componitur à testibus ipsis scripturam subnotari? Dices ex ea ipsa cõstitutione sufficere vt quinque illi testes fortuitò venerint nec requiri vt fuerint rogati, quomodo in testamento requireretur, Sed nihil aliud ex eo inferre possis nisi quod equidem fateor, minorem in codicillis quàm in testamentis exigi sollennitatem. At non etiam vt nulla prorsus in codicillis exigatur, vt scriptum est in d. §. vlt. de codic. iunct. l. Diui 6. §. 1. & 2. D. eod. vbi ob hanc causam Marcianus ait, & plures codicillos posse quẽ

facere, cùm tamen nemo possit decedere cum pluribus testamentis, & codicillis ãtis manu neque scribi eos neque signari necesse esse. Adeò vt quamuis ille in confirmatione codicillorum adiecerit vt non alios valere velit quàm sua manu signatos & subscriptos, tamen valeant ab eo facti codicilli licet neque manu eius scripti neque ab eo signati fuerint. Quis ergo credat tot testes iam olim fuisse requisitos in fideicommissis & codicillis? Et verò si non aliter quàm tot adhibitis testibus valere fideicommissum poterat, quomodo fieri obsecro potuisset vt fideicommissum vllum tacitè ac in fraudem legum relinqueretur? Nam & cum quis chirographo & domestica cautione se obligasset ad præstandum fideicommissum ei qui capere non posset (quod demum erat tacitè fidem accommodare l. in tacitis 103. de legat. 1. l. 3. in princip. D. de iur. fisc.) tametsi fiscus ea bona pro suo iure vindicare noluisset, an non semper potuisset dicere is, qui rogatus erat, non posse se ex propria cautione conueniri ad præstandum fideicommissum quod nullis nedum paucioribus quàm quinque testibus adhibitis relictum esset? quódque ideo non valeret? Quòd si fideicommissum sine testibus fieri poterat dummodo de fideicommittentis voluntate constaret, aut duo ad summum testes sufficere poterant relicto sine scriptis fideicommisso, quis credat mortis causa donationem quantumuis similem vltimis voluntatibus sine quinque testibus fieri non potuisse? Alioqui si huius sollennitatis necessitatem inferre velis ex eo quod olim donationes causa mortis æquiparabantur legatis. Perinde concludes non valuisse donationem causa mortis nisi in qua testes septem adfuissent. Nec enim valebant legata nisi quæ in testamento relicta essent, aut saltem in codicillis testamento confirmatis, testamentum autem nisi adhibitis septem testibus fieri non poterat, quamuis codicilli testamento confirmati non maiorem sollennitatem requirerent, quàm qui ab intestato facti essent, propterea quòd quæ in iis scripta erant sic habebantur non quasi in codicillis sed quasi in testamento scripta fuissent l. 2. §. codicillorum l. ab intestato 16. ad fin. D. de iur. codicill. Huic verò nostræ sententiæ quæ negat requiri quinque testes in donatione causa mortis, videtur etiam conuenire quod ex interpretibus nostris plerique solent distinguere in quæstione illa, Vtrum donatio causa mortis sit contractus an vltima voluntas. Aiunt enim donationem causa mortis quod ad modum & ordinationem scilicet dum in esse deducitur, vt loquuntur æquiparari contractui, sed postquam in esse deducta est quod ad effectum & efficaciam censeri vltimam voluntatem. Sic namque ex communi nostrorum sententia Iulius Clarus lib. 4. sentent. § donatio quæst. 5. vbi ex hoc infert quòd si statutum aliquod disponat vt in contractibus conficiendis duo debeant interuenire notarij ita seruandum erit in donationibus causa mortis, si verò aliud statutum disponat quòd vltimæ voluntates habeant executionem paratam, pariter donatio causa mortis habebit paratam executionem, quia inquit, illud statutum disponit circa contractus prout sunt in fieri, Merito comprehendit donationem causa mortis. Hoc autem disponit de vltimis voluntatibus iam in esse deductis. Ideo locum habet etiam in donatione causa mortis: E conuerso autem si statutum disponeret, quod in vltimis voluntatibus conficiendis deberent interuenire duo notarij, non comprehenderet donationem causa mortis. Verba sunt Clari

ex qui-

ex quibus clarè apparet, non posse igitur exemplū vltimarum voluntatum facere vt in donatione causa mortis debeant interuenire quinque testes. Pertinet enim ea res ad modum & ordinationem causa mortis dum in esse deducitur, non ad effectum & efficaciam ipsius iam in esse deductæ, vt & exemplum illud probat quod idem Clarus adfert ex statuto. Illud ergo dūtaxat pro interpretibus facit, quod Iustinianus hoc ipsum constituisse videtur in d. l. vlt. C de donat. causs. mort. vt in donatione causa mortis sicut in alia qualibet vltima voluntate quinque testes omnimodo requirantur. At respondeo non ita esse accipiendam eam constitutionem, sed sic potiùs, vt abrogata lege Constantini in d. l. donatio. 25. C. de donat. quæ donationes omnes etiam causa mortis factas insinuari præceperat, hodie valeat donatio causa mortis etiam non insinuata, & defendatur tanquam alia quælibet vltima voluntas nullam exigens insinuationis sollennitatem. Si modò in vicem insinuationis adsit sollennitas alia quinque testium, quæ in alia qualibet vltima voluntate requireretur. Nam cùm nec aliam ob causam inducta sit insinuatio, nisi vt fraudibus via præcluderetur, quemadmodum diximus, quis metus fraudis subesse potest cùm quinque testes adhibentur? Ac sanè cùm post generalem illam Constantini legem de donationibus omnibus insinuandis, nullo alio iuris colore potuerit constitui vt donatio causa mortis ea in re à donatione inter viuos separaretur, quàm quod proximè accedat ad naturam vltimæ voluntatis, non potuit Iustinianus eam Constantini legem in donationibus causa mortis hoc prætextu abrogare quin eam ipsam sollennitatem adhibendorum quinque testium in iis induxerit, quæ iam tum à Theodosio inducta erat iñ omni vltima voluntate. Consequens igitur est, vt si talis sit donatio causa mortis, quæ etiamsi inter viuos esset, valeret tamen citra insinuationem, puta non excedens summā quingentorū solidorū. l. si quis argentū. 35. C. de donat. nō eo minùs valere debeat, quòd non habeat quinq; testes. Alioqui fatendum esset factam deteriorē conditionē donationum causa mortis ex cōstitutione Iustiniani qui tamen meliorē & fauorabiliorē facere voluisset, quod vtique absurdū esset. l. nulla. 25. D. de legib. l. quod fauore. 6. C. eod. Idémque tractari potest si ponas donationē causa mortis talem esse, vt si donatio inter viuos esset, debuerit insinuari quòd summam legitimā excederet, eámq; insinuatā fuisse. Cur non enim valebit etiāsi non fuerint adhibiti quinque testes? Aut cur adhuc requireremus sollennitatem inductam in vicem insinuationis, cùm ipsa quoque adesset insinuatio? Cur denique deterioris conditionis erit donatio causa mortis quàm si facta esset inter viuos? Ergo Iustiniani constitutio, quæ in donatione causa mortis quinque testes adhiberi vult restringenda est ad eum casum, quo sic facta donatio sit vt insinuari debeat et si vltimæ voluntatis iure non censeretur, & tamen non fuerit insinuata. Cæterùm quo casu vel fuerit insinuata, vel nulla necessitas subesset eius insinuandæ etiam citra Iustiniani constitutionem non id egit Iustinianus vt donationem causa mortis non aliter valere pateretur quàm si quinque testes adhibiti proponerentur. Idque verba ipsa legis præceperunt si bene perpendantur, scilicet non requiri sollennitatem illam adhibendorum quinque testium ad validandam donationem causa mortis quasi aliter valere non possit, sed tantum ad excludendam necessitatem faciendæ insinuationis, vt intelligamus si alioqui nulla ut

necessitas insinuandæ donationis, aut si insinuatio facta sit, non esse necesse vt adhibiti fuerint quinque testes. Tantum abest vt verum sit quod tradit Didac. in 3. part. rubr. de testam. num. 21. in fin. generaliter non valere donationem mortis causa factam etiam tempore pestis si non sint adhibiti nisi tres testes. Quanquam non nego id verum esse eo casu quo si pestis non esset quinque testes requirerentur. An igitur hodie apud nos generaliter dicendum erit donationem causa mortis quæ insinuata non sit non nisi adhibitis quinque testibus valere? Hoc enim iure vtimur, quo etiam Galli vtuntur vt sine distinctione quantitatis an quingentos solidos excedat necne, donationes omnes exceptis iis solis quæ in contractu matrimonij fiunt, insinuari oporteat. Ex quo illud etiam fieri videtur vt & saltem quæ non sunt insinuatæ si mortis causa factæ sint non aliter valere possint quàm si quinque testibus muniantur. Sed non ita puto. Non enim ius nostrum prouinciale ita conceptū est vt donationes omnes generaliter necesse sit insinuari, sed ad donationes inter viuos duntaxat pertinet, ne quis putet ad donationes quoque mortis causa extendi illud oportere. Itaque in donationibus causa mortis si quinq; testes non interuenerint ea ipsa distinctio adhibēda est, quæ ante Iustinianeam legem adhiberi debuisset Vtrū summam legitimam excederent, necne Vt si legitimam summam non excedant omnimodo valeant, etiamsi neque insinuatæ sint, neq; habeant quinque testes: si verò excedant non aliter valeant, quàm si vel insinuationis, vel adhibitorum quinque testium sollennitate fulciantur. Cur non enim valeant quæ insinuatæ sunt. Cùm & plerisq; placeat testamentum quod alias requirit septē testes valere factū coram duobus apud iudicem, si apud acta insinuetur. Sic enim multi ad l. pacta nouissima 12. C. de pact. arg l. omniū 19. C. de testam. cum l. præced. eod. Quanquam verane sit an falsa ea cōclusio alibi videndū erit ne testamentorum & donationum causa mortis tractatū confundamus.

ERROR SECVNDVS.

De donatione causa mortis in absentem collata vel etiam in testamento facta.

CVM de donatione mortis causa sic tractant interpretes, quasi de actu aliquo sollenni, & qui non paucas habeat sollēnitates, inter cæteras hanc vnam esse putant, quod non fiat nisi præsenti. Ex l. inter mortis 38 D. de mort. caus. donat. ideóque cùm quærunt an donatio facta in testamento valeat iure donationis causa mortis an iure legati vel fideicommissi statim adferunt illam distinctionem an præsenti facta sit an absenti, vt si præsenti facta sit, dici debeat donatio causa mortis, si verò absenti, fideicommissum sit dummodo testandi & fideicommittendi facultatem habuerit is qui donauit. Ita Iulius Clarus in §. donatio quæst. 5. numer vlt. post Bart. & alios ad l. 1. D. de mort caus. donat. Pragmatici verò nostri tanto audaciores quanto imperitiores hanc præcipuè differentiam esse volunt inter donationem inter viuos, & donationem mortis causa, quòd mortis causa donatio præsenti tantùm fiat, inter viuos autem etiam absenti ex l. nec ambigi 6. C. de donat. l. absenti 10. iunct. l. 4. D. eod. Itaque si quando dubitetur an donatio simpliciter quidem facta: sed tamen adiecta mortis mentione donatio inter viuos dicenda sit an donatio causa mortis, solent illi ad hanc distinctionem recurrere an præsenti facta sit an absenti, vt posteriore casu censenda

sit do-

sit donatio inter viuos, posteriore vero causa mortis. Fateor ego ita olim ius fuisse vt mortis causa donationem præsenti donatario fieri oporteret. Sed dico nullam fuisse vnquam hac in re inter donationes differentiam, nec hodie vllam esse, sed in absentē quoque tam inter viuos quàm mortis causa donationem hodie conferri posse. Idque mecum fatebitur quisquis rationem intelliget cur olim donatio causa mortis in absentem conferri non posset Ratio illa est, quam in præcedentibus inculcare sæpius coacti sumus, quod olim donatio non aliter fieri posset, quàm interueniente traditione vel stipulatione, vt Iustinianus refert in l. si quis argentum 35. §. sed si quidem C. de don. & constat ex l. Papinianus 23. D. de donat. inter virũ & vxor. At neque stipulatio neq; traditio poterat fieri inter absentes l. 1. D. de verb. obligat. Nisi cùm fiebat per interpositā personam vt in l. 4. D. de donat. puta si quis donans absenti mitteret nuncium qui ei ferret, aut quod iam donatarius ipse penes se haberet. sibi eum habere iuberet d. l. absenti 10. D. eod. His enim casibus nihil prohibebat quominus absenti posset donari, etiam perfecta per traditionem donatione, siue quòd inter præsentes fieri traditio videretur per ministerium interpositæ personę, siue quod eo casu quo donatæ rei possessio iam penes donatarium esset, iussus ille donatoris vt sibi eam rem donatarius retineret pro traditione habendus esset. Neq; aliud iuris in donatione mortis causa fuisse existimandū est, aliud in donatione inter viuos. Etsi enim supradicti loci sunt de donatione inter viuos, dubitandū tamē non est quin mortis quoque causa donatio iam olim potuerit ita fieri absenti si vel per nuncium res quæ donabatur ad eum ferenda mitteretur, vel is cui donabatur, id ipsum quod iam penes se habebat sibi retinere iuberetur: vt probari potest ex l. cum pater. 77. §. Mæuio de legat. 2. in cuius specie dubitādū nō esset quin donatio causa mortis valeret quamuis in absentem collata si mandatarius cuius persona interponebatur ad tradendum viuo donatore eodemque mandatore, quod ei debebat soluisset donatario: cùm & valeat donatio facta per mandatariū solutione post mortē etiam mandatoris si modo eam mandatarius ignorabat, vt scripsimus in Error. 3. Decadis præcedentis. Item ex l. quod bonis 15. in princip. D. ad leg. falcid. vbi donatio. causa mortis etiam remissa per nudum pactum debito facta proponitur. Non quòd olim iam esset receptum in donatione causa mortis vt nudo pacto fieri posset, quomodo quidam putant, sed quia cùm debitor iam penes se haberet id quod debebat, nec tantum possessionis sed etiam dominij iure l. 1. D. de liber. legat. nulla alia traditione indigebat donatio vt perficeretur, nisi vt debitor idipsum quod debebat sibi retinere iuberetur, quod cùm nuda voluntate creditoris fieri posset, multo magis pacto nudo: Nulla igitur fuit olim differētia hac parte inter donationes inter viuos & causa mortis, & quibus casibus absenti potuit donari inter viuos, potuit etiam donari causa mortis, ac vice versa quibus casibus non potuit donari absenti inter viuos, nec mortis causa potuit. Bene autem Bart. in d. l. nec ambigi 6. C. de donat. eas demum donationes inter absentes fieri posse ait quę à traditione incipiunt. Nam ad has pertinēt exempla illa superius allata, non ad illas quæ incipiūt à stipulatione quoniam stipulatio inter absentes contrahi numquam potest l. 1. D. de verb. oblig. l. 3. C. de inutil. stipulat. quamquam in ijs quoq; donationibus quæ à traditione incipiunt notatu dignum illud est quod ait Paulus in

d.l.absenti,si donatarius nesciat rem quæ apud se est sibi esse donatam,vel missam sibi non acceperit,non fieri eum dominum rei donatæ, etiamsi per seruum eius cui donabatur ei missa fuerit,quia concurrere oportet voluntatem vtriusque,id est tam donatarij quàm donatoris ad perficiendam donationem,siue inter viuos illa sit siue mortis causa.Ideoq; subiungitur merito ea exceptio in d.l.absenti *Nisi ea mente seruo eius data fuerit vt statim eius fiat*. Etsi enim dici solet liberalitatem nolenti acquiri non posse l.hoc iure 19.§. nõn potest eod.tit. cùm tamen traditio animo donandi fit ei per quem etiam inuitis nobis acquiratur, quod contingit quoties seruus quem in pot state habemus vel stipulatur vel aliquid per traditionem accipit etiam inuitis nobis,id nobis quoque inuitis acquiri necesse est l. etiam inuitis 320.de acquir. rer. domin.l.seruus vetante 62.De verb.obligat. Proinde cùm donator rem donatam tradit seruo donatarij sufficit ad statim transferendum dominium in donatarium vt ea mente donator rem tradat, nec prætereà exigimus donatarij voluntatem. At cùm hodie placeat donationem quamlibet posse fieri etiam pacto nudo ex Iustiniani constitutione in d.l.si quis argentum §.sed si quidem,nec minùs donationem causa mortis quàm inter viuos, vt omnes nostri concludunt in d.§. Mæuio l.cùm pater 77.de legat.2.quãuis parũ probabiliter vt sequenti capite differemus. Dico quod miror non iam omnes dixisse,Illud etiam consequens fieri si opinionem interpretum pro lege haberi velis , vt hodie donatio quælibet siue inter viuos facta sit,siue mortis causa,in absentem conferri possit: nec tantùm iis casibus quibus olim,sed & aliis omnibus in quibus placet pactũ inter absentes contrahi posse.Cùm enim pactum nihil aliud sit quàm duorum plurìumve in idem placitum & consensus l.1. D.de pact.l.3.D.de pollicit.certũ est posse illud fieri etiã inter absentes & per epistolã aut per nuncium l.2. D.de pact.l. qui autem 14.§.vlt.D.de constit.pecun.l.1.§.vlt. D.de contr.empt.Quid ergo impediet quominus hodie donatio etiã mortis causa fiat absenti,quoties fit nudo pacto?Neque tamen illud statim consequẽs esse arbitror quod interpretibus nostris vulgo placet, si quis in testamento dixerit se alicui donare qui tum præsens reperiatur,censendã eam donationem causa mortis potiùs quàm vel legatũ vel fideicommissum quasi pacto interueniente.cùm præsenti donatur etiam tacenti,vt supradicto loco Clarus tractat post Bart.& alios ibi citatos & quæst.14.n.5.versic. sed pone. Nã vt verum sit quod illi volunt non esse consensum præsumptum sed verè ac propriè pactum quoties promissio fit præsenti & tacenti,de quo tamen dubitari satis potest ne alioqui consequens fiat pollicitationem non valere posse iure pollicitationis nisi quæ sit facta absenti,quod non probo, nõ est bona consecutio si quis ex eo inferat pacti vel donationis iure censeri debere voluntatẽ omne quæ testamento collata sit in præsentẽ. Etsi enim legatorum & fideicommissorum ea natura est vt absenti quoque dari possint, nihil tamen vetat ea dari etiam præsenti vt ex eo apparet quod placet etiã legatarios & fideicommissarios solenni testamento siue in scriptis siue per nũcupationem factum sit,testes adhiberi posse §.legatarius Insti.de testam. ord. Nec quod testator donationis verbo vsus sit, excludit interpretationẽ relicti legati,vel fideicõmissi, cùm & legatũ & fideicõmissum donatio bene dicatur l.legatum est donatio 32.l.miles ad sororem 75.in princi.l. cùm pater 77.§ donationis de legat.2.l. si donatio 5.vbi Bartol. C.de donat.l. ex

hac

hac scriptura 16.D.eod.Idque meo iudicio indubitatum est quoties donandi verbo quis vsus est in eo actu in quo legata vel fideicommissa relinqui solent, vt in testamento vel codicillis. Tunc enim vix credibile est donatorem de donatione siue mortis causa siue inter viuos facienda cogitasse, quæ nec in testamento nec in codicillis fieri vel solet vel potest. Testamentorum siquidem vsus inductus est propter hereditates & legata, codicillorum verò propter fideicommissa. Donationum verò causa mortis separata conditio est, vt & donationum inter viuos, cumque olim non nisi traditione vel stipulatione interueniente fieri solerent, non erat in potestate donatoris facere, vt siue inter viuos siue mortis causa donasse videretur, si neque traditio neque stipulatio interuenisset, quarum neutra sanè fit per testamẽtum neque per codicillos: vt neque pactũ. Esset enim omnes isti actus alieni ab actu testandi, cùm is qui testatur nihil minùs agat quàm vt paciscatur. Et quamuis non ignorem placere vulgò interpretibus post Accursium ad l. heredes palam 21. § vlt. D. qui testam. facer. posse etiam contractum posse fieri in testamento, præsertim donationem & venditionem, quarum exempla adfert Accursius, nunquam tamen dubitaui quin falsa esset ea opinio, quamquam communiter ab interpretibus adprobata. vt Iulius Clarus attestatur lib. 4. sentent. §. testamentum quæst. 75. Pugnat enim manifestissimè cum d. §. vlt. vbi scriptum est vno contextu actus, testari oportere. Vno autem cõtextu testari nihil aliud esse quàm nullum actum alienum testamẽto intermiscere, id est, vt sequentia explicant, non qui repugnet testamento, sed quòd ad testamentum non pertineat. Quid verò commune est contractibus adeóque donationi siue inter viuos siue causa mortis, cum iure testamenti vt ad ius testandi pertinere videantur? Aut si quid commune est cur Vlpianus in l. verba 20. de verb. signific. scribit verba *contraxerunt*, *gesserunt*, ad testandi ius non pertinere? Sed apertior pro nobis contra interpretes textus est & qui nullum dubitationi locum relinquit, in l. cum antiquitas 28. in princip. C. de testam. vbi non solum refert & probat Iustinianus veterem illam iuris regulam, quæ vult præcisè nullo actu interueniente fieri testamentum, sed eã quoque ita interpretatur vt nihil omnino debeat intercedere quod sit superfluum, & vt idem ille interpretatur, quod minimè sit necessarium ad testamentum. Quis autem dicat necessarium esse ad testamentum vt quis contrahat, vel donet inter viuos aut causa mortis id est res suas tradat, vel stipulanti promittat? Fuitque apud veteres tãtæ obseruationis & superstitionis ea regula vt opus fuerit Iustiniani constitutione illa, ad faciendum vt si quid necessarium euenerit ipsum corpus laborantis respiciens, id est vel victus necessarij vel potionis oblatio, vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturæ vsus ad depositionem superflui ponderis immineat, vel testatori vel testibus, non idcirco infirmetur testamentum. Quanto minùs ergo passi fuissent prudentes valere testamentum in quo esset intermixtus contractus? Nec ad rem facit quod in testamento fieri potest adsignatio liberti, quæ tamen neque legatum neque fideicommissum est, ob idque & extra testamentum fieri posset l. 1. § adsignare & l. adsignare 7. D. de adsign. libert. quo vno argumento interpretes nostri vti solent. Nam cùm adsignare libertum nihil aliud sit

quàm testificari, cuius ex liberis post mortem patris libertum eum esse pater voluisset l.adsignare 107.de verb.signific.in testamento autem pater de libertis suis perinde ac de aliis suis bonis disposuerit, aut vt melius dicam de iure quod in libertos habet id est de iure patronatus (liberti enim cùm sint liberi extra commercium sunt, ideoque nec legari nec per fideicommissum relinqui possunt, vnde est quod assignatio ipsa liberti neque legatum neque fideicommissum est) quid obsecro impedit quominus assignatio liberti possit fieri in testamento? vt & confessio facta in testamento vel in codicillis de qua in l.cùm quis decedens 37.§.codicillis de leg.3. quę confessio non contractus, sed probatio est aut cur videri debeant actus illi alieni à testamento? an forte aliquid simile habent contractui, vel donationi, quæ traditionem requirit aut stipulationem nuda testificatio voluntatis? Planè possit quis hodie probabilius fortasse contendere donationem siue inter viuos siue mortis causa in testamento aut in codicillis fieri posse, postquàm placuit Iustiniano in d.l.si quis argentum §. sed si quidem C. de donat. vt donatio neque stipulationem neque traditionem requirat vt olim: sed contenta sit nuda testificatione voluntatis non minus quàm adsignatio liberti. Sic namque accipienda mihi videtur ea constitutio Iustiniani nō vt possit hodie fieri donatio nudo pacto, quomodo ab interpretibus vulgo accipitur, sed vt nō minus etiam citra pactum quàm citra stipulationem. Nec enim Iustinianus meminit eo loco pacti nudi, at neque pollicitationis quę minus est quàm pactum d.l.3. D.de pollicit. sed exigit tantùm vt donator voluntatem suam testificatus sit quod donare velit, aut vt Iustiniani verbis vtar. Quod donare instituit, vt ex nuda illa volūtatis suæ testificatione possit ille conueniri ad rem tradendam nec tantùm ipse sed & heredes eius, nec rursus donatario duntaxat sed etiam heredibus donatarij, idque condictione ex lege illa Iustiniani. Quòd si quælibet voluntatis testificatio sufficit ad donationem nulla iam ratio subesse videtur quare non possit fieri in testamento sicut & adsignatio liberti, itémque pignus, de quo scribit Vlpianus in l.non est mirum 26. D.de pignor. act. posse illud constitui etiam testamento, eiúsque pignoris exempla sunt in l.cum præter.8.§.si vni 15.D. de transact.l.fundus 9.D.de ann.legat.l.Lucius 12.D.de alim.legat.l.1.C.commun.de legat. ex quibus tamen locis apparet non de illo pignore intelligi hoc debere quod sit contractus qui re perficitur de quo in l. 1.§.creditor D. de obligat. & action. vt malè putant nostri qui ex illo etiam loco probare vulgo solent contractum fieri posse in testamento. (is enim non magis quā contractus alius quilibet fieri potest in testamento quin vitiet testamentum) sed de obligatione quæ nuda testatoris voluntate sine contractu & sine traditione constituatur, iure scilicet vltimæ voluntatis. Quidni enim liceat testatori res suas citra traditionem obligare testamento, quas & sine traditione posset alienare? An cui quod plus est licet denegabitur quod longè minus est? Denique pendet hoc ex lege duodecim tabularum quę nō tantùm institutiones heredum & legata confirmauit sed etiam quamlibet aliam vltimam patrisfamilias volūtatem dummodo per modum legis hoc est verbis imperatiuis declaratam, Verbis nimirum illis generalibus *Paterfamilias vti semper sua re legassit ita ius esto* l.verbis legis 120.de verb.signific. Atque ita esse vt tale pignus non iure contractus censeri debeat, sed iure vltimæ voluntatis, ex eo apparet quod dubitandum non est quin neque te-

que te-

que testatore viuo incipiat, neque post mortem aliter competere possit creditori vel legatario, quàm si testator in eadem decessserit voluntate. quod vtique falsum esset si contractus pignoris initus intelligeretur. Pignus enim semel constitutum tamdiu durat quandiu pecunia soluta non est, adeóque quod magis est, etiam personali obligatione submota & extincta vt in l.2.C. de luit. pignor. l. grege 13. §. etiam D. de pignor. l. si rem 9. §. omnis de pignor. act. l. debitor 59. D. ad SC. Trebel. l. penultim. D. de except. rei iudic. Et verò cùm nullus contractus esse possit aut intelligi ne quidem tacitus sine consensu saltem tacito duorum l. 1. D. de pact. l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. D. de oblig. & action. fatendum est neque contractum pignoris neque alium vllum fieri posse in testamento, quin non solùm alienus testatoris intermisceatur, sed etiam quod absurdius est, aliena persona eius scilicet qui contraheret cum testatore. Cùm igitur Iustinianus constituerit vt hodie donatio possit fieri quacunque testificatione voluntatis etiam absente donatario (nam neque donatarij præsentiam vlla constitutionis Iustinianeæ pars requirit) an dicemus consequens esse vt hodie possit fieri donatio in testamento. Exemplo adsignationis liberti & pignoris? Non puto. Pertinet enim Iustiniani constitutio ad donationes inter viuos duntaxat vt sequenti capite probabimus, quarũ proprium ius illud est vt sint necessatio irreuocabiles. Nemo autem potest eam sibi legem dicere vt à voluntate illa quam testamento declarauerit recedere nunquam possit. l. si quis in principio 22. de legat. 3. l. Diui 6. §. licet D. de iur. codicill. Ergo si quis in testamento dixerit se alij donare simpliciter non donatio inter viuos vel mortis causa quamuis præsenti donatum sit facta esse intelligetur, sed relictum legatum vel fideicommissum: si verò id etiam testator addiderit donare se inter viuos vel causa mortis, nihil egisse videbitur id est neque donasse vel inter viuos vel mortis causa, quia eo modo non potuit neque legatum aut fideicommissum reliquisse, quia hoc non voluit, quamquam poterat si voluisset, vt & in l. quoties 9. D. de hered. instit. Sed fiet hoc apertius ex his quæ iamiam dicturi sumus.

ERROR TERTIVS.

De donatione causa mortis facta per pactum nudum.

CONSTANS vox est interpretum omnium, & cõsequenter pragmaticorum nostrorum, Donationẽ causa mortis hodie nudo pacto fieri posse sicut & donationem inter viuos ex Iustiniani constitutione in d. l. si quis argentum 35. §. sed si quidem C. de donat. Sic enim nostros vulgo sentire post Accursium ad ml. cũ pater 77. §. Mæuio in verb. donabat. de legat. 2. eámque esse communem opinionem interpretum testatur Iulius Clarus relatis multis libr. 4. sentent in §. donatio. quæst. 14. n. 2. Non quòd putent verba constitutionis adeò esse generalia vt vtrique donationis generi conueniant, sed quia nullam vident subesse rationem diuersitatis cur aliud hoc casu dici debeat in donatione causa mortis, quàm in aliis donationibus quæ inter viuos fiunt, vt Clarus ratiocinatur. Mihi videtur in hac quæstione quæ non ad iuris rationem sed ad solam Iustinianeæ constitutionis interpretationem pertinet, non de alio quærendum esse quàm quid Iustinianus cõstituerit & constituere voluerit, neque valde laborandum an eadem sit ratio vtriusque ge-

neris donationum si verba constitutionis ad alterum duntaxat genus donationis accommodari possit, earum scilicet quæ fiunt inter viuos. Sed tamen ex verbis ipsis Iustiniani si bene perpendantur apparebit manifestissimè, non solùm de donationibus inter viuos duntaxat sensisse Iustinianum, sed etiam longè diuersam esse rationem donationum causa mortis, vt proinde idem in iis quod in cæteris constituere Iustinianus neque debuerit, neque iuris aut æquitatis colore aliquo potuerit. Verba constitutionis non nisi ad donationes inter viuos pertinere ex eo intelligimus, quod Iustinianus hoc vnum constituit, vt is qui donare se dixit licèt neque rem donatam verè fictéve tradiderit, neque stipulanti donatario promiserit, cogatur, tamen tradere ac donationem quam facere se testificatus sit adimplere non minùs quàm si stipulanti promisisset. Atqui certum est donatorem causa mortis tum quoque cùm stipulanti promisit cogi non posse vt tradat præstétve quod promisit, quia ex eiusmodi donatione nulla nascitur exactio, nisi post mortem promissoris. l. mortis causa donatio. 34. D. de mortis caus. donat. quia cùm is qui mortis causa donat, malit se habere quàm donatarium. l. ii. l. Senatus 35. § sed mortis, eodem titul. fieri nullo modo potest vt ex causa huiusmodi donationis viuus donator à donatario inquietetur, cùm neque perfecta videatur donatio priusquàm mors insecuta sit donatoris. l. non videtur. 32. eodem. Accedit quod Iustinianus non aliter donationem ita factam valere patitur quàm si sit insinuata, cùm statutam & legitimam summam excedat. Atqui donationes inter viuos solæ illæ sunt quæ insinuationem requirunt non etiam donationes causa mortis. l. vltim. C. de donation. causa mort. Ad solas igitur donationes inter viuos non ad cæteras ea constitutio pertinet: sicut & ratio ipsa constitutionis, quæ alia non est, quàm quod sicut in arbitrio donatoris erat priusquàm donaret, an donare vellet, ita post factam donationem in eiusdem potestate esse non debeat propositum suum defraudare: quod ipsum quid aliud est quàm donationem semel factam priùs etiam quàm impleta sit irreuocabilem esse oportere? At hoc non conuenit nisi donationibus inter viuos vt sint irreuocabiles. Donationes enim causa mortis adeo reuocabiles sunt, vt si fiant ea lege, ne vnquam reuocentur, transire existimentur in donationes inter viuos. l. vbi ita donatur. 27. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. caus. donat. Et verò quid prodesset ita ius constitui vt donator causa mortis rem donatam tradere cogeretur, cùm traditam quoque posset pro arbitrio quandocunque reuocare. l. si alienam 13. l. mortis causa. 16. d. l. Senatus. 35. §. sed mortis. eod. An non melius est ac tolerabilius inanem esse solam donationem sine traditione, quàm inanem quoque fieri traditionem quæ secuta sit ex donatione? Aut quid absurdius quàm in donatorem inuitum dare actionem donatario qui acceptam rem postea non possit inuito donatore retinere? Adde quod in fine constitutionis Iustinianus contra donatorem dat actionem non tantùm donatario, sed etiam donatarij heredibus. Ergo etiam illo casu, quo donatarius decesserit viuo donatore: Quo tamen casu constat donationem causa mortis ipso iure intelligi reuocatam. d. l. si alienam 13. §. 1. eod. §. 1. Instit. de donat. Quemadmodum enim donator causa mortis mauult se habere quàm donatarium, tametsi donatarium malit habere quàm heredem suum. Ita &

mauult

mauult heredem suum habere quàm heredem donatarij si donatarius ipse nunquam habuerit, cuius vtique solius personam intuetur, incertus scilicet donationis tempore quem heredem donatarius aliquando sit habiturus. Ex his igitur apparet verba constitutionis ad donationes causa mortis accommodari nullo modo posse. Cur ergo potestatem & sententiam constitutionis ad eas accommodabimus? Nam quod in iisdem postremis verbis legis scriptum est non tantùm donatorem, sed etiam ipsius heredes cogi posse ad tradendam rem donatam condictione ex ea lege, cùm positum sit in eadem clausula & oratione in qua donatarij quoque heredibus eadem actio accommodatur, apparet satis debere aptari ad eum ipsum casum in quo donatarij quoque heres haberet actionem, vt æqualis fiat determinatio ex vulgari brocardico doctorum ad l. 4 D. de vulgar. Atqui inauditum est donatarij heredibus dari actioně contra donatorem ipsum, si donatio fuit causa mortis, vt proximè diximus. Ergo neq. in donatoris heredem hoc casu dabitur. Contra quem tamen necesse esset dari, si post eam constitutionem valeret donatio causa mortis, etiam in qua nec traditio, nec stipulatio interuenisset. Nam cùm iam dixerimus donatorem ipsum cogi non posse vt rē tradat, quā non nisi post mortē suā adeóq. reuocabiliter donatā voluit, fatendum necessariò est vel inutilem prorsus esse donationem, vel actionem dari in heredem donatoris vt tradat, quasi perfecta iam per donatoris mortem donatione. Porrò in tota ea lege nihil est vnde colligi possit eam Iustiniani mentem esse, vt heredē donatoris teneri velit eo casu quo ipse donator quandiu vixit non potuerit conueniri. Quinimmò noluisse illum vt donatoris heredem conuenire posset donatarius nisi eo casu quo donator ipse conueniri potuisset, intelligimus ex eo quod incipit Iustinianus à donatore, vt in eum dari debeat condictio ex lege ad hoc vt rem tradere compellatur. Deinde quasi posset adhuc dubitari an si donator viuus eo nomine conuentus non fuisset, eadem actio contra ipsius heredem dari deberet, siue quòd non sit nouum vt in heredem non detur actio quæ contra defunctum dari potuisset. l. in honorariis. 35. D. de obligat. & action. siue quòd ea ratio, quæ monit Iustinianum vt actioně daret contra donatorem non habeat locum in donatoris herede qui nihil donauit, Ne quis huic dubitationi locus superesset, subiunxit Iustinianus velle se vt ea actione non tantùm donator, sed etiam ipsius heres teneatur, scilicet in consequentias tanquā in quem transmitti soleant cæteræ quoq. actiones in defunctum competentes. Tantum abest vt voluerit Iustinian. posse actionem hanc incipere à donatoris herede, vt contra eum dari debeat actio, quæ non potuerit dari contra ipsum donatorem. Ac sanè si hoc constituere in mortis causa donationib. Iustinianus voluisset, digna res erat, de qua specialiter aliquid exprimeret. Iuris enim veteris regula constans & perpetua fuit, actiones neque ab heredibus incipere posse, neque contra heredes nequidem contemplatione stipulationū, cæterarúmque causarum post mortem conceptarum, vt idem Iustin. testatur in l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip. Ergo neque contemplatione donationum causa mortis, quæ proculdubio continentur numero earum dispositionum, quæ conceptæ sunt post mortem cùm donatoris mortem insecutam esse necesse sit priusquàm confirmentur, d. l. non videtur. 32. & d. l. Seia. 42. §. vltimo. D. de donat. Ideóque Marcellus in d. l. mortis causa. 34. eodem non

sic loquitur vt dicat interposita stipulatione mortis causa incipere actionem post mortem promissoris, sed ait incipere exactionem quæ non actio est sed effectus actionis. Actio enim iuris est exactio facti. Actio ex stipulatione interposita animo donandi causa mortis nascitur quidem viuo promissore eodemque donatore, sed non exactio, quia erit actio sine effectu si à donatario conueniatur viuus donator, quippe qui donationis quandocumque pro arbitrio revocandæ habeat potestatem, vt neque vlla egeat exceptione donator ad summouendum donatarium quasi præmaturè agentem, cùm ad infirmandam donationem sufficiat quod donator eam valere nolit. Etsi autem supradictam iuris regulam Iustinianus abrogauit in d.l. vnica. C. vt action. ab hered. inducto eo vt actiones hodie possint incipere & ab heredibus & contra heredes, nondum tamen abrogauerat eo tempore quo facta est constitutio, de qua in d.l. si quis argentum, vt constat ex ambarum legum subscriptione. Nam lex si quis argentum subscripta est Lampadio & Oreste Consulibus 530. Illa vero lex vnic. subscripta est post Consulatum Lampadij & Orestis 531. & sic posterior est anno vno. Inde igitur fortissimum argumentum sumitur constitutionem Iustiniani in d. l. si quis argentum sicuti non potest protrahi ad mortis causa donationes quantum ad ipsum donatorem, quia non esset cogendus ille vt traderet rem quam non nisi mortis causa donasset, ita neque quantum ad heredes donatoris, quia non posset fieri hæc protractio, quin esset illud inducendum contra iuris regulam, vt non tantum exactio quomodo antea, sed ipsa etiam actio inciperet contra heredem, quę non potuisset incipere contra donatorem. Nam siquis dicat nihil vetare quominus ex pacto nudo donationis agi possit contra heredem donatoris, eodem prorsus modo, quo agi posset ex stipulatione si qua cum donatore interposita fuisset. In promptu replicatio est differentiam inter hos casus magnam esse, quia cùm interposita fuit stipulatio, nascitur statim actio, sicut & obligatio ciuilis contra promissorem, quamuis differatur exactio in id vsque tempus quo decesserit donator, vt ex pacto nudo nulla potest nasci ciuilis obligatio si ponas cessare constitutionem Iustiniani, quæ pactum donationis fecit legitimum in d.l. si quis argentum. Nulla igitur actio, quæ nimirum nulla esse potest sine ciuili obligatione. Atqui cessat in donationibus causa mortis constitutio Iustiniani vt probauimus. Non ergo dici potest ex nudo pacto donationis aliquam nasci actionem ciuilem contra donatorem causa mortis, & consequenter si qua nascatur aut detur contra heredem donatoris eam fatendum est incipere contra heredem, quod non æquè dici posset de actione quæ datur contra heredem donatoris ex stipulatione inita cum ipso donatore. Incipit enim, nascitur, & competit aduersus donatorem licet non nisi contra ipsius heredem exerceatur. Idque apertius fiet, si consideremus Iustinianum in d. §. & si quidem non illud constituere vt si quis donauerit non interueniente traditione neque stipulatione dominium rei donatæ hoc ipso quæsitū donatario intelligatur ac si traditio per donatorem facta esset. Verùm hoc tantùm, vt perinde cogendus sit ipse rem tradere acsi stipulatio interuenisset. Huic enim consequens fit vt quo casu non posset donator cogi ad tradendum etiamsi stipulatio præcessisset, eo ipso casu multo minus cogi possit ex Iustiniani lege

cum

cùm stipulatio nulla interuenit. At non posset cogi ad tradendum etiamsi stipulanti donatario animo donandi causa mortis promisisset, quia donator causa mortis nullo casu donationem à se factam implere cogitur inuitus. Ergo neque cogetur ex Iustiniani constitutione. Quia porrò cessante quænam actio potest obsecro dari contra heredem donatoris? Omnes enim fatentur, & verum est, aliam actionem esse non posse quàm condictionem ex lege Iustiniani, quod & verba illa legis probant, *nihilominus ex lege nostra necessitatem ei imponi etiam tradere hoc quod donare existimauerit.* Igitur eo casu quo cessat lex, condictionem quoque ex lege omnino cessare necesse est. Et quamuis regula iuris idipsum permitteret quod prohibet vt posset actio incipere contra donatoris heredem, alia tamen lege opus esset quæ specialiter id constitueret, vt condictio ex lege in eam rem dari posset. Non enim potest condictio ex lege vnquam esse amplior ea lege ex qua competit. Ad quod videtur respexisse Iustinianus cum actionem quam dederat, contra donatorem, & donatario dat etiam contra heredem donatoris, & vicissim heredibus donatarij. Quòd aliter difficile fuisset ne dicam absurdum condictionem ex lege iis dari, vel contra eos de quibus lex nihil dixisset. Alioqui poterat sufficere quod ex regula iuris actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competierunt, transeunt in heredes l.1. & tot. tit.C.de heredit. action. Quanto igitur absurdius erit si constitutionem Iustiniani sic interpretemur, vt condictio ex ea lege danda sit contra heredem donatoris non solùm eo casu de quo lex nihil locuta fuit, sed quo etiam regula iuris faciat pro herede, ne scilicet teneatur eam rem tradere, quam donator ipse vt traderet cogi non potuisset. Quanquam enim quibusdam casibus plenior actio competit heredi vel aduersus heredem quàm competierit defuncto vel in defunctum vt in l.si per imprudentiam 51.§ non mirum D.de euict. manifestum tamen est in contrarium esse regulam iuris l.heredem 59.l.hereditas 62.De regul. iur. In proposito autem tractatu de donatione causa mortis hoc amplius est, quod non illa tantùm iuris regula facit pro herede donatoris ne teneatur rem tradere. quod eodem iure vti debeat heres quo defunctus, sed etiam alia, quòd actio quæ nunquam competiit contra donatorem non possit incipere contra donatoris heredem. Quæ postrema ratio licet hodie locum non habeat post aliam eiusdem Iustiniani constitutionem, de qua in d.l.vnica.C. vt action. ab hered. & contr.hered. non eo minus tamen bona est ad probandum quod volumus priorem legem de donationibus quacumque voluntatis testificatione conficiendis ad donationes causa mortis extendi non oportere. Nec enim quid Iustinianus ea lege senserit sciri potest, aut coniectura vlla capi ex eo quod nondum erat tunc constitutum, quodque sequenti anno constitutũ fuerit alia lege. Nã si condictio ex lege Iustiniani non cœpit competere aduersus heredem donatoris causa mortis ex quo die lata est ea lex quæ induxit cõdictionẽ, nulla proculdubio lex est ex qua hodie possit cõpetere, magis quàm olim. Et verò fieri non potest vt quod in donatione inter viuos constitutum est porrigatur ad mortis causa donationẽ, quin specialia multa inducatur. Primũ illud, vt ex pacto nudo detur actio quod iuris regulæ non admittunt l.iuris gentium 7.§ Sed cùm nulla D. de pact.l.solet 15.D.de præscr.verb. Secundum vt detur actio contra heredem quæ non po-

Iustiniani de qua agimus non habere locum in donatione præsumpta,puta in confessione dotis facta per maritum constante matrimonio teste eodem Claro dict.quæst.14.nu.4. post Bart. in d.l.§.quinimò & Alex.in l.si aliquam D de acquir.poss. Ne, inquiunt illi, duæ improprietates seu duo specialia concurrerent.Primum quod præsumeretur donatio vbi non esset,Secundũ, quod ex pacto nudo daretur actio,cur tolerabilius esse volunt, vt tam multa specialia concurrant circa donationem causa mortis, quàm multa concurrere necesse est,si ad eam Iustiniani constitutio protrahatur? Placet itaque concludere donationẽ causa mortis hodie nudo pacto fieri non magis posse, quàm olim potuisse. Tantum distat vt verum esse possit quod quidã volunt iam olim ita ius fuisse vt donatio causa mortis nudo pacto fieri posset ex l. quod bonis 15.in princi.D.ad leg.Falcid.Nam quod ibi proponitur de debito per nudum pactum donationis causa remisso, specialẽ habet rationem,quoniã vt superiore capite dicebamus cùm alicui donatur siue inter viuos siue mortis causa, id quod iam penes eum sit, tantùm ei prodest pactum quantum prodesset stipulatio, quandoquidem non indiget nisi retentione ad quã sufficit exceptio quæ per pactum acquiritur. l. 1. in princ. D.de pignor. Quomodo dicimus interdũ nudo quoq; pacto rectè fieri compromissũ(quamuis regulariter non fiat nisi per stipulationẽ vt ex eo dari actio possit l.2.litigatores 11.§.1.l.ita demũ 31.& pass.D.de recept qui arbitr. recep.l.3 C.eod.) Vt puta si ambo debitores fuerunt, & pacti sunt ne petat quod sibi debetur qui sententiæ arbitri non paruerit d.l.litigatores §.interdum. Quid enim egent pœnæ petitione, qui ius habeant eius tanquam solutæ retinendæ?

ERROR QVARTVS.

De clausula quæ in testamentis poni solet vt si testamentum non valeat iure testamenti vel codicillorum, valeat iure donationis causa mortis. Et de promissione per pactum nudum facta de donando.

SVPRADICTIS consequens est vti clausula quæ hodie passim solet inseri testamentis & codicillis,vt si testamentum non valebit iure testamenti vel codicillorum valeat iure donationis causa mortis,prorsus inefficax sit & inanis. Non enim potest supplere defectum traditionis & stipulationis, quarum tamen alterutram necessariam esse probauimus vt huiusmodi donatio etiam hodie valere possit,cùm non à nuda pendeat donantis voluntate.In quo sicut hodie differt donatio causa mortis à donatione inter viuos,ita & à legatis & fideicõmissis à quibus in hac parte iam olim differebat. Nam donatio quidem inter viuos & si olim perficiebatur iis ipsis modis quibus & donatio causa mortis hoc est interueniente traditione vel stipulatione, hodie tamen perficitur quacumque testificatione voluntatis. Legata verò quamuis neque traditionem requirerent neque stipulationem, sufficiente ad eorum validitatẽ sola legis potestate,tamẽ nõ aliter relinqui poterant quã in testamẽto, vel quod effectu sẽper idẽ fuit,in codicillis testamẽto cõfirmatis ac proinde ab eo qui testando legem facere voluisset disponens de re sua verbis legis & imperatiuis,ipsa lege 12.tab.ita pmittẽte. d.l.verbis legis 120.D de verb. signif. Donatio autẽ causa mortis sẽper fiebat extra testamentũ nec fuit vnquã vt fieri potuerit in testamẽto,quoniã & traditio & stipulatio esset actus

alienus à testamento qui corrumperet testamẽtum & consequenter ea omnia quæ testamento continerentur. Fideicommissa verò etsi etiam extra testamentum relinqui poterant & in codicillis ab intestato factis, in eóque similitudinem nullam habebant cum legatis, tamen constabant nuda voluntate fideicommittẽtis si modo suam voluntatem verbis idoneis expressisset l. penult. de legat. 1. l. cùm proponebatur 64. l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2. l. fideicommissi 11. § item si quis de legat. 3. At donationes causa mortis præter voluntatem donantis requirebant etiam traditionem vel stipulationem, & hodie quoque alterutrã requirunt. Inde igitur fit vt si in testamento inutiliter facto subiecta sit clausula codicillaris vt vocant, sed ita concepta quomodo concipi passim solet, vt si non valebit testamentum iure testamenti valeat iure codicillorum vel alterius cuiuslibet vltimę voluntatis. Imò etsi additum esset generalius, *vel alterius cuiuslibet dispositionis*. Dicam amplius, etiamsi expressum esset vel donationis causa mortis necesse sit inutilem esse clausulam, nisi ponas secutam esse traditionem vel stipulationem, quamuis facta sit præsenti: quoniam præsentia & taciturnitas donatarij pro pacto quidem haberi fortasse potest, sed pro stipulatione vel traditione certè nullomodo potest quicquid in contrarium scribat ex communi aliorum sententia Didac. Couarr. in 3 part. rubr. De testam. num. 10. & Andr. Fachin. lib. 5. controuersiarum. cap. 64. Secuta porrò traditione vel stipulatione valebit donatio causa mortis, non propter clausulam, sed propter traditionem ipsam vel stipulationem. Facilius esset, vt voluntas testatoris quæ nec testamenti nec codicillorum iure valere posset, defenderetur iure donationis inter viuos si testator ita præcepisset, postquàm placuit donationem inter viuos non minùs quacumque voluntatis testificatione perfici posse quàm legatum aut fideicommissum si modo adhibita sit sollennitas insinuationis, quæ in legatis fideicommissis vltimisque voluntatibus nulla requiritur. Dixi *quacumque voluntatis testificatione* vt refellam alium illum errorem interpretum nostrorum qui volunt nihil aliud factum esse Iustiniani constitutione, nisi vt hodie possit donatio perfici pacto nudo: Cùm tamen Iustinianus nulla constitutionis suæ parte nudi pacti meminerit, nec ad aliud respiciat nisi ad id quod absurdum sit donatorem qui semel habuerit animum donandi, séque dixerit donare, ab ea postmodum recedere voluntate. Itaque sicuti Theodosius in l. ad exactionem 6. C. de dot. promiss. constituit fauore dotium, vt non tantùm ex pacto nudo, sed etiam ex nuda pollicitatione dotis possit quis cogi ad præstandam dotem. Ita & Iustinianus in l. si quis argentum 35 § & si quidem C. de donat. constituit fauore donationum vt ad eas perficiendas non solùm sufficiat pactum nudum sed etiam nuda pollicitatio, quæ ipsa nihil aliud est quàm solius offerentis promissio l. 3. D. de pollicit. Etsi quoties pactum hoc nudum appellamus, nudamque pollicitationem sanè minus propriè loquimur. Non enim nuda pacta dici possunt, aut nudæ pollicitationes ex quibus actio detur, cùm earum legum potestate confirmentur, à quibus vim capiunt, & efficaciam ad agendum Fitque ex Iustiniani constitutione legitimum pactum donationis quod erat antea nudum & legitima pollicitatio quæ alioquin esset nuda. Cur enim nuda dici putamus nisi quia legum autoritate non vestiuntur vt actionem parere possint? Nam & cùm pactorum summa diuisio illa sit quod eorum alia sunt nuda alia legitima, ea verò legitima dicantur, quæ à lege

lege adiuuantur vt actionem aliquam ipso iure vel pariant vel tollant l. legitima 6. l. si tibi decem 17. § quædam actiones D. de pact. fatendum necessariò est ea quæ legitima sunt nuda dici nullomodo posse. Nisi hoc sensu quasi non vestita per stipulationem, cuius præcipuus vsus in eam rem comparatus erat vt pacta vestiret quæ alioquin nuda & inefficacia fuissent, quomodo nudum pactum dicitur etiam ex quo agi potest tanquam apposito incontinenti post contractum in l. frumenti 12. C. de vsur. vbi agitur de accessionibus frumenti vel hordei mutuo dati ad differentiam vsurarum pecuniæ funebris quæ non nisi ex stipulatione debetur l. 3. eod. tit. l. Titius 24 D. de præscr. verb. Itaque videntur mihi passim errare in hoc interpretes nostri, qui tractantes de nudo pacto donationis habent pro speciali vt ex eo detur actio, tanquam ex pacto nudo, cùm tamen sit illud legitimum non nudum. Nec nouum sit sed ordinarium vt ex legitimo pacto actio ipso iure vel detur, vel tollatur. Cæterùm, quamuis dixerimus hodie quacumque testificatione voluntatis donationem perfici posse, non ideo tamē consequēs esse arbitramur, quod frequentiore calculo iidem interpretes nostri volunt teste eodem Claro dict. quæst. 14. num. vlt. promissionem de donando valere hodie ex nudo pacto, quasi in effectu nihil aliud illa sit quàm donatio. Nam siue figuram siue vim verborum consideres, aliud est donare aliud pacisci de donando, sicut & aliud est vendere, aliud pacisci de vendendo, quod nec Bart. negat ad l. vlt. D. de condict. caus. dat. Nec quisquam dixerit eum qui nudo pacto promiserit se venditurum hoc ipso teneri exempto ad rem tradendam etiamsi promiserit se venditurum certo & iam conuento precio, quomodo teneretur si nudo pacto vendidisset, cùm emptio consensu nudo perficiatur. Qui enim promittit se venditurum nondum vendit sed vendere vult, & se obligat non ad tradendum sed ad vendendum, quę obligatio vt sit efficax ad agendum iis modis contracta esse debet quibus placuit iure ciuili obligationes efficaces contrahi oportere. Similiter & qui promittit se donaturum nondum donat sed donare vult, quod longè diuersum est. sicut & dicimus aliud esse iam petere, aliud petere velle l. amplius 15. D. rat. rem haber. Proinde hoc etiam admisso vt ex donandi promissione per nudum pactum facta nasci actio deberet, dicendum esset dādam actionem donatario contra promissorem non ad tradendum sed ad donandum, cùm non promiserit se traditurum sed se donaturum, quod prius est vt fiat debetque necessariò præcedere donatio vt per traditionem transferri possit dominium, Alioqui traditio esset nuda ex qua proinde fieri translatio dominij nulla posset l. nunquam 31. D. de acquir. rer. domin. Atqui constitutio Iustiniani non obligat promissorem ad donandum sed ad tradendum præsupposita donatione. Non igitur ad hunc casum constitutio accommodari potest: ne aliter eam nobis interpretantibus paullatim dicendum sit ex sola destinatione faciendæ donationis cogendum donare illum qui donare tantùm destinauerit, vt etiam bonæ cogitationis pœnam illam patiatur ne possit eum pœnitere, quo quid absurdius dici potest? Nam & qui expressim donauit, sed inutiliter puta filio in potestate constituto, si non donasse dici potest quia nec potuit, dicitur tamen destinasse donare nec eo magis prohibetur mutare voluntatem eamque destinationem reuocare l. cùm de bonis 11. C. de donat. Sicut & qui destinauit aliquem heredem scribere siue purè siue sub conditione non idcirco eum instituisse intelligitur l. quoties 9. l. tantūdem D. de hered. instit. l. ex ea 29. D. qui testam. fac. poss. l. fideicom-

NNN

missa 11.§.1. de leg.3. Cur ergo volumus donationis destinationem quæ per pactum nudum facta sit reuocari non posse? An non inutilis etiam & inefficax est illa destinatio quæ facta non est nisi pacto nudo. Dices eũ qui nullo iure cogente promittit se donaturum cùm ita faciat liberaliter hoc ipso donare videri. Nudum igitur pactum sufficere ex Iustiniani constitutione. Sed iam negaui donare illum, qui promittit se donaturũ quãuis promittat animo donandi, ne actus operetur vltra intentionẽ agentis contra l. non omnis 19. D. de reb. credit. Alioqui eadem ratione inferes donasse quoq; videri eum qui nudo pacto promiserit se promissurum, quod donabit, atque ita abibit res in infinitum, vt ex nudo pacto quantũlibet remoto à donatione, donatio inducatur. Nec simile est quod plerique etiam interpretum volunt, Eum qui stipulanti promiserit, quod se obligabit ad centũ posse conueniri, vt soluat, nulla quoque alia obligatione interueniente circuitus vitandi causa ex l. dominus 53. D. de condict. indeb. Cùm enim sit ille obligatus ad se obligandũm, parũ aut nihil ipsius interest an conueniatur vt soluat an vt se obliget, quanquã nec ea propositio caret dubitatione. At nos negamus eũ, qui nudo pacto promisit se donaturũ, obligatũ esse ad hoc vt donet, multo minùs ad hoc vt tradat. Nulla igitur ratio est, vt pro eo habeatur qui iam donauerit ob hoc solùm quod promisit se donaturũ. Quomodo enim posset quis apertiùs dicere, adhuc se nõ donare, quàm promittendo se donaturum? Aut quænam superit ratio faciendi vt promissio donandi præcedat donationẽ? Fateor his verbis exprimi, affectum animi sed in futurũ, ideóque dico non posse illa vim habere præsentis & puræ dispositionis arg. l. literæ 17. D. de iur. codicill. Nam & verborũ futuri tẽporis ea vis esse solet vt condicionalẽ faciant dispositionẽ l. Stichũ 6. de leg. 1. scribit 34. §. item scribit de aur. & arg. leg. Itaq; qui promittit se donaturũ licèt purè promittat rem quã statim præstare potest, tamẽ nõ intelligitur promittere cõsequẽtia donationis, id est se rẽ traditurũ, nisi sub ea conditione si donauerit. Quòd si is quoq; qui collatis verbis in præteritũ tẽpus dicit se donasse nõ ob id tamen aut donare aut donasse verè dicitur, benignaq; interpretatione opus est vt mortuo eo, qui sic dixit, dominiũ pertineat ad eum cui defunctus dixerat se donasse vt scriptũ est in l. ex hac scriptura 16. de don scilicet in vim donationis causa mortis si ea scriptura extra testamẽtũ aut codicillos testamẽtarios facta proponatur (sic enim loc° ille accipiẽdus mihi videtur) cùm neq; probatã esse donationẽ inter viuos sufficeret ad dominiũ trãsferẽdũ nisi secuta etiã probaretur traditio, quę porrò in ea specie probari nõ poterat secuta viuo donatore, qui nõ alias res donasse se dixerat quàm eas quas in diẽ vsq; mortis suæ habuisset) quãto minùs donasse videri aut probari potest is qui tãtùm promisit se donaturũ? Aut quãdo locũ habebit si in hoc casu locũ habeat quod dici solet nihil actũ videri quãdiu aliquid superest agẽdũ. l. pen. C. de his quib. vt indig. Quomodo enim potest videri omnia iã egisse is qui nudo tãtùm pacto promisit se donaturũ? Benigna saltẽ interpretatione opus esset, vt & in d. l. ex hac scriptura, Cui tamẽ benignæ interpretationi nõ video quis locus relinquatur circa Iustin. cõstitutionẽ in d. l. si quis argẽtũ quę cùm faciat ius nouũ & vt nostri loquũtur exorbitãs à iure cõmuni coarctãda potiùs est quàm adiuuãda interpretatione, vt & interpretes ipsi fatẽtur, qui hac ratione nõ dubitãt negare cõstitutionẽ illã ad remuneratoriam, præsumptãq, donationẽ nõ pertinere. Præsertim cùm in bonæ fidei contractib. donationis species nõ numeretur l. eũ qui 22. D. eod. ideóq; inspiciendũ sit

præcisè quid promiserit is qui donauit, vt de stipulatione dici solet l. quicquid adstringendæ 99. D. de verb. obl. Qui autē promisit se donaturum neq; dixit se donare neq; promisit se traditurū. Non ergo vrgeri potest vt tradat quasi donauerit, quin ab eo quod actū dictūq; est recedatur. Cúmque actio quæ vna cōpetere potest ei, qui se donatariū dicit, nō alia sit quàm cōdictio ex lege quę ipsa sui etiam natura stricta est nec vltra legis ex qua inducitur terminos extendenda, fatēdū sanè est hoc casu cōpetiturā cōdictionē ex lege sine lege, si ei cui alius donaturū se promisit condictio ex ea Iustin. lege accōmodetur, quādoquidē huic interpretationi verba cōstitutionis si nō apertè repugnāt saltē nullomodo cōueniūt. At neq; illud probare possū quod Iacob. Cuiac. scripsit lib. 10. obseru. cap. 28. in fin. donationē quæ iure vetere nō fuit cōuentio, sed acquisitio ciuilis vel naturalis l. 4. & 5. Cod. Theod de don. hodie iure nouo esse cōuentionē non acquisitionē. Supponit enim ille cū vulgo interpretū, id tantùm induxisse Iustinianū vt hodie possit fieri donatio nudo pacto, quā tamē probauimus fieri posse quacunq; testificatione volūtatis, & nuda etiā pollicitatione. Quęnam enim potest esse cōuentio in pollicitatione quæ nō ex duorū cōsensu æstimatur vt cōuetio, sed ex solius offerētis promissione? d. l. 3 D. de pollic. iunct. l. 1. §. cōuentionis D. de pact. Deinde facta quoq; per nudū pactū donatione, cur nō erit etiā hodie donatio acquisitio si acquisitio erat olim illa quæ fiebat per stipulationem? Aut cur olim donatio facta per stipulationē cēsebatur species acquisitionis potiùs quàm cōuētionis. Hodie verò nō idē erit facta donatione per pactū nudum, cùm tantā vim hodie habeat pactū ad perficiendā donationē, quantā posset habere stipulatio? Dicendū igitur est eam demū donationem fuisse olim & esse hodie acquisitionem quæ incipiebat à traditione non eā quæ à conuētione, ideoque nihil hac parte innouatū esse nisi quod hodie nec traditio nec conuentio necessaria est sufficiente qualibet testatione voluntatis dummodo legitimè probata & actis publicis insinuata.

ERROR QVINTVS.

De eo quod dici solet donationes causa mortis capi ad instar legatorum.

Sciunt Interpretes omnes & pragmaticiquoq;, Donationes causa mortis capi ad instar legatorū. Id enim plerisq; iuris nostri locis scriptū est vt in l. 2. D. de public. in rem act. l. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patron. l. Marcellus 15. l. etsi debitor 17. l. illud 37. D. de mort. caus. don. l. vlt. C. eod. Sed quā rationem id habeat adeoq; quomodo accipiendū sit pauci sciunt. Errant enim qui putant vsq; adeo generaliter veram esse hanc legatorum & donationum causa mortis æquiparationē vt nullam inter ea differentiā agnoscāt cùm & iam olim multæ fuerint differentiæ & etiamnū pleræq; supersint quas Accurs. noster congerit ad §. instit. de donat. sed non omnes. Illam enim prætermittit quæ præcipui est momenti quòd ab intestato quoque facta mortis causa donatio valet l. tàm is. 25. in princ. D. de mort caus. donat. Sufficit enim vt qui donat causa mortis testamentum facere possit licet nō faciat. l. 1. §. 1. D. de tutel. & rat. distrah. l. cùm hic status. 32. §. si miles. D. de donat. inter vir. & vxor. At legatum ab intestato relinqui olim non poterat, sed tantùm vel in testamento vel in codicillis testamento confirmatis inducto eam ob causam vsu fideicommissorum si aliquid amicis relinquere intestatus paterfamilias vellet l. 3. l. conficiuntur. 8 §. 1. l. illud. 13. §. 1. l. vlt. D. de iur. codicil. l. filiusfamilias 18. D. ad l. falcid. Adieci *olim* quia sublata ho-

die differentia legatorum & fideicommissorum per l.1.C.comm.de leg.dubitandum non est quin perinde legata possint hodie relinqui ab intestato atque fideicommissa.Propter quã causam videtur Tribonianus plerisq; iuris nostri locis scripsisse *relicta* pro eo quod scriptum erat vt credibile est fideicommissa vt in l.ab intestato 16.D.de iur.cod. & alibi sæpe.Illud etiam prætermittit Accurs.quod prætermittendum minimè fuit distinguẽdas esse hac in re donationes causa mortis quæ per traditionem fiunt ab iis quæ per stipulationem. Et rursus ex iis quæ per traditionem fiunt eas quæ ita fiunt vt dominiũ statim transferatur quãuis reuocabiliter ab illis quæ sic fiũt vt dominiũ nõ transferatur nisi post mortẽ,quæ vulgarior est forma donationum causa mortis. Nã his omnibus modis mortis causa donari posse cõstat l.2.l.si mortis.29.l.mortis 34.& l.seq.§.vlt.D.de mort.caus.don.Ad eas verò tantũ donationes quę postremi generis sunt pertinet hoc quod dicimus donationes causa mortis capi ad instar legatorum.scilicet quia legis potestate opus est vt dominiũ quod fuit viuẽtis hominis possit ab eo post mortẽ suam transferri in aliũ siue heredẽ siue legatariũ siue donatariũ cùm eo tempore nõ sit futurus dominus is qui nullus est it l.Stichus 39.D.de manu.testam. In eamq; rẽ necessaria fuit lex 12.tab: quæ tamẽ de legatis tantùm locuta non potuisset locũ habere in donationib.causa mortis si nõ fuisset constitutũ vt ad exẽplum legatorũ caperẽtur. At siue donatio facta sit per stipulationem siue per traditionẽ ita vt dominiũ statim sed reuocabiliter trãsferatur,neq; necesse est neque fieri potest vt ad instar legati capiantur,quia stipulatione interposita nõ eget donatarius auxilio legis vt ex ea stipulatione possit agere post mortẽ donationis cùm nascatur actio statim licèt exactio differatur post mortẽ.d. l.34. Facta verò traditione ita vt dominiũ statim trãsferatur quãuis reuocabiliter cùm donatarius fiat dominus viuo donatore multo minus eget auxilio legis ad dominiũ acquirendũ, non magis quàm si donatio esset inter viuos. Nec quòd sit reuocabilis ad rẽ facit.Desinit enim esse statim atque certum esse incipit non posse amplius eam reuocari quod euenit eo instãti quo moritur cùm nõ possit reuocatio fieri in instanti ac proinde perficitur huiusmodi donatio & fit irreuocabilis nõ post morte donatoris sed morte ipsius exẽplo donationũ quæ fiunt int.vir.& vx.quæ moriẽte nõn mortuo donatore confirmantur, & consequenter viuo adhuc donante cùm instãs mortis nõ morti sed vitæ adscribatur l.qui duos.18.§.1.D.de manum.test.l.vlt.D de condic.instit.Ex iis verò differentiis quas Accurs.tradit quædam veræ sunt quædam falsæ saltẽ si quomodo ille scripsit & sensit intelligatur.Illa vera est quã primo loco ponit q; si donatum sit mortis causa in annos singulos vna tantũ donatio est cùm tamẽ tot sint legata quot anni sũt si in annos singulos legatum proponatur.l.senatus.35.§.vlt. D.de mort. caus.don. iunct.l.4.l.cùm in annos 11.D.de ann legat. Sed ad rem nostram hæc differentia non pertinet. Cùm enim donationes mortis causa legatis æquiparant Iuriscõsulti non de iis intelligunt quæ contrahuntur per stipulationẽ sed de iis quæ per traditionẽ vt iam diximus.At,vt donatio causa mortis in ãnos singulos vna sit nõ multiplex,ideo fit quia eiusmodi donatio annui non nisi per stipulationẽ cõtrahi potest.Semel enim tradi quid in annos singulos nõ posset l.si stipulata 37.D.de don.int.vir.& vx.Stipulationis autẽ huiusmodi *in annos singulos* propriũ illud est vt sit vna & ꝑpetua.l.si Stichũ.16.§.1.de ver.obl. quia ex cõceptione verborũ æstimatur quæ semel tãtum interponitur vt cõtrahatur obligatio quæ in perpetuũ duret. Idque est

quod Paulus ait in d.l. Senatus §. fin. iis verbis *vna stipulatio est*. Itaque nõ tã inter legata & donationes mortis causa differentia ista est quã inter legata & stipulationes, inter quæ sunt & aliæ permultæ differentiæ de quib. alibi & scripsimus & scribemus. Ei ũsmodi etiã est alia illa differentia quã ponit Accurs. quod donans obligatur donatario testator verò legatario nõ item. Nã in ea quidẽ donatione causa mortis hoc verũ est quæ per stipulationem cõtrahitur, quia donator promittẽs donatario stipulãti obligatur sine dubio licet ex ea obligatione nulla exactio viuo eo sequi possit d.l. mortis causa. 34. D. de mort. caus. don. Sed cum donatio causa mortis incipit à traditione tantùm abest vti donator obligetur donatario vt è cõtrario donatarius obligetur donatori potius, cum ei teneatur cõdictione si quo casu reuocabitur donatio. l. qui mortis 30. D. eod. Traditio nõ est modus contrahendæ obligationis ex parte tradentis sed potius dissoluendæ. Tertiam differentiã ponit Accurs. quod legatũ ab hærede semper traditur vt probat definitio illa legati apud Iustin. §. 1. vbi ait legatum esse donationẽ à defuncto relictã & ab herede præstandã. Donatio autẽ causa mortis tradi potest etiam ab alio quàm ab herede donatoris adeóque quàm ab ipso donatore, dũmodo tradatur ex donatoris volũtate vt in l. cùm pater. 77 §. mater. & §. Mæuio. D. de lega. 2. Sed hæc differentia partim vera est partim falsa. Vera quòd pertinet ad donationẽ causa mortis: itẽ quod ad hoc vt legatũ ab alio quàm herede dari non possit iure vetere inspecto, quia non alij quàm heredi imperare testator potest: legatũ autẽ est quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt ait Vlp. in prag. tit. de legat. Vnde fit vt neque à legatario neque à fideicõmissario legatũ relinqui posset olim vt ibidem ille ait & fatetur Iustin. instit. de sing. reb. per fid. relict. Sed falsum est, primo si inspicias ius nouũ, postquam factũ est vt nulla sit differẽtia inter legata & fideicõmissa, & tã legato quàm fideicõmisso onerari posse eũ qui legatũ accepit l. 2. in fin. C. com. de legat. Consequens enim fit. vt quemadmodũ fideicõmissum olim relinqui potuit non tantùm à legatario sed etiam à fideicommissario, adeoque à quocũque debitore l. si pecunia 77. eum seq. De legat. 1 ita & hodie possit à quolibet debitore legatũ quoque relinqui & tradi. Falsa item in eo quod põnit Accursius, legatum ab herede tradi oportere, tũ quoque cùm ab alio tradi nõ posset. Nã & nihil vetat legatũ tradi ab ipso testatore adhuc viuo, aut legari alicui id quod iam ille penes se habeat vt in l. lineam 26. D. ad leg. Falcid. l. Lucius 88. in princ. D. de leg. 2 Et præterea illo etiã casu quo res legata reperiatur penes testatorẽ mortis tẽpore, si tamen ius vetus inspicias certum est potuisse ita relinqui legata vt tamen non essent præstanda & tradenda per heredẽ, puta si legatũ esset per vindicationẽ, quo casu nõ erat locus interdicto quod legatorũ, etiãsi propria autoritate legatarius possessionem legati occupasset, vt scribit Caius in instit. & nos probauimus libr. 6. Cõiect. cap. 1. Quod quãuis Iustin. hodie immutauerit qui legatis omnib. eam naturam hac parte indidit quæ propria olim erat legatorũ per damnationem, vt ex supradicta legati definitione apparet, nõ ideo tamen possis dicere differẽtiã fuisse ante Iustinianũ inter legata & donationes causa mortis. Nam æquiparatio legatorum & donationum causa mortis non pertinebat, nisi ad legata per vindicationẽ relicta ex quib. solis scilicet poterat dominiũ recta via transire à testatore in legatarium, quasi nunquã factum heredis l. à Titio 64. in fin. D. de furt. l. legatũ 80. de legat. 2. nullo in eam rẽ necessario

facto heredis quod vtiq; necessarium erat ad dominiũ transferendum in legatis per damnationẽ. Atqui legata per vindicationẽ vt diximus nõ magis erãt tradenda ab herede quàm donationes causa mortis. Nulla igitur hac in re dici potest fuisse differerentia inter mortis causa donationes, & legata, quæ donationibus illis æquiparabantur.

ERROR SEXTVS.

De differentia legatorum & donationũ causa mortis in interdicto Quod legatorũ.

AN igitur hodie admittenda erit hæc differentia, quæ olim non fuit? Negat Iacobus Cuiacius lib.10.obser.cap.28.vbi defendit etiam in causa interdicti Quod legatorum nihil distare à legatis donationes causa mortis. In vtrisque Falcidiam locum habere eámque heredem sibi ex vtrisque seruare per retentionem rei legatæ aut donatæ mortis causa secundum ius quod ante Iustinianũ obtinuit nisi viuus testator rem legatam legatario aut viuus donator rem donatam mortis causa donatario tradiderit. Si verò post mortẽ testatoris vel donatoris legatarius vel donatarius rem legatã vel donatam sine heredis volũtate occupauerit quã non acceperat viuo testatore aut donatore teneri eum interdicto quod legatorũ possessionis restituendæ causa vt per eius retẽtionẽ Falcidiã quæ interuenit sibi heres seruare possit ex l.1. C.quod legat.Falcidia enim nõ interueniẽte putat cessare interdictum.Sed si viuus testator donatórve rem legatã donatámve mortis causa legatario vel donatario tradiderit,non potest, inquit Cuiacius ab eo per heredẽ auocari possessio interdicto Quod legatorum quam à defuncto nactus est iure. Proinde cùm non possit per retentionẽ hoc casu necesse est vt per vindicationem heres sibi Falcidiam seruet d.l.lineã d.l.cùm pater 77.§ mater & §. Meuio de leg.2. In quo dissentit vir doctissimus ab Accursio & aliis interpretib. qui vulgo inter cæteras legatorũ & donationũ causa mortis differẽtias hanc quoq; adferunt,quod in legatis locus est interdicto Quod legatorum,In donationib. verò causa mortis non itẽ.Ac quoniam non potest dissimulare Cuiacius hanc differentiã apertè poni in l.1.§. si quis ex mortis D. quod legat. quã & ipse agnoscit lib.8.obser.cap.2.Respõdet d.c.28.differẽtiam pertinere ad ea quę plerunq; fiunt.Nam plerunq; inquit,legata ab herede prestantur,donata mortis causa à donatore,ac tum quidem si legatum quod debuit accipere ab herede legatarius occupauerit sine voluntate heredis tenetur interdicto Quod legatorũ. Nec tamen eo tenebitur donatarius causa mortis qui rẽ donatã à defuncto accepit nõ ab herede,&eã sibi habet ac possidet post mortẽ donatoris: Sed vbi omnia sunt paria in vtroque non dubitat Cuiacius quin ius par &,vt loquitur, æquabile sit in vtroq; Vt si legatario rẽ legatã tradiderit testator donatario donator,neuter teneatur interdicto Quod legatorũ.Cõtrà si nõ tradiderit, vterque teneatur. Ego assentiri viro doctissimo non possũ. In eo primùm quod ait cessante Falcidia cessare interdictũ.Hoc enĩ iã refutauimus lib.6.Coniect.cap.1.& 2.Nec quod in d.l.1.C.quor.legat.proponitur &legi Falcidiæ & simul interdicto locum esse,facere debet vt inferamus.Cessante igitur Falcidia cessare interdictum non magis quàm si in contrariũ vellet quis inferre quod esset multo absurdius,cessante interdicto cessare legẽ Falcidiã. Immo probat locus ille non esse necessariũ interdictũ heredi ad Falcidiã retinendã,cùm ait heredi scripto satis idoneè prospectũ esse lege Falcidia per quartæ retẽtionẽ si exhau-

stalo

sta legatis successio probetur. Nõ enim satis idoneè lex Falcid. heredi prospexisset si adhuc egeret ille interdicto Quod legatorũ: cuius sanè ratio non alia est quàm quę ponitur in d. l. 1. q nõ fuerit permittendũ legatario vt sibi ius diceret in causa propria: quā rationẽ palã est locũ habere etiã si legi Falcid. locus non sit, si modo sine heredis aut testatoris volũtate legatarius occupauerit possessionẽ. Sed inter eũ casum quo lex falcid. locũ habeat & illũ quo nõ habeat, differẽtia illa est, q falcid. nõ interueniẽte videtur calũniã inferre heres & dolo malo facere, cùm petit possessionẽ quã mox eidẽ restituere debeat, vt loquitur Caius in Inst. tit. de legat. ex l. dolo facit 8. D. de doli mal. except. quãuis eã calumniã tolerabiliorẽ putet prætor quàm audaciam legatarij ius sibi dicẽtis, & magistratus autoritatẽ sibi adrogãtis l. nõ est singulis 186. de reg. iur. At falcidia interueniẽte iustam repetendæ possessionis causã habet heres. Nõ quod ius habeat retinẽdę totius rei prætextu falcidię vt malè putat idẽ Cuiac. (solius enim quartæ nõ totius rei retinendæ potestatẽ facit lex falcid. quæ & legata ipsa resecat & minuit ipso iure quotiescunq; diuidua sunt l. in quãtitate 73. §. vlt. D. ad leg. Falcid. d. l. 1. C. quor. legat.) sed quia lex Falcid. nõ patitur vt legatarius prius habere debeat dodrãtem legati, quàm heres quadrantẽ, cùm nec legandi facultatẽ ciui Romano aliter restituat quàm si ante omnia heres habeat quadrantem l. 1. D. ad leg. Falcid. Quæ ratio facit, vt illo etiã casu, quo legatarius possessionẽ rei legatæ nactus sit sine vicio, puta q eam penes se iam haberet tẽpore mortis testatoris, non eo minùs teneatur interdicto quod legatorũ d. l. lineam in illis verbis *posse heredem consequi vt ei restituatur.* Qua enim via posset cõsequi rẽ legatam, quæ iam esset penes legatarium, nisi per illud interdictum? Rursus quonam colore posset petere restitutionem rei legatæ cuius possessionem sine vitio legatarius haberet, si non adesset prætextus falcidiæ? Qua sanè interueniente parum refert quod legatarius habeat possessionem ex testatoris voluntate, cùm testatoris voluntas nullius omnino sit momenti ad minuendum ius heredis cui lex Falcidia vult esse consultum. Itaque sufficit ex hac causa interesse heredis, eiúsque voluntatis legatarium non possidere. Nihil enim aliud videntur requisiuisse verba interdicti nisi vt legatarius possessionem legati nactus esset non ex voluntate heredis, vt colligere licet ex l. 1. §. quod autem D. quod legat. Quamuis si falcidia non interueniret, poterat & debebat voluntas testatoris prodesse legatario vti ne calumniam pati posset ab herede quasi in propria causa sibi ius dixisset. Nec enim propria autoritate fecisse videtur qui fecit ex voluntate testatoris, siue testator viuus rem ei tradiderat aut penes eum rem esse passus erat, siue dederit ei vindicandi legati potestatem. Eaque ratio etiam & sententia est d. l. 1. C. quor. legat. quæ vt sit locus interdicto nihil aliud exigit, nisi vt citra voluntatem heredis legatarius adprehenderit possessionem non adhibita ea distinctione, an testatoris volũtas interuenisset necne, quia lex Faldia intercedebat, quæ si non intercessisset separanda fuissent legata vindicationis à cæteris, & excipiendus ille casus quo legatarius viuo testatore & ex ipsius voluntate possessor esse cœpisset. Quanquam si heres portionem illam legati, quam per legem Falcidiam habere debet, vindicare solam mallet, vtique posset tam ex iure vetere quàm nouo d. l. lineam l. penultim. C. eod. (nihil enim noui Iustinianus hac in re constituit, præterquàm in casu illius legis qui certè est specialis, in quo etiam Cuiacius fallitur vt alibi docuimus. Quid enim obstaret quominus quartę vindicationẽ

habere deberet heres tanquam dominus?) nec proinde interdicto vllo indigeret. At in donatione causa mortis nō idem iuris est. Siue enim legi Falcidiæ locus sit siue non sit, nunquam locus est interdicto Quod legatorum ad auferendam donatario possessionem quam consecutus sit viuo donatore siue ab ipso donatore siue ab alio quolibet dummodo sine vitio, quia tametsi lex falcidia de legatis tantùm locuta, ad mortis quoque causa donationes tracta sit hactenus tamen duntaxat tracta est, vt quartam heres habere debeat non etiam vti ne priùs debeat donatio confirmari, eamque habere donatarius, quàm heres quartam illam habeat, quoniam non quemadmodum legandi facultas libera quæ per legem 12. tab. data fuerat, postea legibus Furia & Voconia fuerat eadem restricta rursum per legem Falcidiam restitui debuit, ita lege aliqua opus fuit ad restituendam ciui Romano qui testari possit libertatem donandi pro arbitrio causa mortis quæ libertas nulla vnquam lege fuerat imminuta, cùm leges Furia & Voconia non nisi ad fauorem testamentorum habendique testamentarij heredis respexissent, cuius fauoris ratio nulla est cùm tractatur de donationibus causa mortis quippe quæ sicut in testamento non relinquuntur, ita ab intestato relinqui possunt d. l. tam is 25. in princip. D. de donat. caus. mort. Fuit quidem opus autoritate iuris ciuilis, id est, vt ego quidem arbitror, prudentum interpretatione ad caput illud legis 12 tabul. *Pater familias vti super sua re legassit ita ius esto.* ad hoc vt dominium rei donatæ causa mortis quod viuo donatore non fuisset translatum in donatarium, transferri in eum posset post mortem donatoris inuito quoque nedum ignorante ipsius herede. Quod in summa nihil aliud est dicere quàm vt mortis causa donationes ad exemplum legatorum caperentur. Sed cùm eiusdem iuris ciuilis autoritate eodemque tempore vtrumque fiat, vt & rem mortis causa donatam habere donatarius debeat & heres quartam, facile est videre ita confirmandas esse mortis causa donationes, vt tamen legis Falcidiæ ratio habeatur, id est vt non in plus confirmetur per legem donatio & ad exemplum legati capiatur, quam ratio Falcidiæ patitur. Inde fit vt non possit heredi necessarium esse interdictum quod legatorum aut vtile, neque ad retinendam falcidiam quam ipso iure habet vel ob hoc solùm, quod in ea portione quæ per Falcidiā auocanda esset nulla donatio causa mortis facta esse intelligitur, neq; ad repetendam possessionem quā sine ipsius voluntate donatarius nactus sit, cùm eam nactus sit ex voluntate ac per manus donatoris, quem neque lex falcidia neque alia vlla ratio prohibuit donare causa mortis & tradere quid & quantum vellet. Quid enim erat necesse impediri traditionem aut donationem pro illa etiam parte quæ penes heredem remanere deberet iure falcidiæ, cùm sufficeret quod viuo donatore non esset perfecta donatio, Eo autem mortuo non perficeretur neque confirmaretur per legem nisi quatenus legis Falcidiæ ratio pateretur? Non similiter possis dicere eadem ratione non fuisse heredi necessarium interdictum Quod legatorum ideo quod legata neque debeantur viuo testatore, neque mortuo eo confirmentur nisi ad legis vsque Falcidiæ modum. Legatis enim obuiam eūdum fuit priùs etiā quā defūct' esset testator id est ab ipso tēpore testamēti, ne alioqui per legē 12 tabul. cōfirmarētur in solidū, seruque esset auxiliū legis falcidiæ ad rescīdēda & minuēda legata quæ ipso iure semel in solidū valuissēt & per legē ipsā 12. tab. cęterarū legū omniū veluti matrē cōfirmata es. &.

Itaque

Itaq; faciendum fuit per legem Falcidiam, non vt mortuo testatore legati non confirmarentur nisi vsq; ad dodrantẽ, sed vt nec ab initio valerent supra dodrantem, ne quæstioni locus esse posset de iis post testatoris mortem, vel per legem 12.tab.confirmandis,vel per legẽ Falcidiam infirmandis, (quę quæstio eò recideret, Vtrius legis maiorem vim & potestatẽ esse oporteret, de quo quærere alienũ sanè est ab vtriusque legis maiestate, ac iuris ciuilis dignitate.)Ea namq.legata certum est per legẽ vel confirmari vel infirmari mortuo testatore,quæ ab initio valuerunt,nõ ea quæ nõ valuerunt. Nihilq; in eo fecit lex Falcidia contra legem duodecim tabularum, cùm inutilia fecit legata supra dodrantem relicta, priùs quàm lex 12.tabularum in eo esset vt ea confirmare vellet, quæ scilicet nunquam confirmat nisi mortuo demum testatore. Sicut autem lex Falcidia facit ab initio inutile legatum quod supra dodrantem datum est, ita & rescindit ipso iure traditionem à testatore factam, nec tantùm pro quadrante, sed in totum, quia traditio quæ facti est,eiúsque indiuidui & singularis non potest esse non indiuidua. Earum quoque rerum quæ alioqui diuiduæ sunt sui natura. l. consilio. 7. §. vlt.D.de curat.furiosi. l.stipulationes non diuiduntur.72. de verb.obligat. Ob idque non patitur lex Falcidia vt traditio à testatore facta legatario, eximat legatarium ab interdicto quod legatorum, nisi ad testatoris voluntatem heredis quoque consensus & voluntas accesserit, & quidem post mortem testatoris, ita vt non sufficeret, quòd viuo testatore futurus heres legatario possessionem adprehendenti concessisset,cùm nulla dum eo tempore quarta per legem Falcidiam deberetur. l. quod bonis.15.§.1. D.ad leg. Falcid.Sed si lex Falcidia non interueniret,non solùm immunis esset à metu interdicti legatarius cui testator ipse rem tradidisset, sed ille etiam cui testator per vindicationem legasset. At donationes causa mortis etiam quæ supra modum legis Falcidiæ factæ sint,neque lege Falcidia, neque alia vlla infirmantur, quia nec necesse fuit non viuo donatore cùm eo tempore adhuc per se infirmæ sint & reuocabiles,non post mortem donatoris, cùm ad eas post donatoris mortem confirmandas lex duodecim tabular.non pertineret nisi per interpretationem prudentum, quos certum erat nunquam facturos eam interpretationem quæ pugnantem faceret potestatem legis 12.tabul.cum legis Falcidiæ potestate, quod nec si voluissent facere potuissent. Proinde cùm traditio rei mortis causa donatæ per donatorem facta non rescindatur, nihil causæ est cur donatarius teneri debeat interdicto Quod legatorum, nec magis cùm Falcidiæ legis ratio interuenit, quàm si nulla interueniret,quando nec vllam ex eo iniuriam patitur heres,cui perinde consultum est ad Falcidiæ portionem vindicandam ac si traditio pro ea saltem parte rescinderetur. Quoniam sicuti traditio quæ iustam legitimam & perfectam causam non habet, dominium transferre non potest tanquam nuda.l.nunquam nuda.31. D.de acquir.rer. domin. Ita neque impedire quominus is qui ante traditionem dominus fuit, & post traditionem quoque dominus mansit, eiúsque heres vindicationem habere possit quæ dominis omnibus datur, pro ea scilicet parte pro qua donatio per mortem donatoris confirmari non potuit,licèt in donatarium res donata corporaliter fuerit translata,vt scriptum est in d.l.1.§.si quis ex mortis.D.quod legat. Non enim corporalis possessionis,sed dominij translatio sola illa esset quæ vindicationem impedire posset.Porrò quemadmodum donatio causa mor-

genere legatorum:quod nec nos satis plenè tractauimus lib.6.coniect. cap. 1.& 2.vbi quod diximus ex Caio non fuisse olim locum interdicto in legatis per vindicationem, verum quidem est, sed restringendum ad eum casum quo legi Falcidiæ locus non esset. d. l. lineam. Illud verò longè absurdius est quod à Didaco traditum video in 3. part. rubric. de testam. num. 20. Falcidiam non ex aliis mortis causa donationibus detrahi, quàm quæ vel in testamento factæ sint vel in codicillis non etiam si extra testamentum & codicillos. Ita enim inutilis fit constitutio Seueri ac Falcidia ex mortis causa donationibus detrahenda, cùm neque in testamento fieri possint, neque in codicillis. Et pugnat apertè hæc interpretatio cum omnibus legibus quæ volunt Falcidiam ex mortis causa donationibus deduci. Omnes enim loquuntur indistinctè, nec vllibi mentio fit vel testamenti,vel codicillorum.Quid ergo,si mortis causa donatio facta sit non per traditionem, sed per stipulationem?aut per traditionem quidem, sed ita vt dominium statim transferatur,reuocabiliter tamen? Non potest locus esse dubitationi, tantùm abest vt locus esse possit interdicto. Nam siue hoc siue illo modo fiat donatio causa mortis,nihil habet simile cum legatis, vt diximus capite superiore, & dicemus latiùs in sequenti. Interdictum autem Quod legatorum non nisi de legatis locutum est, & quamuis ex sententia prætoris extensionem aliquam recipere possit, non tamen ad alia quàm quæ similitudinem habent cum legatis, cuiusmodi sunt fideicommissa singularia, in quibus sicut Falcidia inducta est, ita & interdictum quod legatorum induci oportuit, sed eo solùm casu quo fideicommissarius sibi ius dixisset occupando propria auctoritate rem sibi per fideicommissum relictam cuius possessionem nancisci debuerat per mediam fidem,& per manus heredis siue legi Falcidiæ locus esset siue non esset.Cur enim melioris conditionis esse deberet fideicommissarius quàm legatarius, quem diximus etiam Falcidia non interueniente teneri interdicto, si propria auctoritate occupauerit legatum? Immò deterioris conditionis est fideicommissarius, quàm legatarius in eo, quod non cadit in fideicommissarium ea distinctio quæ cadit in donatarium, an rem sibi traditam à testatore nactus sit, quo casu diximus non teneri interdicto legatarium si legi Falcidiæ non sit locus. Frustra enim & ineptè quis fideicommitteret heredis sui vt eam rem præstaret,quã testator ipse iam fideicõmissario tradidisset, suntq; in eã rem necessaria verba legati,de quibus in l.Lucius.88.in princip De lega.2. Non tamen ex verbis edicti tenetur interdicto fideicõmissarius,quomodo legatarius teneretur, quia verba edicti de legatis duntaxat fuerunt nõ de fideicommissis,sed ex sententia edicti,vt ait d.l.1. C. quor.legat.propter identitatem rationis.Sicut & ex sententia, nõ ex verbis edicti contra legatarium quoque datur interdictum,si non heres ipse agat, sed heredis heres aliúsve ipsius successor quilibet d.l 1.quia edictum non nisi de herede ipso locutum est,non de heredis successore.Nec dici potest in fideicommissis cessare ideò debere interdictum, quòd habeat heres vindicationem contra fideicõmissarium qui propria auctoritate rem sibi relictam occupauit, cùm non sicut legatorũ ita & fideicõm ssorum dominium recta via transferatur citra faciendã ab herede traditioné, at ne quidem secuta traditione si de legitimo & quiritiario dominio intelligas de quo in l.3 D. si vsusfr.petet. l.si quis vsumfructum.29.D.de vsufr.lega. Nam eadẽratione probares ne quidem in legatis locũ fore interdicto si per damnationẽ relicta essent,quia nec eorum

dominium magis quàm fideicommissorum transit recta via à testatore in legatarium, ne fiat contra voluntatem testatoris quod ex voluntate proficiscitur, siquidem noluit testator dominium nunquam fieri heredis cùm heredem ipsum iussit dare. Nam cùm dare nihil aliud sit quàm dominium transferre. l. vbi autem. 75. §. vlt. de verbor. oblig. quomodo fieri posset, vt heres transferret dominium quod ipse non haberet? At rursum si in legatis per damnationem non esset locus interdicto, in quibus obsecro vnquam esse posset? Vt enim iam diximus, in legatis per vindicationem non erat interdicto locus nisi vno eo casu quo lex Falcidia locum haberet. Dicendũ igitur est ius vindicationis heredi competẽtis non impedire aut tollere vtilitatem interdicti, quia difficultas quæ magna plerumque subest probandi dominij facit vt semper commodius sit experiri interdicto si quod cõpetit ad possessionem siue adipiscendam, siue retinendam, siue recuperandam. l. is qui destinauit 24. D. de rei vindicat. §. commodum. Instit. de interdict. Idque apparet euidentiùs ex eo quod alioqui dicendum esset sublatum hodie interdictum, quod legatorum, ob id quod Iustinianus legatis omnibus eam naturam hac parte dedit quæ olim erat legatorum per vindicationem vt dominium rerum omnium legatarum transeat à testatore recta via in legatarium (nam & inde est quod pro legatis omnibus dat vindicationem quam certum est domino tantùm dari.) Cùm tamen è contrario fecerit Iustinianus vt quantum ad causam interdicti legata omnia eam naturam habeant, quæ olim erat legatorum per damnationem vt ab herede præstari debeant illa etiam quæ per vindicationem data sint, alioqui teneatur interdicto legatarius quisquis ille sit, vt probat posita in Institutionibus definitio legati in §. 1. de legat.

ERROR SEPTIMVS.

De donatione causa mortis facta per stipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium statim transferatur.

ATTIGIMVS in præcedentibus non omnes mortis causa donationes legatis æquiparatas esse, sed eas tantùm quæ sic fiunt vt dominium rei donatæ non nisi post donatoris mortem in donatarium transferatur. Ad differentiam scilicet cæterarum, quæ vel per stipulationem contrahuntur, vel per traditionem quidem, sed ita vt statim & viuo adhuc donatore quamuis reuocabiliter dominus fiat is cui donatur. Sed quid hoc & quale sit, quoniam in eo grauissimè ni fallor erratum est hucusque ab omnibus, latiùs explicandum est, etsi ea ratio differentiæ, quæ iam à nobis tradita est totam rem hanc satis apertam reddere videtur. Diximus enim, cùm donatio causa mortis confertur post mortem nullam esse rationem, cur possit sine auxilio legis donatio valere magis quàm legatum aut alia quælibet species vltimæ voluntatis, propterea quòd absurdissimum sit disponere quem de rebus suis in id tempus quo non sit ipse amplius futurus earum dominus, id est, quo erit iam mortuus. Nam qui mortuus est, cùm iam nullus sit, dominus esse non potest, nec quod eo tempore quo disponit verè sit dominus vtilem & efficacem facere dispositionem potest, cùm illud potiùs inspiciendum sit tempus in quo dispositio confertur vt eo tempore in quod collata est facta videatur. l. Ti-

tio

tio cùm morietur 51. D. de vsufr. l. quia in hoc tempus. 10. D. de donat. inter vir. & vxor. l. Stichus. 39. D. de manum. testam. l. quod sponsæ. 4. C. de dona. ant. nupt. Ob eámq; causam certum est fuisse necessariam legem 12. tabul. quæ ciui & patrifamilias potestatem faceret non disponendi de suis bonis quomodolibet in vltima voluntate, sed testandi tantùm, id est, ita disponendi vt legem faceret, quòd nec ipsa lex alia ratione vlla assequi posse videretur vt hominis morte non intercideret vltima ipsius voluntas simul cū ipso homine, cùm in repub. nihil sit immortale præter legem quæ sola non moritur moriente legislatore, quia neque tam eum qui rogauit legislatorem habet, quàm populum ipsum, qui porrò nunquam moritur, sed idem qui antea fuit semper esse intelligitur. l. proponebatur. 76. D. de iudic. Sic enim explicare soleo legem illam 12. tabul. quam toties ferè inculcare cogimur quoties de vltima voluntate tractamus, *Paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto*, de qua in l. verbis legis 120. D. de verb. signific. In qua lege verbum *legassit* nihil proculdubio aliud significat quàm hoc quod volumus, *per legis modum disposuerit*, vt Vlpianus noster explicat in fragmentis, tit. de lega. cùm ad hoc alludens, legatum definit esse id quod legis modo imperatiuè relinquitur. Ex quo infert, etiam post inductum ea lege ius testamentorum in quibus legata relinquuntur, infirma tamen fuisse fideicommissa, nec ad legis potestatem pertinuisse, quia scilicet non legis modo & imperatiuè, sed verbis precatiuis relinquuntur, cùm è contrario legis sit imperare non precari. l. legis virtus. 7. D. de legib. Ideóque nimirū post multa secula inducto vsu fideicommissorum, necessaria fuit Imperatoris Augusti auctoritas, & Prætoris fideicommissarij in eam rem creandi iurisdictio, vt fideicommissa conseruarentur. §. 1. Instit. de fideic. hered & §. 1. Instit de codicil. Ego præter Vlpianum similiter infero supradictam legē 12. tabul. ad donationes causa mortis pertinere non potuisse, siue ita fierent vt ex iis dominium statim transferretur in donatarium, siue ita vt earum effectus conferretur post mortem, multò minùs si per stipulationem contractæ essent, quos ineundæ donationis tres modos fuisse diximus in præcedentibus. Nam primo casu, itémq; tertio non poterat videri necessaria potestas legis facta purè donatione licèt causa mortis, nec collata in id tēpus quo iam mortuus esset donator. Secundo autem casu etsi eadem ratio necessitatem legis inducebat in donationibus causa mortis, quæ in legatis, ad eas tamen applicari lex ideò non poterat quod qui donat causa mortis ita vt non nisi post mortem suam dominium in donatarium transferri velit, non facit legem, nec disponit per modum legis, quia non vtitur verbis imperatiuis, neq. verò loquitur cum herede cui soli posset imperare si vellet, sed rem agens inter se solum & donatarium, non interposita persona heredis, cuius facto & voluntate donatarium egere non vult, tradit donatario res quas donat addita testificatione animi sui, quòd eas & donatas velit, & tamen non nisi se mortuo in donatarium translatas. Quæ res facit vt non concurrente auxilio legis infirmiores debuerint esse donationes causa mortis quàm fideicommissa. Etsi enim vtrisque commune illud est, quod non fiunt verbis legitimis & imperatiuis, inducto tamen iam per legem eo iure vt posset ciuis Romanus testamentarium heredem habere, facilius erat, vt valerent fideicommissa quæ ab herede præsertim instituto nominatim relicta essent verbis precariis quàm donationes causa mortis, de quibus do-

nator neque imperasset quicquam, neque rogasset. Cumque defuncto patrefamilias lex statim dominium rerum hereditariarũ transferat, in heredem quandocumque adeuntem quasi ex ipso instanti mortis adisse retrofingatur, nisi quod si quid legatum sit tam citò facit rem legatam legatarij quàm heredis rest singulas l. legatum 80. de legat. 2. iunct. l. heres quandocũque 54 D. de acquir. hered. consequens est vt dominium rerum mortis causa donatarum quod heredi semel acquisitum sit, ab eo ignorante vel inuito postea discedere non possit vt donatario acquiratur l. si ego 9. § si res D. de iur. dot. & rursus vt non possit cogi heres, ad rem tradendam, quomodo ex causa fideicommissi cogeretur quia neque iussus fuit, neque rogatus vt donatario quicquam praestet. Ea ratio fecit vt ad huiusmodi donationes validandas necesse fuerit ad eas protrahere legis potestatem, primùm vt ego quidem arbitror per prudentum interpretationem publica vtilitate id suggerente, cùm donationum istarum vsus esset frequentissimus & iam inde ab Homeri memoria repetitus vt scriptum est in l. 1. D. de mort. caus. dona. & apud Iustin. in §. 1. Instit. eod. Deinde quia non tam interpretatio haec quàm suppletio esse videbatur, Iurisconsultorum verò erat interpretari non supplere, fuit etiam hoc nominatim vt credibile est constitutum, vt innuere Paulus videtur in l. Marcellus 15 D. de mort. caus. donat. quamuis ignoretur à quo vel quando ita constitutum sit, Vt scilicet ad exemplum legatorum mortis causa donationes caperentur vt loquitur d. l. Marcellus & l. 2. D de public. in rem act. & legatorum instar obtinerent l. & si debitor 17 D. de donat. caus. mort. Denique legatis compararentur l. illud 37. eod. l. 1. § 1. D. si quid in fraud. patron. Hinc verò illud etiam intelligimus cur placuerit capi donationes ad instar legatorum potiùs quàm fideicommissorum. Nempe quia prouidendum erat vt dominium rei donatae transiret recta via à donatore in donatarium, quasi nunquam factum heredis ne alioqui heredis ius interpositum eam translationem impediret d. § si res. Hoc autem non aliter fieri potest quàm redactis donationibus ad instar legatorum, siquidem legatorum ius proprium illud est non etiam fideicommissorum vt recta via transeant in eum cui data sunt non per mediam heredis personam l. à Titio 64 D. de furt. quoniam eadem lex quae induxit hereditates, induxit etiam legata non fideicommissa d. l. legatum 80. de legat. 2. satisque cõsultum fuit fideicommissariis in eo quod fideicommissorum persecutionem habent apud praetorem fideicommissarium contra heredem, cui non est permittendum vt defuncti à quo tantopere & honoratus & rogatus fuerit, preces eludere possit: Quo tamen modo non potuisset consuli donatariis causa mortis, si ad instar tantùm fideicommissorum redactae fuissent, quia nunquam praetor cogeret heredem vt donatario causa mortis id praestaret de quo rogatus à donatore non fuisset. Praeter id, quod dubitandum non est quin sicuti donationes causa mortis antiquiores sunt fideicommissis, ita & ius earum conseruandarum & confirmandorum antiquius sit iure fideicõmissorum: vt proinde non aliis quàm legatis aequiparari potuerint donationes causa mortis, cùm nullus adhuc esset vsus fideicommissorum. Quãquam si fideicommissa quoque iam tum in vsu fuissent, non eo minùs ratio superior fecisset vt legatis non fideicommissis comparari mortis causa donationes debuissent. Inde est quod dicimus. Omnibus mortis causa capere

permitti

permitti qui & legata capere possunt. l. omnibus. 9. D. de mort. caus. donat. Itémque in mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum esse, cùm quæritur an quis capere possit. l. in mortis 22. eod. titu. quia licèt in legatis duo tempora inspici soleant testamenti & mortis (aditionis enim tempus in persona quidem heredis inspiciendum est, quia non fit heres nisi per aditionem. §. in extraneis. Instit. de hered. qualit. & differ. l. si alienum. 49. §. 1. at non in persona legatariorum quibus legatum deberi incipit ex quo tempore dies legati cedit, id est, ex instanti mortis, si modò purum legatum fuerit non conditionale. l. 1. & tot. titu. D. quand. dies legat. ced. in quo errauit Accursius ad §. 1. Instit. de donat. vbi ait tria in legatis tempora inspici oportere) non egemus tamen ista æquiparatione legatorum in omnibus, nec quocunque tempore, sed tunc tantùm, cùm de donationum causa mortis acquisitione tractandum est, mortuo nimirum donatore, cùm donationis effectus post mortem collatus est. Hoc enim addi debet vt eas semper donationes mortis causa factas excludamus, ex quibus dominium statim translatum sit in donatarium. Cur namque mortis tempus spectetur in iis donationibus quæ statim perficiuntur? Nam neque ad hoc genus donationum pertinet, quod dici solet non videri perfectam mortis causa donationem priusquam insecuta sit mors donationis, vt Papin. loquitur in l. Seia. 42. §. vlt. de mort. caus. donat. & Vlpia. in l. sed interim. 11. in princip. de donat. inter vir. & vxor. cùm perficiantur moriente donatore, & consequenter eo adhuc viuente, quia non qui mortuus iam est moritur, sed qui adhuc viuit. Quid enim obstat quominus donatio causa mortis statim perfecta videri debeat, cùm sic facta est vt dominium ex ea statim transferatur? Hoc vnum quod reuocari potest quandiu donator viuit. l. 2. l. si mortis. 29. eod. Perficitur ergo cùm desinit reuocari posse. Porrò desinit eo instanti quo moritur donator, quia reuocatio cùm sit facti, nec per alium quàm per donatorem ipsum fieri non possit, vnico illo instanti mortis fieri nequit. l. vlt. D. de condic. instit. Et ideò generaliùs Vlpianus in l. non videtur. 32. ait non videri perfectam donationem causa mortis priusquàm mors insequatur donatoris. Non dicit, *priusquàm mors sit insecuta*, sed *antequàm mors insequatur*, vt exprimat instans ipsum mortis, non instans quod sequitur mortem, quia omnibus mortis causa donationibus generaliter commune illud est vt & reuocabiles sint, esséque debeant cùm fiunt, & fiant irreuocabiles, cùm moritur donator, atque ita omnimodo perficiantur: túmque incipit distinctioni locus fieri, An hoc vel illo modo facta sit donatio, cùm de dominij acquisitione tractatur, quia vno casu acquiritur dominium donatario priùs etiam quàm mors insequatur, alio verò non nisi morte insecuta. d. l. sed interim. §. 1. & d. l. Seia. §. vltim. nunquam autem in eo ipso instanti in quo mors insequitur: vt intelligamus aliam esse de donationis perfectione, aliam de dominij acquisitione disputationem. Quæ res facit, vt eadem distinctio adhiberi debeat cùm quæritur, An donatio causa mortis species sit vltimæ voluntatis, necne. Nam quæ ita fit vt dominium confestim transferatur in donatariũ ea cùm & fiat & perficiatur viuo adhuc donatore, nec vllo modo egeat vt per mortem donatoris cõfirmetur quomodo vltima voluntas egeret, quanã obsecro ratione cẽseri posset iure vltimæ voluntatis?

Consequenter quod nos decade superiore disputauimus filiumfamilias non posse bona sua aduentitia etiam quæ pleno iure sua sint donare causa mortis, ne quidem patre consentiente, ideò solùm, quia non potest cum vltima voluntate decedere, ad has donationes pertinere nō potest, ex quibus alienatio fit plenissimè ac irreuocabiliter viuo adhuc donatore. Quomodo putem Falcidiam in iis locum habere si Papiniano credimus, in l. Seia. 42. §. vlt. de mort. caus. donat. vbi Seueri constitutionem, quæ generalis videbatur, sic restringit. At quæ confertur post mortem, ea demum vltimæ voluntatis speciem constituit, cuius proprium illud est vt viuo quidem testatore perficiatur, fiátque irreuocabilis eo nimirum instanti quo testator moritur, quo etiam instanti per legem confirmatur, sed tamen non nisi post mortem testatoris dominium in heredem aut legatarium ex ea vltima voluntate transferatur, interímque à donatore retineatur. l. si mortis. 29. eod. Neque tamen mirum videri debet quod tam generaliter & indistinctè tot locis scriptum est, donationes causa mortis comparatas esse legatis, & capi ad instar legatorum. Id enim non eò pertinet quasi nullatenus intersit vtro modo facta sit donatio causa mortis; sed rationem illam habet, quia frequentius est, sempérque fuit, donationem causa mortis ita fieri, vt post mortem conferatur, quàm vt statim & viuo donatore habeat effectum etiam reuocabilem. Siquidem ita solent esse affecti qui mortis causa donant vt se malint habere quàm donatarium, & donatarium rursus quàm heredem. l. 1. l. Senatus. 35. §. 1. eod. quod tamen in eos non cadit qui sic donant causa mortis vt dominium statim transferant. Hi enim malunt donatarium habere quàm se, licèt saluam sibi esse velint reuocandæ donationis facultatem, aut saltem redhibendi spem in aliquem casum, quæ spes non nisi morte amittatur. d. l. Seia. §. vlt.

ERROR OCTAVVS.

De donationibus mortis causa inter coniuges ita factis, vt dominium statim transferatur, & an tales donationes causa mortis egeant hodie insinuatione.

EX iis quæ proximè diximus illud etiam fit, vt quamuis inter virum & vxorem mortis causa donationes generaliter permissæ sint. l. si mortis. 40. eod. l. si eum. 9. §. vlt. D. de donat. int. vir. & vx. si tamen sic facta sit donatio vt dominium protinus transferatur non valeat donatio nisi hactenus vt secuta morte donatoris ea translatio fiat, interimque maneat dominium omnimodo penes eum, qui donauit. d. l. sed interim, quia nec alia ratio vlla est quæ mortis causa donationes potiùs quàm illas quæ simpliciter & absolutè factæ sunt inter coniuges valere patiatur, quàm quod earum tempus in id tempus excurrat quo vir & vxor esse desinunt, vt Caius ait in l. quia in hoc. 10. eod. tit. id est, quo matrimonium soluatur. Omnes enim donationes int. vir. & vxo. improbantur per quas & locupletior fiat is cui donatur, & pauperior is qui donat. l. 5. §. concessa. §. cùm igitur, & pass. eod. tit. Fit autem pauperior is qui donat etiam causa mortis quoties rei suæ dominium viuus amittit, non etiam si amittat post mortem. Atqui amitteret viuus is qui amitteret in ipso instanti mortis, cùm instans illud vitæ, vt diximus, non morti adscribatur. Et ob id nimi-

nimirum videbatur non posse donationem eam valere inter coniuges quã-uis mortis causa factam, per quam id ageretur vt dominium statim transferretur, cùm neque viuo donatore posset valere prohibente iure, neque post mortem deficiente voluntate. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium est in d.l.sed interim(si tamen totus ille versiculus,*sed quod dicitur*,Vlpiani est ac non potiùs Triboniani Iulianum notantis eiúsque sententiam emendantis) valere inter coniuges donationem quamlibet causa mortis, non eam solùm quæ hoc animo facta esset, vt tunc res fieret vxoris vel mariti cùm mors donatoris insecuta esset, quomodo scribendum erat in dict. vers. sed interim non vt scriptum est *insequutur* ad exprimendam eiusdem Vlpiani sententiam,quæ sic expressa est in primis illis verbis eiusdem legis, *cùm mors insecuta est*, & in §. si vxor illo loco, *mortua muliere confestim fundus efficietur eius quem maritus interposuit*. Vt vel ex hoc maximè appareat, notam illam ad Iulianum Triboniani esse non Vlpiani, quem credibile est Iuliani distinctionem potiùs secutum fuisse existimantis. Non aliam donationem mortis causa inter coniuges valere, quàm quæ sic fiat & eo animo, vt tunc acquiratur donatario cùm mors erit insecuta donatoris, Quasi imputandum sit ei qui aliter donauit, si donare vtiliter voluit causa mortis, cur non donauerit eo modo quo licitè potuit si voluisset. Oratio namque diui Seueri de confirmandis donationibus inter virum & vxorem non ad alias donationes pertinet quàm quæ factæ sint inter viuos, cùm nulla ratio fuerit subueniendi donationibus causa mortis quas nihil prohibebat valere iure communi si eas sine vitio facere donator vellet. Verùm pro Triboniano contra Iulianum facit ille color æquitatis, quod non minùs fauorabiles videri debeant donationes causa mortis inutiles, ob id solùm quòd potuerint vtiliter fieri aliquo casu, cùm illis etiam subueniatur quæ vtiles esse nullo casu potuerunt,id est,quæ factæ sunt inter viuos. Quo etiam colore,si pro bono eum habere velis,possit quis non improbabiliter defendere donationem causa mortis ita factam vt dominium confestim transferatur etiamsi excedat summam quingentorum solidorum nec insinuata sit, tuendam tamen iure vltimæ voluntatis si adhibiti sint quinque testes. ex l. vlt. C. de donat.caus.mort. quamuis non putem, si summo iure agatur,eam valere, quippe quæ non possit dici vltima voluntas, cùm non modò perficiatur fiatque irreuocabilis viuo donatore,sed etiam plenissimum effectum habeat, quod ad irreuocabilem dominij translationem. Quid enim post mortem donatoris faciendum superest propter quod aliqua ex parte possit videri vel minimam habere speciem vltimæ voluntatis. Quòd si vltima voluntas non est, nec aliud nomen quàm donationis habere potest, eget proculdubio insinuatione quantumuis donationem causa mortis eam dici velis. Omnibus enim donationibus siue inter viuos, siue mortis causa factæ essent,ea lex dicta erat à Constantino in l.donatio. 25. C. de donat. & in l.data.27. eodem. vt insinuari apud acta deberent, quod & Iustinianus confirmauerat primùm in l. sancimus. 34. eodem. si non supra trecentos solidos donatum esset, deinde in l. penult. in fin. cod. si non supra quingentos, quæ constitutiones omnes sunt generales & pertinent ad quascunque donationes. Etsi verò idem Iustinianus postea sollennitatem hanc insinuationis remissam voluit in donationibus causa mortis d. l. vlt.C.de dona. caus. mort. apparet tamen non de aliis eum sensisse quàm de quibus olim

dubitabatur an contractibus an vltimis voluntatibus essent aggregandæ, & quæ propius accedant ad vltimas voluntates. In quo tamen numero nec sunt nec vnquam fuerunt eę quæ sic fiunt vt dominium ex iis statim transferatur. Sed quemadmodum in specie d.l. sed interim 11. D. de donat. int. vir. & vxor. defenduntur huiusmodi donationes etiam inter coniuges non tanquam confirmatæ ex oratione Diui Seueri, sed tanquam donationes causa mortis, nec rursus eo modo quo factę sunt, sed acsi post mortem collatæ essent, vt benigna interpretatione actus valeat potiùs quàm pereat. Ita & deficiente insinuatione videtur æquitas suadere vt nihilominùs defendantur iure vltimarum voluntatum si adsint quinque testes. Ne deterioris condicionis sint eę quæ non magis sunt donationes inter viuos, quàm voluntatis vltimæ species, sed medium quoddam genus constituunt inter donationes quæ fiant inter viuos & vltimas voluntates, quàm si harum numero continerentur. Nisi quod si subtilius agere volumus, inter hos casus hæc diuersitatis ratio reddi potest, quòd in specie. d.l. sed interim omnimodo valitura esset donatio siue inter viuos facta siue post mortem collata fuisset, priore quidem casu tanquam confirmata morte ex oratione Seueri, posteriore vero tanquam donatio causa mortis etiam inter coniuges iure communi permissa. Ideóque minus mirum est defendi donationem quæ nec sit inter viuos nec vltima voluntas si in vtrumque casum erat valitura, vel tanquam inter viuos vel tanquam vltima voluntas. At in eo casu quo solus defectus insinuationis facit inutilem donationem quæ vltimæ voluntatis iure censeri non potest difficilius est vt defendatur donatio quæ nec vltima voluntas est, nec si inter viuos facta esset, tamen eo magis valeret, quin potiùs tanto minùs, quanto certius est donationes inter viuos quæ legitimam summam excedunt si insinuatæ non sint, nullomodo valere, Nec eas tantùm quæ alioquin valerent, sed nec eas quæ ab initio fuerunt inutiles quidem sed quæ tamen si insinuatæ essent confirmarentur morte, de quibus in l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor. vt defectus insinuationis non tantùm impediat ne ab initio valere possit donatio alioqui valitura, sed etiam ne ex postfacto confirmetur morte quæ alioquin confirmaretur. Rectiùs autem videntur posse comparari donationibus inter viuos saltem morte confirmandis, eæ donationes causa mortis quæ sic fiunt vt dominium statim trăsferatur, quàm vltimis voluntatibus, cùm non solùm in eo similes sint, quod morte donatoris non post mortem perficiuntur, sed hoc etiam plus habeant, quod eo tempore plenissimum effectum & irreuocabilem habere incipiunt, quem tamen non habent illæ de quibus in d.l. donationes Ex quibus scilicet dominium non transfertur nisi post mortem donatoris, quam ob causam solent illæ à nostris vltimarum voluntatum iure censeri in omnibus prætérquam in eo quod insinuandæ sunt. Quòd si requirunt insinuationem eæ donationes quæ inter viuos etiam inutiliter factæ sunt vt possint morte confirmari quamuis non idcirco habeant effectum nisi post mortem, quanto magis requirent eæ donationes causa mortis quæ sic factæ fuerunt vt statim dominium in donatarium vtiliter transferatur, quamuis donatoris mortem expectent non vt valeant aut vt confirmentur quomodo vltimæ volun-

voluntates per legem, sed vt irreuocabiles fiant? An non propius accedunt istæ ad donationes inter viuos tametsi mortis causa factæ sint, quàm illæ ipsæ quæ inter viuos quidem factæ sunt, sed inutiliter, & ita vt ex iis dominium non transferatur nisi post mortem? Ergo si mero iure agere volumus non poterunt istæ valere, si non insinuatæ sint quamuis adhibiti sint quinque testes, sicut nec in donatione inter viuos adhibitus hic numerus testium posset supplere defectum insinuationis & facere vt eo magis valeret, quæ non esset insinuata. Eo nimirum casu quo insinuatio iure requireretur.

ERROR IX.

De dominio acquirendo ex donatione causa mortis citra vllam traditionem, ad l. 1. & 2. D. de public. in rem act.

AEQVIPARATIO illa legatorum & donationum causa mortis, de qua in præcedentibus disseruimus, sicuti magnam interpretibus & pragmaticis nostris errandi materiem attulit non distinguentibus donationem causa mortis quæ per traditionem fiat ab ea quæ fiat per stipulationem, nec rursus donationem quæ fiat per traditionem, ita vt dominium statim transferatur, ab ea quæ dominij translationem conferat post mortem donatoris, ita & plerosque viros etiam doctissimos in hoc fefellit, quòd existimant, non minùs ex donatione causa mortis quàm ex legato transferri dominium ipso iure, nulla etiam traditione interueniente. Sic enim ex veteribus senserunt Bartol. ad l. 1. D. de Publician. in rem action. Bald. in l. 2. eod. & consil. 230. Idem Bald. & Castrens. ad l. 2. de legat. 1. Ex recentioribus verò Iacobus Cuiacius libr. 10. obseruat. cap. 28. vbi scribit, sicut legatum ipso iure acquiritur ex lege duodecim tabu. sine traditione heredis aut defuncti, vel possessionis adprehensione, ita & donationem causa mortis, quia, inquit, ad exemplum legati capitur, id est, acquiritur. Sanè parum subtiliter meo iudicio. In legatis enim ideò transfertur dominium sine traditione, quia transfertur potestate legis duodecim tabularum quæ de legatis locuta fuit, siquidem lex perinde est modus transferendi dominij iure Quiritium atque traditio, neque auxilio traditionis indiget in eam rem, cùm è contrario præstet ipsa autoritatem traditioni vt per traditionem dominium transferri possit, ne alioqui sit traditio nuda. l. nunquam nuda. 31. D. de acquirend. rerum dominio. At non similiter lex duodecim tabularum locuta est de donationibus causa mortis, quarum proprium ius illud semper fuit, vt eas necesse esset fieri vel per traditionem, vel per stipulationem ex qua postmodum cogi posset donator ad rem tradendam. Vt proinde quamuis lex mortis causa donationes confirmare voluisset, non ideo tamen facere potuisset vt ex iis dominium sine

tis non potest mortuo donatore confirmari pro ea parte quę per legem Falcidiam penes heredem manere debet, ne fiat iniuria heredi & legis Falcidiæ potestas violetur exhausto fortassis per donationes causa mortis patrimonio. Ita certum est pro reliquo confirmari debere, ita vt donatarius non tantùm possessor ex donatoris volũtate factus, sed etiam dominus fiat ex eo tempore quo donator mortuus fuit, & rursus non tantùm dominus, sed etiam iustus possessor, pro ea parte quæ extra Falcidiam est, cùm nulla ex parte rescissa sit traditio quæ nisi in totum rescindi tanquam indiuidua minimè potuisset. In quo fauorabiliores sunt donationes causa mortis, per traditionem factæ in fraudem heredis & legis, Falcidiæ quàm quæ ab eo qui decesserit non soluendo. Hæ namque rescinduntur in totum sicut inutilia essent legata si qua ab eodem relicta essent l. & si debitor 17. D. de mort. cauſ. donat. l. circa 66 §. 1. D. ad leg. Falcid. l. si heres 68. D. ad S C. Trebel. l. penult. D. de confess. quia non possent pro parte confirmari quin pro ea parte fieret iniuria creditoribus, quorum tamen quamuis posteriorum potiorem causam haberi conuenit cùm certent de damno vitando, donatarij verò de lucro captando l. quod autem 6. §. simili modo D. quæ in fraud. credit. At nulla fit iniuria heredi neque legi Falcidiæ, cùm traditio facta ex causa donationis non rescinditur ne quidem pro portione legis Falcidiæ, quia sufficit heredi ad indemnitatem quod pro ea parte donatio non confirmetur, perindeque habiturus ille sit pro ea parte vindicationem contra donatarium ac si non possideret rem ex voluntate donatoris: Nec rursus vlla fit iniuria siue heredi siue legi Falcidiæ in eo, quod donatio causa mortis infra modum legis Falcidiæ confirmatur, cùm eatenus nullum sit nec esse debeat ius heredis in re donata. In summa cùm duplex ratio sit interdicti. Quod legatorum vna ne Falcidiæ retinẽdæ ius quod habet heres etiam inuito testatore, ei auferatur: Altera ne legatario sibi in causa propria ius dicere permittatur. Vtraque ratio facit vt legatarius eo interdicto teneri debeat si propria autoritate occupauerit possessionẽ legati per damnationem relicti Falcidiã interueniente, si Falcidia non interueniat, posterior tantum ratio induceret interdictum, non prior. Si legatum esset per vindicationem nec Falcidiæ legi locus esset, nullomodo teneretur legatarius, quia neutra ratio locum haberet. Falcidia interueniente teneretur propter priorem rationem nõ propter posteriorem. Idemque iuris erit si per viuum testatorẽ legati traditio facta proponatur. At in donationibus causa mortis siue lex Falcidia interueniat siue non, certè neutra ratio facit vt interdicto teneri debeat donatarius, Non posterior, quia non sibi ius dixit qui rem accepit per manus donatoris, Non prior, quia lex Falcidia non eo sensu inducta est in donationibus causa mortis ad exemplum legatorum vt ab initio legem iis det, quomodo dat legatis, sed hactenus tantùm vt rerum mortis causa donatarum perinde ac legatarum quartam integram heres habere debeat si donationibus patrimonium sit exhaustum aut ex iis quartam deducere, si duntaxat oneratum. Hoc verò consequi heres potest etiam sine interdicto eam scilicet portionem vindicando quam propter legem Falcidiam in re donata habere debet: tanquam quæ alienata nunquam sit licet corporaliter fuerit translata. Et ita videtur mihi explicandum esse nõ quomodo à Cuiacio & ab aliis factum est, quod scribitur in d. l. 1. D. quod legat. in donationibus causa mortis non esse locum interdicto, esse verò in omni

genere

genere legatorum: quod nec nos satis plenè tractauimus lib. 6. coniect. cap. 1. & 2. vbi quod diximus ex Caio non fuisse olim locum interdicto in legatis per vindicationem, verum quidem est, sed restringendum ad eum casum quo legi Falcidiæ locus non esset. d. l. lineam. Illud verò longè absurdius est quod à Didaco traditum video in 3. part. rubric. de testam. num. 20. Falcidiam non ex aliis mortis causa donationibus detrahi, quàm quæ vel in testamento factæ sint vel in codicillis non etiam si extra testamentum & codicillos. Ita enim inutilis fit constitutio Seueri ac Falcidia ex mortis causa donationibus detrahenda, cùm neque in testamento fieri possint, neque in codicillis. Et pugnat apertè hæc interpretatio cum omnibus legibus quæ volunt Falcidiam ex mortis causa donationibus deduci. Omnes enim loquuntur indistinctè, nec vllibi mentio fit vel testamenti, vel codicillorum. Quid ergo, si mortis causa donatio facta sit non per traditionem, sed per stipulationem? aut per traditionem quidem, sed ita vt dominium statim transferatur, reuocabiliter tamen? Non potest locus esse dubitationi, tantùm abest vt locus esse possit interdicto. Nam siue hoc siue illo modo fiat donatio causa mortis, nihil habet simile cum legatis, vt diximus capite superiore, & dicemus latiùs in sequenti. Interdictum autem Quod legatorum non nisi de legatis locutum est, & quamuis ex sententia prætoris extensionem aliquam recipere possit, non tamen ad alia quàm quæ similitudinem habent cum legatis, cuiusmodi sunt fideicommissa singularia, in quibus sicut Falcidia inducta est, ita & interdictum quod legatorum induci oportuit, sed eo solùm casu quo fideicommissarius sibi ius dixisset occupando propria auctoritate rem sibi per fideicommissum relictam cuius possessionem nancisci debuerat per mediam fidem, & per manus heredis siue legi Falcidiæ locus esset siue non esset. Cur enim melioris conditionis esse deberet fideicommissarius quàm legatarius, quem diximus etiam Falcidia non interueniente teneri interdicto, si propria auctoritate occupauerit legatum? Immò deterioris conditionis est fideicommissarius, quàm legatarius in eo, quod non cadit in fideicommissarium ea distinctio quæ cadit in donatarium, an rem sibi traditam à testatore nactus sit, quo casu diximus non teneri interdicto legatarium si legi Falcidiæ non sit locus. Frustra enim & ineptè quis fideicommitteret heredis sui vt eam rem præstaret, quã testator ipse iam fideicõmissario tradidisset, súntq; in eã rem necessaria verba legati, de quibus in l. Lucius. 88. in princip. De lega. 2. Non tamen ex verbis edicti tenetur interdicto fideicõmissarius, quomodo legatarius teneretur, quia verba edicti de legatis duntaxat fuerunt nõ de fideicommissis, sed ex sententia edicti, vt ait d. l. 1. C. quor. legat. propter identitatem rationis. Sicut & ex sententia, nõ ex verbis edicti contra legatarium quoque datur interdictum, si non heres ipse agat, sed heredis heres aliúsve ipsius successor quilibet d. l. 1. quia edictum non nisi de herede ipso locutum est, non de heredis successore. Nec dici potest in fideicommissis cessare ideò debere interdictum, quòd habeat heres vindicationem contra fideicõmissarium qui propria auctoritate rem sibi relictam occupauit, cùm non sicut legatorũ ita & fideicõm issorum dominium recta via transferatur citra faciendã ab herede traditioné, at ne quidem secuta traditione si de legitimo & quiritiario dominio intelligas de quo in l. 3 D. si vsusfr. petet. l. si quis vsumfructum. 29. D. de vsufr. lega. Nam eadẽ ratione probares ne quidem in legatis locũ fore interdicto si per damnationé relicta essent, quia nec eorum

dominium magis quàm fideicommissorum transit recta via à testatore in legatarium, ne fiat contra voluntatem testatoris quod ex voluntate proficiscitur, siquidem noluit testator dominium nunquam fieri heredis cùm heredem ipsum iussit dare. Nam cùm dare nihil aliud sit quàm dominium transferre. l. vbi autem. 75. §. vlt. de verbor. oblig. quomodo fieri posset, vt heres transferret dominium quod ipse non haberet? At rursum si in legatis per damnationem non esset locus interdicto, in quibus obsecro vnquam esse posset? Vt enim iam diximus, in legatis per vindicationem non erat interdicto locus nisi vno eo casu quo lex Falcidia locum haberet. Dicendũ igitur est ius vindicationis heredi competẽtis non impedire aut tollere vtilitatem interdicti, quia difficultas quæ magna plerumque subest probandi dominij facit vt semper commodius sit experiri interdicto si quod cõpetit ad possessionem siue adipiscendam, siue retinendam, siue recuperandam. l. is qui destinauit 24. D. de rei vindicat. §. commodum. Instit. de interdict. Idque apparet euidentiùs ex eo quod alioqui dicendum esset sublatum hodie interdictum, quod legatorum, ob id quod Iustinianus legatis omnibus eam naturam hac parte dedit quæ olim erat legatorum per vindicationem vt dominium rerum omnium legatarum transeat à testatore recta via in legatarium (nam & inde est quod pro legatis omnibus dat vindicationem quam certum est domino tantùm dari.) Cùm tamen è contrario fecerit Iustinianus vt quantum ad causam interdicti legata omnia eam naturam habeant, quæ olim erat legatorum per damnationem vt ab herede præstari debeant illa etiam quæ per vindicationem data sint, alioqui teneatur interdicto legatarius quisquis ille sit, vt probat posita in Institutionibus definitio legati in §. 1. de legat.

ERROR SEPTIMVS.

De donatione causa mortis facta per stipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium statim transferatur.

ATTIGIMVS in præcedentibus non omnes mortis causa donationes legatis æquiparatas esse, sed eas tantùm quæ sic fiunt vt dominium rei donatæ non nisi post donatoris mortem in donatarium transferatur. Ad differentiam scilicet cæterarum, quæ vel per stipulationem contrahuntur, vel per traditionem quidem, sed ita vt statim & viuo adhuc donatore quamuis reuocabiliter dominus fiat is cui donatur. Sed quid hoc & quale sit, quoniam in eo grauissimè ni fallor erratum est hucusque ab omnibus, latiùs explicandum est, etsi ea ratio differentiæ, quæ iam à nobis tradita est totam rem hanc satis apertam reddere videtur. Diximus enim, cùm donatio causa mortis confertur post mortem nullam esse rationem, cur possit sine auxilio legis donatio valere magis quàm legatum aut alia quælibet species vltimæ voluntatis, propterea quòd absurdissimum sit disponere quem de rebus suis in id tempus quo non sit ipse amplius futurus earum dominus, id est, quo erit iam mortuus. Nam qui mortuus est, cùm iam nullus sit, dominus esse non potest, nec quod eo tempore quo disponit verè sit dominus vtilem & efficacem facere dispositionem potest, cùm illud potiùs inspiciendum sit tempus in quod dispositio confertur vt eo tempore in quod collata est facta videatur. l. Ti-

tio cùm morietur 51. D. de vsufr. l. quia in hoc tempus. 10. D. de donat. inter vir. & vxor. l. Stichus. 39. D. de manum. testam. l. quod sponsæ. 4. C. de donat. ant. nupt. Ob eámq; causam certum est fuisse necessariam legem 12. tabul. quæ ciui & patrifamilias potestatem faceret non disponendi de suis bonis quomodolibet in vltima voluntate, sed testandi tantùm, id est, ita disponendi vt legem faceret, quòd nec ipsa lex alia ratione vlla assequi posse videretur vt hominis morte non intercideret vltima ipsius voluntas simul cū ipso homine, cùm in repub. nihil sit immortale præter legem quæ sola non moritur moriente legislatore, quia neque tam eum qui rogauit legislatorem habet, quàm populum ipsum, qui porrò nunquam moritur, sed idem qui antea fuit semper esse intelligitur. l. proponebatur. 76. D. de iudic. Sic enim explicare soleo legem illam 12. tabul. quam toties ferè inculcare cogimur quoties de vltima voluntate tractamus, *Paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto*, de qua in l. verbis legis 120. D. de verb. signific. In qua lege verbum *legassit* nihil proculdubio aliud significat quàm hoc quod volumus, *per legis modum disposuerit*, vt Vlpianus noster explicat in fragmentis, tit. de lega. cùm ad hoc alludens, legatum definit esse id quod legis modo imperatiuè relinquitur. Ex quo infert, etiam post inductum ea lege ius testamentorum in quibus legata relinquuntur, infirma tamen fuisse fideicommissa, nec ad legis potestatem pertinuisse, quia scilicet non legis modo & imperatiuè, sed verbis precatiuis relinquuntur, cùm è contrario legis sit imperare non precari. l. legis virtus. 7. D. de legib. Ideóque nimirū post multa secula inducto vsu fideicommissorum, necessaria fuit Imperatoris Augusti auctoritas, & Prætoris fideicommissarij in eam rem creandi iurisdictio, vt fideicommissa conseruarentur. §. 1. Instit. de fideic. hered & §. 1. Instit de codicil. Ego præter Vlpianum similiter infero supradictam legē 12. tabul. ad donationes causa mortis pertinere non potuisse, siue ita fierent vt ex iis dominium statim transferretur in donatarium, siue ita vt earum effectus conferretur post mortem, multò minùs si per stipulationem contractæ essent, quos ineundæ donationis tres modos fuisse diximus in præcedentibus. Nam primo casu, itémque tertio non poterat videri necessaria potestas legis facta purè donatione licèt causa mortis, nec collata in id tēpus quo iam mortuus esset donator. Secundo autem casu etsi eadem ratio necessitatem legis inducebat in donationibus causa mortis, quæ in legatis, ad eas tamen applicari lex ideò non poterat quod qui donat causa mortis ita vt non nisi post mortem suam dominium in donatarium transferri velit, non facit legem, nec disponit per modum legis, quia non vtitur verbis imperatiuis, neq. verò loquitur cum herede cui soli posset imperare si vellet, sed rem agens inter se solum & donatarium, non interposita persona heredis, cuius facto & voluntate donatarium egere non vult, tradit donatario res quas donat addita testificatione animi sui, quòd eas & donatas velit, & tamen non nisi se mortuo in donatarium translatas. Quæ res facit vt non concurrente auxilio legis infirmiores debuerint esse donationes causa mortis quàm fideicommissa. Etsi enim vtrisque commune illud est, quod non fiunt verbis legitimis & imperatiuis, inducto tamen iam per legem eo iure vt posset ciuis Romanus testamentarium heredem habere, facilius erat, vt valerent fideicommissa quæ ab herede præsertim instituto nominatim relicta essent verbis precariis quàm donationes causa mortis, de quibus do-

nator neque imperasset quicquam, neque rogasset. Cumque defuncto patrefamilias lex statim dominium rerum hereditariarũ transferat, in heredem quandocumque adeuntem quasi ex ipso instanti mortis adiisse retrofingatur, nisi quod si quid legatum sit tam citò facit rem legatam legatarij quàm heredis res singulas l. legatum 80. de legat. 2. iunct. l. heres quandocũque 54 D. de acquir. hered. consequens est vt dominium rerum mortis causa donatarum quod heredi semel acquisitum sit, ab eo ignorante vel inuito postea discedere non possit vt donatario acquiratur l. si ego 9. § si res D. de iur. dot. & rursus vt non possit cogi heres, ad rem tradendam, quomodo ex causa fideicommissi cogeretur quia neque iussus fuit, neque rogatus vt donatario quicquam praestet. Ea ratio fecit vt ad huiusmodi donationes validandas necesse fuerit ad eas protrahere legis potestatem, primùm vt ego quidem arbitror per prudentum interpretationem publica vtilitate id suggerente, cùm donationum istarum vsus esset frequentissimus & iam inde ab Homeri memoria repetitus vt scriptum est in l. 1. D. de mort. caus. dona. & apud Iustin. in §. 1. Instit. eod. Deinde quia non tam interpretatio haec quàm suppletio esse videbatur, Iurisconsultorum verò erat interpretari non supplere, fuit etiam hoc nominatim vt credibile est constitutum, vt innuere Paulus videtur in l. Marcellus 15 D. de mort. caus. donat. quamuis ignoretur à quo vel quando ita constitutum sit, Vt scilicet ad exemplum legatorum mortis causa donationes caperentur vt loquitur d. l. Marcellus & l. 2. D de public. in rem act. & legatorum instar obtinerent l. & si debitor 17 D. de donat. caus. mort. Denique legatis compararentur l. illud 37. eod. l. 1. § 1. D. si quid in fraud. patron. Hinc verò illud etiam intelligimus cur placuerit capi donationes ad instar legatorum potiùs quàm fideicommissorum. Nẽpe quia prouidendum erat vt dominium rei donatae transiret recta via à donatore in donatarium, quasi nunquam factum heredis ne alioqui heredis ius interpositum eam translationem impediret d. § si res. Hoc autem non aliter fieri potest quàm redactis donationibus ad instar legatorum, siquidem legatorum ius proprium illud est non etiam fideicommissorum vt recta via transeant in eum cui data sunt non per mediam heredis personam l. à Titio 64 D. de furt. quoniam eadem lex quae induxit hereditates, induxit etiam legata non fideicommissa d. l. legatum 80. de legat. 2. satisque cõsultum fuit fideicommissariis in eo quod fideicommissorum persecutionem habent apud praetorem fideicommissarium contra heredem, cui non est permittendum vt defuncti à quo tantopere & honoratus & rogatus fuerit, preces eludere possit: Quo tamen modo non potuisset consuli donatariis causa mortis, si ad instar tantùm fideicommissorum redactae fuissent, quia nunquam praetor cogeret heredem vt donatario causa mortis id praestaret de quo rogatus à donatore non fuisset. Praeter id, quod dubitandum non est quin sicuti donationes causa mortis antiquiores sunt fideicommissis, ita & ius earum conseruandarum & confirmandorum antiquius sit iure fideicõmissorum: vt proinde non aliis quàm legatis aequiparari potuerint donationes causa mortis, cùm nullus adhuc esset vsus fideicommissorum. Quãquam si fideicommissa quoque iam tum in vsu fuissent, non eo minùs ratio superior fecisset vt legatis non fideicommissis comparari mortis causa donationes debuissent. Inde est quod dicimus. Omnibus mortis causa capere

permitti

permitti qui & legata capere possunt. l. omnibus. 9. D. de mort. caus. donat. Itémque in mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum esse, cùm quæritur an quis capere possit. l. in mortis 22. eod. titu. quia licèt in legatis duo tempora inspici soleant testamenti & mortis (aditionis enim tempus in persona quidem heredis inspiciendum est, quia non fit heres nisi per aditionem. §. in extraneis. Instit. de hered. qualit. & differ. l. si alienum. 49. §. 1. at non in persona legatariorum quibus legatum deberi incipit ex quo tempore dies legati cedit, id est, ex instanti mortis, si modò purum legatum fuerit non conditionale. l. 1. & tot. titu. D. quand. dies legat. ced. in quo errauit Accursius ad §. 1. Instit. de donat. vbi ait tria in legatis tempora inspici oportere) non egemus tamen ista æquiparatione legatorum in omnibus, nec quocunque tempore, sed tunc tantùm cùm de donationum causa mortis acquisitione tractandum est, mortuo nimirum donatore, cùm donationis effectus post mortem collatus est. Hoc enim addi debet vt eas semper donationes mortis causa factas excludamus, ex quibus dominium statim translatum sit in donatarium. Cur namque mortis tempus spectetur in iis donationibus quæ statim perficiuntur? Nam neque ad hoc genus donationum pertinet, quod dici solet non videri perfectam mortis causa donationem priusquam insecuta sit mors donationis, vt Papin. loquitur in l. Seia. 42. §. vlt. de mort. caus. donat. & Vlpia. in l. sed interim. 11. in princip. de donat. inter vir. & vxor. cùm perficiantur moriente donatore, & consequenter eo adhuc viuente, quia non qui mortuus iam est moritur, sed qui adhuc viuit. Quid enim obstat quominus donatio causa mortis statim perfecta videri debeat, cùm sic facta est vt dominium ex ea statim transferatur? Hoc vnum quod reuocari potest quandiu donator viuit. l. 2. l. si mortis. 29. eod. Perficitur ergo cùm desinit reuocari posse. Porrò desinit eo instanti quo moritur donator, quia reuocatio cùm sit facti, nec per alium quàm per donatorem ipsum fieri non possit, vnico illo instanti mortis fieri nequit. l. vlt. D. de condic. instit. Et ideò generaliùs Vlpianus in l. non videtur. 32. ait non videri perfectam donationem causa mortis priusquàm mors insequatur donatoris. Non dicit, *priusquàm mors sit insecuta*, sed *antequàm mors insequatur*, vt exprimat instans ipsum mortis, non instans quod sequitur mortem, quia omnibus mortis causa donationibus generaliter commune illud est vt & reuocabiles sint, esséque debeant cùm fiunt, & fiant irreuocabiles, cùm moritur donator, atque ita omnimodo perficiantur: túmque incipit distinctioni locus fieri, An hoc vel illo modo facta sit donatio, cùm de dominij acquisitione tractatur, quia vno casu acquiritur dominium donatario priùs etiam quàm mors insequatur, alio verò non nisi morte insecuta. d. l. sed interim. §. 1. & d. l. Seia. §. vltim. nunquam autem in eo ipso instanti in quo mors insequitur: vt intelligamus aliam esse de donationis perfectione, aliam de dominij acquisitione disputationem. Quæ res facit, vt eadem distinctio adhiberi debeat cùm quæritur, An donatio causa mortis species sit vltimæ voluntatis, necne. Nam quæ ita fit vt dominium confestim transferatur in donatariū ea cùm & fiat & perficiatur viuo adhuc donatore, nec vllo modo egeat vt per mortem donatoris cōfirmetur quomodo vltima voluntas egeret, quanā obsecro ratione censeri posset iure vltimæ voluntatis?

Consequenter quod nos decade superiore disputauimus filiumfamilias non posse bona sua aduentitia etiam quæ pleno iure sua sint donare causa mortis, ne quidem patre consentiente, ideò solùm, quia non potest cum vltima voluntate decedere, ad has donationes pertinere nó potest, ex quibus alienatio fit plenissimè ac irreuocabiliter viuo adhuc donatore. Quomodo putem Falcidiam in iis locum habere si Papiniano credimus, in l. Seia. 42. §. vlt. de mort. caus. donat. vbi Seueri constitutionem, quæ generalis videbatur, sic restringit. At quæ confertur post mortem, ea demum vltimæ voluntatis speciem constituit, cuius proprium illud est vt viuo quidem testatore perficiatur, fiátque irreuocabilis eo nimirum instanti quo testator moritur, quo etiam instanti per legem confirmatur, sed tamen non nisi post mortem testatoris dominium in heredem aut legatarium ex ea vltima voluntate transferatur, interímque à donatore retineatur. l. si mortis. 29. eod. Neque tamen mirum videri debet quod tam generaliter & indistinctè tot locis scriptum est, donationes causa mortis comparatas esse legatis, & capi ad instar legatorum. Id enim non eò pertinet quasi nullatenus intersit vtro modo facta sit donatio causa mortis; sed rationem illam habet, quia frequentius est, sempérque fuit, donationem causa mortis ita fieri, vt post mortem conferatur, quàm vt statim & viuo donatore habeat effectum etiam reuocabilem. Siquidem ita solent esse affecti qui mortis causa donant vt se malint habere quàm donatarium, & donatarium rursus quàm heredem. l. 1. l. Senatus. 35. §. 1. eod. quod tamen in eos non cadit qui sic donant causa mortis vt dominium statim transferant. Hi enim malunt donatarium habere quàm se, licèt saluam sibi esse velint reuocandæ donationis facultatem, aut saltem redhibendi spem in aliquem casum, quæ spes non nisi morte amittatur. d. l. Seia. §. vlt.

ERROR OCTAVVS.

De donationibus mortis causa inter coniuges ita factis, vt dominium statim transferatur, & an tales donationes causa mortis egeant hodie insinuatione.

EX iis quæ proximè diximus illud etiam fit, vt quamuis inter virum & vxorem mortis causa donationes generaliter permissæ sint. l. si mortis. 40. eod. l. si eum. 9. §. vlt. D. de donat. int. vir. & vx. si tamen sic facta sit donatio vt dominium protinus transferatur non valeat donatio nisi hactenus vt secuta morte donatoris ea translatio fiat, interímque maneat dominium omnimodo penes eum, qui donauit. d. l. sed interim, quia nec alia ratio vlla est quæ mortis causa donationes potiùs quàm illas quæ simpliciter & absolutè factæ sunt inter coniuges valere patiatur, quàm quod earum tempus in id tempus excurrat quo vir & vxor esse desinunt, vt Caius ait in l. quia in hoc. 10. eod. tit. id est, quo matrimonium soluatur. Omnes enim donationes int. vir. & vxo. improbantur per quas & locupletior fiat is cui donatur, & pauperior is qui donat. l. 5. §. concessa. §. cùm igitur, & pass. eod. tit. Fit autem pauperior is qui donat etiam causa mortis quoties rei suæ dominium viuus amittit, non etiam si amittat post mortem. Atqui amitteret viuus is qui amitteret in ipso instanti mortis, cùm instans illud vitæ, vt diximus, non morti adscribatur. Et ob id nimi-

nimirum videbatur non posse donationem eam valere inter coniuges quãuis mortis causa factam, per quam id ageretur vt dominium statim transferretur, cùm neque viuo donatore posset valere prohibente iure, neque post mortem deficiente voluntate. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium est in d.l.sed interim(si tamen totus ille versiculus, *sed quod dicitur*, Vlpiani est ac non potiùs Triboniani Iulianum notantis eiúsque sententiam emendantis) valere inter coniuges donationem quamlibet causa mortis, non eam solùm quæ hoc animo facta esset, vt tunc res fieret vxoris vel mariti cùm mors donatoris insecuta esset, quemodo scribendum erat in dict. vers. sed interim non vt scriptum est *insequitur* ad exprimendam eiusdem Vlpiani sententiam, quæ sic expressa est in primis illis verbis eiusdem legis, *cùm mors insecuta est*, & in §. si vxor illo loco, *mortua muliere confestim fundus efficietur eius quem maritus interposuit.* Vt vel ex hoc maximè appareat, notam illam ad Iulianum Triboniani esse non Vlpiani, quem credibile est Iuliani distinctionem potiùs secutum fuisse existimantis. Non aliam donationem mortis causa inter coniuges valere, quàm quæ sic fiat & eo animo, vt tunc acquiratur donatario cùm mors erit insecuta donatoris, Quasi imputandum sit ei qui aliter donauit, si donare vtiliter voluit causa mortis, cur non donauerit eo modo quo licitè potuit si voluisset. Oratio namque diui Seueri de confirmandis donationibus inter virum & vxorem non ad alias donationes pertinet quàm quæ factæ sint inter viuos, cùm nulla ratio fuerit subueniendi donationibus causa mortis quas nihil prohibebat valere iure communi si eas sine vitio facere donator vellet. Verùm pro Triboniano contra Iulianum facit ille color æquitatis, quod non minùs fauorabiles videri debeant donationes causa mortis inutiles, ob id solùm quòd potuerint vtiliter fieri aliquo casu, cùm illis etiam subueniatur quæ vtiles esse nullo casu potuerunt, id est, quæ factæ sunt inter viuos. Quo etiam colore, si pro bono eum habere velis, possit quis non improbabiliter defendere donationem causa mortis ita factam vt dominium confestim transferatur etiamsi excedat summam quingentorum solidorum nec insinuata sit, tuendam tamen iure vltimæ voluntatis si adhibiti sint quinque testes. ex l. vlt. C. de donat. caus. mort. quamuis non putem, si summo iure agatur, eam valere, quippe quæ non possit dici vltima voluntas, cùm non modò perficiatur fiatque irreuocabilis viuo donatore, sed etiam plenissimum effectum habeat, quod ad irreuocabilem dominij translationem. Quid enim post mortem donatoris faciendum superest propter quod aliqua ex parte possit videri vel minimam habere speciem vltimæ voluntatis. Quòd si vltima voluntas non est, nec aliud nomen quàm donationis habere potest, eget proculdubio insinuatione quantumuis donationem causa mortis eam dici velis. Omnibus enim donationibus siue inter viuos, siue mortis causa factæ essent, ea lex dicta erat à Constantino in l. donatio. 25. C. de donat & in l. data. 27. eodem. vt insinuari apud acta deberent, quod & Iustinianus confirmauerat primùm in l. sancimus. 34. eodem. si non supra trecentos solidos donatum esset, deinde in l. penult. in fin. eod. si non supra quingentos, quæ constitutiones omnes sunt generales & pertinent ad quascunque donationes. Etsi verò idem Iustinianus postea sollennitatem hanc insinuationis remissam voluit in donationibus causa mortis d. l. vlt. C. de dona. caus. mort. apparet tamen non de aliis eum sensisse quàm de quibus olim

voluntates per legem, sed vt irreuocabiles fiant? An non propius accedunt istæ ad donationes inter viuos tametsi mortis causa factæ sint, quàm illæ ipsæ quæ inter viuos quidem factæ sunt, sed inutiliter, & ita vt ex iis dominium non transferatur nisi post mortem? Ergo si mero iure agere volumus non poterunt istæ valere, si non insinuatæ sint quamuis adhibiti sint quinque testes, sicut nec in donatione inter viuos adhibitus hic numerus testium posset supplere defectum insinuationis & facere vt eo magis valeret, quæ non esset insinuata, eo nimirum casu quo insinuatio iure requireretur.

ERROR IX.

De dominio acquirendo ex donatione causa mortis citra vllam traditionem, ad l. 1. & 2. D. de public. in rem act.

AEQVIPARATIO illa legatorum & donationum causa mortis, de qua in præcedentibus disseruimus, sicuti magnam interpretibus & pragmaticis nostris errandi materiem attulit non distinguentibus donationem causa mortis quæ per traditionem fiat ab ea quæ fiat per stipulationem, nec rursus donationem quæ fiat per traditionem, ita vt dominium statim transferatur, ab ea quæ dominij translationem conferat post mortem donatoris, ita & plerosque viros etiam doctissimos in hoc fefellit, quòd existimant, non minùs ex donatione causa mortis quàm ex legato transferri dominium ipso iure, nulla etiam traditione interueniente. Sic enim ex veteribus senserunt Bartol. ad l. 1. D. de Publician. in rem action. Bald. in l. 2. eod. & consil. 250. Idem Bald. & Castrens. ad l. 2. de legat. 1. Ex recentioribus verò Iacobus Cuiacius libr. 10. obseruat. cap. 28. vbi scribit, sicut legatum ipso iure acquiritur ex lege duodecim tabu. sine traditione heredis aut defuncti, vel possessionis adprehensione, ita & donationem causa mortis, quia, inquit, ad exemplum legati capitur, id est, acquiritur. Sanè parum subtiliter meo iudicio. In legatis enim ideò transfertur dominium sine traditione, quia transfertur potestate legis duodecim tabularum quæ de legatis locuta fuit, siquidem lex perinde est modus transferendi dominij iure Quiritium atque traditio, neque auxilio traditionis indiget in eam rem, cùm è contrario præstet ipsa autoritatem traditioni vt per traditionem dominium transferri possit, ne alioqui sit traditio nuda. l. nunquam nuda. 31. D. de acquirend. rerum dominio. At non similiter lex duodecim tabularum locuta est de donationibus causa mortis, quarum proprium ius illud semper fuit, vt eas necesse esset fieri vel per traditionem, vel per stipulationem ex qua postmodum cogi posset donator ad rem tradendam. Vt proinde quamuis lex mortis causa donationes confirmare voluisset, non ideo tamen facere potuisset vt ex iis dominium sine

traditione transferretur, nisi etiam inducto eo vt ad conficiendam donationem causa mortis neq; traditio, neque stipulatio requireretur, quod tamen nemo dixerit aut per legem 12. tabul. factum esse, quæ de huiusmodi donationibus nihil dixit, aut per interpretationem prudentum ad eam legem, aut denique per aliam vllam iuris constitutionem. Sola enim Iustiniani constitutio est in l. si quis argentum. 35. §. sed siquidem. C. de donat. per quam factum videri possit vt donatio mortis causa non magis quàm quæ inter viuos facta est, requirat hodie traditionem vel stipulationem, sed nudo etiam pacto fiat, adeóque nuda qualibet testificatione voluntatis. Quod tamen dici non posse ostendimus in præcedentibus, cùm probauimus constitutionem illam ad donationes mortis causa factas minimè pertinere. Cùm igitur non aliter possit valere donatio causa mortis quàm si vel traditio interuenerit vel stipulatio, quæro quonam casu fieri queat vt dominium rei mortis causa donatæ sine traditione in donatarium transferatur? An illo fortasse, quo interuenerit stipulatio? Alius enim nullus est. Atqui stipulatione interueniente licèt donationis causa mortis ineundæ animo, non duo sint contractus, quorum alter donatio dici debeat, alter stipulatio, sed vnus tantùm contractus est, isque non tam donationis quàm stipulationis. Exemplo eius quod dici solet si quis pecuniam mutuam dederit, eámque sibi reddi stipulatus sit non duos esse contractus, sed vnicum neque ex numeratione pecuniæ nasci obligationem mutui, aut condictionem certi ex mutuo, sed obligationem & actionem ex stipulatione tantùm, quasi numeratio non facta sit nisi causa implendæ stipulationis, vt non sine causa facta videretur: quomodo eleganter ab Vlpia. & Pomponio scriptum est in l. si ita fuero. 6. §. 1. cum l. seq. D. de nouat. & delegat. Nam & eadem ratione dici potest, cùm donatio causa mortis fit per stipulationem, non attendi donationem, nisi tanquam stipulationis causam, quia stipulationes omnes vt efficacem actionem pariant quæ per doli exceptionem submoueri nequeat, aliquam habere causam debent. l. 2. §. circa. D. de doli mal. except. pendéntq; ex negotio aliquo contracto. l. stipulationum. 5. D. de verb. obligat. licèt donationis causa separata sit à ratione negotij contrahendi, cùm tota ex donantis liberalitate æstimetur. l. interdictũ. 14. D. de precar. Ergo si quis dicat ex donatione causa mortis facta per stipulationem transferri dominium ipso iure, non minùs errauerit, quàm si diceret ex stipulatione sola quæ modò causam aliquam habeat dominij fieri translationem, quod tamen absurdum esset. Nam quod ad transferendum dominiũ pertinet, nihil interest an stipulatio causam habeat necne, sed adhibetur ea distinctio tunc tantùm cùm quæritur an actio ex stipulatu cõpetens sit efficax, an elidenda per exceptionẽ. Mouit verò, fefellitq; interpretes nostros & ipsum quoq; Cuiacium, vt fatetur, textus Pauli in dict. l. 2. D. de Publician. in rem action. quam ad hoc dicunt omnes esse singularem: ita admittentes in toto iure nostro alium locũ nullum esse quo probari possit tã absurdus error, vt ex donatione causa mortis citra traditionẽ dominium trãsferatur, cũ tamẽ tot leges sint, quę loquũtur de donationib. mortis causa. Nos videamus an neq; ex supradicto Pauli loco probetur. Iũgũt interpretes interpretationẽ dictæ l. 2. cum §. vlt. l. 1. eod. t. & hoc bene. Nã & ipsa legum coniunctio demonstrat aliã ab alia pendere. Retulerat Vlpianus in l. 1. verba edicti prætoris De Publiciana actione quę hęc fuerũt, *Si quis id quod traditur*

ex iusto

ex iusta causa non à domino, & nondum vsucaptum petet, iudicium dabo. Et rationem reddiderat cur adiecisset Prætor, *nondum vsucaptum*, nempe quia si vsucaptum esset, haberet is qui vsucepisset ciuilem actionem, ob idque frustra desideraret & honorariam. Subinde quæsierat, cur traditionis duntaxat, & vsucapionis fecisset prætor mentionem, cùm satis multæ sint iuris partes in quibus dominium quis nanciscatur supple sine traditione, vtputa legatum. Mox in l. seq. subiicitur ex Paulo, *vel mortis causa donationes factæ, nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Hinc nimirum inferunt etiam ex donationibus causa mortis perinde atque ex legatis dominium sine traditione transferri. Ego contra ex iis ipsis verbis probo rem donatam causa mortis in ea specie traditam fuisse. Quomodo enim hic donatarius amisisset possessionem cuius recuperandæ gratia dat ei lex Publicianam, si non eam priùs habuisset? quomodo autem habuisset, nisi per traditionem accepisset? Supponit ergo Paulus quod & nos supponendum necessariò esse dicimus præcessisse traditionem, quæ donationem fecerit, & donatario possessionem acquisiuerit, qua postmodum amissa Publicianam vtique habere debet donatarius, quamuis nondum compleuerit vsucapionem, quia nimirum verum est possedisse illum ex ea causa ex qua si non fuisset interpellata possessio, sequi vsucapio potuisset. At, inquies, si ponamus traditam fuisse possessionem donatario, non erit apta comparatio donationis causa mortis & legati, cùm nulla traditione opus sit ad legati dominium transferendum, nec rursus accommodatum exemplum ad id de quo tractatur in dictis legibus, id est, ad probandum multos esse casus in quibus dominium ipso iure ac sine traditione transferatur. Hic verò nodus est quem dissoluere interpretes nostri debuerunt, nec potuerunt. Dico tum quoque cùm donatio causa mortis facta est per traditionem, adhuc necessariam esse nedum licitam æquiparationem legati & donationis mortis causa quantum ad inducendam sine traditione dominij translationem, quia licèt res mortis causa donata fuerit per donatorem tradita eo animo vt fieret donatarij post mortem donatoris, non idcircò tamen dominium per traditionem acquiritur donatario quandiu donator viuit, non magis quàm si nulla traditio facta esset, siquidem non quælibet traditio transfert dominium, nec si facta sit à domino, & ex iusta causa, sed ea demum quæ cæteris etiam concurrentibus fit animo dominij transferendi. l. non omnis. 19. D. de rebus credit. Rursus mortuo donatore, quo tempore videretur ex potestate conuentionis transferri dominium debere non potest fieri translatio citra legis autoritatem, quia eo tempore iam nemo est, à quo possit dominium discedere vt in donatarium transferatur, cùm donator qui mortuus est nullus sit, omnis autem dominij translatio præsupponat duas personas vnam à qua, & alteram in quam fiat. Ita fit vt in hac mortis causa donatione interuenerit quidem traditio, sed adeò inutiliter, vt non maiorem effectum per se habere possit ad dominium transferendum quàm si nulla prorsus interuenisset. Ob eam nimirum causam legis potestas necessaria est perinde ac in legato, sed cum hac tamen differentia, quod in legato necessaria est lex vt dominium rei legatæ transferatur in donatarium sine adprehensione vlla possessionis. In donatione verò causa mortis non vt æquè transferatur ipso iure, ac citra vllam traditionem, sed vt dominium

quod per traditionem à donatore factam transferri non potuit, neque tempore ipsius traditionis, quia donator non voluit cùm posset, neque post mortem donatoris quod voluerat donator, quia velle non potuit, tamen sine vlla noua traditione transferatur ex legis quidem potestate, sed tamen transferendi huiusmodi dominij occasionem captantis ex ea traditione quæ priùs facta fuerat quamuis inutiliter, quasi facilius fuerit mediæ iurisprudentiæ quæ hoc ius proculdubio induxit, legis duodecim tabularum quæ de donationibus causa mortis nihil dixerat, autoritatem accommodare ad validandam traditionem alioquin inutilem iungendáque instantia traditionis & translationis dominij quæ mors intermedia iungi prohibebat, quàm supplere traditionem in totum si nulla penitus præcessisset. Denique dico dominium hoc casu transferri quidem in donatarium per legem, non per traditionem, sed tamen per legem propter traditionem, aut si mauis non quidem ex traditione, sed tamen non sine traditione. Hic ergo sensus est d. l. 1. & 2. D. de public. in rem action. Si quis alienam rem mortis causa donauerit & tradiderit, & ante completam à donatario vsucapionem alius nullo iure possessionem inuaserit, dandam donatario Publicianam, perinde atque danda esset si ea res ipsi legata fuisset, quia quamuis res illa donata causa mortis donatario acquiri per traditionem non potuisset, ne si in tradentis donatoris dominio fuisset, Publiciana autem actio sicuti datur eo colore quasi iam actor vsuceperit quod re vera non vsucepit, ita non alij dari debeat quàm qui per traditionem factus fuisset dominus, si dominium is qui rem tradidit, habuisset. Eodem tamen iure censetur donatarius causa mortis cui res sic tradita est vt dominij translatio collata fuerit post mortem, quo censeretur si dominium per eam traditionem translatum fuisset, propterea quòd ea traditio poterat sufficere ad inducendam potestatem legis vt exemplo legati mortuo donatore posset donatarius fieri dominus sine vlla noua traditione si donator dominus fuisset. Cur non igitur proderit ad Publicianam quamuis amissa sit possessio ante impletam vsucapionem? Ille casus maiorem haberet dubitationem si poneres ereptam donatario possessionem viuo donatore, ac proinde ante perfectam mortis causa donationem quæ non priùs perfecta dici potest quam mors insequatur donatoris. l. non videtur. 32. D. de mort. caus. dona. Difficilius enim videretur dari Publicianam ei qui nec dominium sibi acquirere potuerit per traditionem etiamsi à domino facta fuisset, nec per legis potestatem sine noua traditione quandiu viueret donator. Sed verius est hoc quoque casu Publicianæ locum esse, quoniam vt locus sit, sufficit quod potuerit sequi vsucapio si interpolata non fuisset. Nihil siquidem aliud requiritur ex parte actoris, nisi vt dicat & possit dicere se vsucepisse, ob id solùm quòd vsucapere potuerit. §. namque Instit. de action. Atqui certum est aliena quoque re donata causa mortis posse donatarium vsucapere viuo etiam donatore, idque vel in propriam suam vtilitatem, si donatio non reuocabitur, vel in ipsius donatoris commodum si donationem reuocare volet, etiam post completam vsucapionem. l. si alienam. 13. l. qui alienam. 35. D. de mort. caus. donat. l. Aristo. 18. §. penult. D. de dona. Ergo tam viuo quàm mortuo donatore Publicianam habere debet si amiserit possessionem, non item si nunquam possederit. In quo vno hac parte differt à legatario, cui daremus Publicianam etiamsi nunquam possedisset, si

modò testator à quo causam habet probetur aliquando possedisse. Et ratio differentiæ est quia si res legata fuisset propria testatoris haberet legatarius directam dominii vindicationem tametsi nunquam legatum possedisset, nimirum si esset ei legatum per vindicationem (iam enim diximus non nisi legatis per vindicationem æquiparatas fuisse mortis causa donationes, cùm ex aliis dominium non transiret recta via in legatarium) quia & possessionem illam quam nondum haberet vindicare & occupare propria autoritate posset si vellet citra metum interdicti. Quod legatorum si modò legi Falcidiæ locus non esset, & præterea nihil commune habet proprietas cum possessione vulg. l. naturaliter, 12. § nihil commune D. de acquir. poss. iunct. l. cùm heredes 23. eod. Si verò mortis causa donata fuisset res propria donatoris, collataq; dominii translatio in id tempus quo donator decessisset non aliter vindicationem directam habere donatarius posset quàm si vel à donatore ipso vel ab eius herede per traditionem eam rem accepisset. Igitur aliena re donata idem seruabimus in vtili vindicatione quod seruatur supradicto casu in directa, vt eam habeat legatarius etiamsi possessionem rei legatæ nunquam habuerit nec proinde vnquam amiserit, donatarius verò non aliter quàm si eam & habuerit adeóque per traditionem sibi factam à donatore ipsiusue herede, & deinde amiserit: Vt & de eo scriptum est qui seruum quem nemo defendebat ex causa noxali duxit & in bonis habere cœpit, scilicet huic quoque dari Publicianam si amiserit possessionem l. item si seruum 6. eod. tit. De Publician. iunct. l. 2. § vlt. D. si ex noxal. caus. agat. quia dominium bonitarium nunquam acquiritur sine possessione l. non est mirum 26. §. 1. D. de pign. act. l. si finita 15. §. Iulianus D. de damn. infect. vnde & possessio dicitur in l. 3. D. si vsusfr. petet. in quo differt à quiritiario quod plerumque acquiritur ipso iure, & sine possessione non tantùm in legatis sed & in aliis plerisque causis vt scriptum est in lege. 3. D. de Publician. id est quoties acquiritur vel per legem vel per cessionem in iure vel per adiudicationem. Fuerunt enim illi modi acquirendi dominii iure Quiritium, non minus quàm traditio, mancipatio, & vsucapio vt Vlpianus refert tit. 19. de acquisit. rer. ad quod alludit, sanè idem Vlpianus in d. l. 1. in illis verbis *cùm satis multæ sint iuris partes in quibus dominium quis nancisceretur*, nimirum præter traditionem & vsucapionem: de quibus iam dixerat in iis præcedentibus *Sed cur traditionis duntaxat & vsucapionis fecit mentionem?* Vbi tamen quod additum est *& vsucapionis* non dubitò quin sit irreptitium ex glossemate imperiti interpretis, non animaduertentis, quòd licet traditio & vsucapio duo modi sint & eiusdem potestatis ad acquirendum dominium quiritiarium, alia tamen ratione fecit prætor mentionem traditionis, alia verò vsucapionis. Traditionis enim fieri mentionem oportuit ad exprimendum eum modum acquirendi dominii per quem potuerit dominium transferri in actorem si à vero domino causam habuisset, vsucapionis verò è contrario ad eam excludendam, & verbis edicti negatiuè conceptis *nondum vsucaptum*: quia licet Publiciana detur eo colore quasi vsucapio iam impleta sit, (quoniam alioqui non posset amplius impleri quæ semel interpellata fuisset, cùm vsucapio non tantùm possessionem requirat sed perpetuam quoque possessionis continuationem l. 2. 3. l. sine possessione 25. l. iusto. 44. § vltim. D. de vsucapion. l. 2. Cod. de præscriptionibus longi temporis

necessariò tamen ponendum est vsucapionem reuera nondum impletam esse, & nihilominus necessariam esse vt Publiciana locum habere possit. Quandoquidem si actor verè iam esset dominus siue per traditionem à vero domino factam, siue per vsucapionem, siue quo alio modo iustum dominium acquisiuisset, is proculdubio Publicianam habere nec posset, nec deberet, quæ non datur nisi ex æquitate & necessitate. Necessitas porrò nulla est succurrendi ei qui habet ciuilem & directam vindicationem: vt iam Vlpianus ipse explicauerat in d.l.1.§.1. reddita expressim causa cur prætor in edicto vsucapionis meminisset, atque ita scripsisset *nondum vsucaptum.* Ex quo tantò clarius apparet, non nisi ineptissimè subiici potuisse statim eandem ipsam quæstionem, repetique mentionem vsucapionis in illis verbis, *Cur traditionis duntaxat, & vsucapionis fecerit mentionem.* Sed & ex d.l.2. illud notari volumus quod ad eorum quæ in præcedentibus diximus confirmationem valdè pertinet, donationes causa mortis cùm à Iureconsultis simpliciter dicuntur, eas intelligi ex quibus dominium post donatoris mortem transferatur, non eas ex quibus statim, & viuo adhuc donatore. Sic enim facta donatione causa mortis vt dominium statim transferretur in donatarium quamuis reuocabiliter, non egeret donatarius Publiciana, qui haberet directam vindicationem interim, id est, quandiu reuocata donatio non esset, quippe qui toto eo tempore iam verus esset dominus etiam iure Quiritium. d.l. si mortis. 29. D. de mort. caus. dona. qui locus meo iudicio probat omnium apertissimè vim & potestatem donationis causa mortis vtrouis modo fiat, & quantopere ij errent qui donationes omnes mortis causa factas sicut vnum & idem nomen habent, ita vno eodémque iure censeri volunt & indistinctè pro vltimis voluntatibus haberi.

ERROR DECIMVS.

De actione quæ datur donatori causa mortis post reuocatam donationem ad l. si mortis. 29. l. qui mortis. 30. D. de mortis caus. don. & tit. 1. C. de donat. quæ sub mod.

AD eandem verò distinctionem donationum causa mortis vtrū hoc vel illo modo fiant, sunt qui putent pertinere quod subiicitur in l. qui mortis. 30. eod. tit. eum qui mortis causa donauit ex pœnitentia, vel condictionem habere vel vtilem actionem. Sed non ita est. Habet enim donator vtramque illam actionem eo tantùm casu quo sic donauerit causa mortis vt dominium in donatarium statim transferretur, quia non potest habere vindicationem directam is qui dominium transtulit, sed tantùm vel condictionem, cum qua porrò nunquam nisi contra furem concurrere potest directa vindicatio. Sic itaque instit. de act. l. vltim. D. vsufru. quemad. caue. vel vtilem in rem actionem, quæ cùm non detur nisi ex æquitate facilè potest concurrere cum condictione, vt & in l. 1. C. de donat. quæ sub mod. vbi fauor donatoris & perfida ingratitudo donatarij alimenta promissa donatori suo denegantis ius illud ab Imperatoribus extorsit. At si dominij translatio in donatione causa mortis collata sit post mortem non est quod vel de condictione tractetur vel de vtili actione in rem cùm hoc casu vindicatio directa

directa non vtilis danda esset donatori d.l. si mortis.29. Quòd si donatio sic facta esset vt statim quidem dominus fieret donatarius, sed redderet donatori si vel conualesceret vel de prælio vel peregrè rediret dicendum est cum Vlpiano in d.l. si mortis *posse defendi in rem competere donatori si quid horum contigisset.* quod haud dubiè sic accipiendum est vt illa in rem actio vtilis futura sit non directa. Solus enim euentus conditionis sub qua conuentum fuerat vt res donata iámque alienata redderetur non potest facere vt dominium ipso iure ad donatorem recurrát (in hoc enim vulgo erratur quod speciale in donatione esse creditur vt dominium ex pacto vel acquiratur vel recuperetur.) sed tantùm vt recurrere debeat. Quod quia omnimodo fieri oportet nec iustam vllam causam potest habere donatarius non reddendæ rei donatæ expeditus est vt fictione quadam breuis manus habeatur pro iam reddita præsertim fauore donatoris & conuentionis in donatione appositæ, quæ res directam vindicationem inducere non potest, veritatem enim redditi dominij ea requireret, sed vtilem inducere potest, quæ fictione & æquitate contenta est d.§. namque. Instit. de action. Itaque quod scribitur in d.l. qui mortis 30. non ita est accipiendum quasi donator vtilem illam actionem in rem debeat habere omni casu ex pœnitentia quemadmodum nec ex pœnitentia condictionem haberet omni casu, sed vt tam condictionem, quàm vtilem in rem actionem habeat eo casu quo dominium semel fuerit translatum in donatarium licet reuocabiliter secutáque sit reuocatio siue ex pœnitentia siue ex casu, nulla retrotraditione adhuc secuta. Nam mortis causa donatio etiam dum pendet an conualescere possit donator reuocari potest l. mortis causa.16. D. eod. tit. de mort. caus. donat. nimirum ex pœnitentia. Ex casu verò, id est cùm donator conualuit non tam dicitur reuocari posse quam reuocata intelligi, qua ex reuocatione nascitur condictio. l. si is cui.39. D. eod. l. videamus 38. §. idémque est D. de vsur. Nec eo minus vtilis vindicatio quam vt diximus nihil prohibet concurrere cum condictione. Quod & innuit Vlpianus in d. l. si mortis 29. D. de mort. caus. donat. in postremis illis verbis *adhuc quis dabit in rem donatori.* Sic enim legendum est (non quomodo in vulgari editione quam secutus est Accurs. *dubitet* pro *dabit & * addito verbo *competere* cum interrogatione, quorum omnium nihil est in Pandect. Florentinis) & sic intelligendũ ac si scriptũ esset *etiam in rem* vt sit articulus ille *&* implicatiuus, implicétque condictionem de qua dubitari non poterat quin competeret reuocata donatione ex qua dominium translatum fuisset l. Senatus 35. §. ergo qui mortis l. illud 3. §.1. d.l. si is cui eod. l. non omnis 19. D. de reb. cred. d.138. §. idémque de vsur. Sed de actione in rem duntaxat dubitabatur quam habere pręter condictionem interest sanè donatoris, cùm dici soleat plus esse cautionis in rem quàm in personam vulg. l. plus cautionis 25. de regul. iur. Condictio enim neque in proprietatem neque in possessionem rei dirigitur, sed in personam donatarij vt dominium quod ex donatione causa mortis acquisiuit, donatori restituatur, quæ natura est omnium condictionum quatenus eo nomine non actiones omnes in personam vt in §. appellamus, sed eas solas quę ad repetitionem dantur, significamus: de quibus lib. 12. Pandectarum. Et ob id cùm Vlpianus dat in rem actionem id est vindicationem vtilem donatori, non idcirco denegat ei condictionem quamuis non eadem ratione vtraque detur. Nam condictionem illud inducit quod domi-

nium translatum fuit in donatarium, quod ideo repeti potest: Vtilem verò actionem illa ratio suadet quod æquum sit dominium quod re vera fuit translatum, haberi non quidem pro non translato, sed pro iam reddito, vt & in d. l. 1. C. de dona. quæ sub modo. vbi tamen manifestissimum est totam illam interpretationem *id est actionem qua dominium pristinum ubi restituatur* quam & in quibusdam codicibus deesse nonnulli testantur in textum irrepsisse ex glossemate imperiti alicuius interpretis nescientis differentiam quæ est inter vindicationem siue directa siue vtilis illa sit, & condictionem. Nam qui vindicat dicit rem esse suam, & dominium iam esse suũ, ideoque ridiculè peteret vt sibi restitueretur quod diceret iam se habere. Qui verò condicit licet agat in personam, in hoc tamen agit vt dominium quod fatetur se non habere sibi restituatur, intendens aduersarium dare sibi aut potius reddere oportere quæ definitio est personalium actionum. §. 1. Instit. de action. Ex ratione iuris donatori qui dominium semel transtulit condictio sola competit non etiam vindicatio, quod significant verba illa d. l. 1. *non solum condictio quidem tibi iure procedit.* At ex æquitate datur etiam vtilis vindicatio quasi dominij quæ nullis iuris regulis constricta est, nec tam ex pacti potestate quàm ex Imperatorum voluntate inducta fuit ad possessionem repetendam. Denique condictio repetitio dominij est, vindicatio autem repetitio possessionis propter ius dominij. Vt verò per vindicationem siue directam siue vtilem dominij restitutio petatur, alienius est à iuris ratione quàm vt admitti vnquam possit. Nisi confugias ad illam Accursij distinctionem de dominio directo & vtili quam planè commentitiam esse alibi ostendemus. Vnde & eo casu quo tam condictio quàm vtilis vindicatio datur, non est putandum sic vtramque concurrere vt vtraque simul possit exerceri cùm sint illæ non modo diuersæ inter se, sed etiam contrariæ: sed vt possit donator eligere vtra experiri malit; vnam tamen eligendo aliam consumat, vt de variis illis actionibus quæ legatario pro legato competunt, scriptum est in l. cum filius 76. §. varijs de legat. 2. Nec sanè vlla esset vtilitas vtilis vindicationis si per eam dominij restitutio peteretur cùm idipsum sit quod peti potest & debet per condictionem. In quo idem ille interpres cui supradictam adnotationem tribuimus errasse rursum videtur, & condictionis nomen in ea lege sumpsisse pro actione illa in personã quæ solet dari ex contractibus innominatis ad hoc vt fiat quod conuenit quæ præscriptis verbis actio appellatur, de qua in l. rebus 6. & l. vltim. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat. vt illa etiam interpretatio demonstrat *id est in personam actio* quæ mihi non minus est suspecta quàm superior, licèt longè tolerabilior sit, & minus absurda futura sit priorem illam deleas quam nos delemus. Alioqui absurdam illam faciet quod non de actione in personam quæ dominij repetitio sit, lex intelligenda erit, sed de actione præscriptis verbis vt differat hæc actio in personam ab vtili in rem actione, quod tamen alienum sanè esset à sensu Imperatorum qui actionem illam personalem non aliam proculdubio intelligunt vno isto nomine *condictionis* quàm quæ pluribus verbis *condictitiæ actionis persecutio* dicitur in l. 3. cod. tit. id est per quam persequitur quis dominij restitutionem. Interpretis verò & audaciam & inscitiam detegunt etiam illa verba *in hoc casu* nimis insulsè iter repetita tollendæ vt credibile est eius dubitationis gratia quæ inter veteres glossatores magna fuit, an ea lex quæ parte

dat vin-

dat vindicationem vtilem donatori coarctanda esset ad eum casum propter fauorem alimentorum, vt putat Accurs. an extendenda ad omnes alios casus in quibus fides donatori data falleretur, quod certè durius esset. Nos huius legis emendationem in alium locum differre volebamus, sed non potuimus, cùm ad ea quæ in præcedentibus iam diximus de actione donatori post reuocatam donationem danda maximè pertineret. Præsertim quod mihi nuper indicata est à Renato filio meo qui licèt vixdum Iustinianeus, iam tamen ex me didicit vindicationis veterem formulam, quæ illa fuit, *Hanc rem ex iure Quiritum meam esse aio* non pati vt possit quis credere vindicationem siue directam siue vtilem ad hoc dari vt dominium restituatur actori, licet Baldus Accursium secutus hinc sumendã putet definitionem vtilis vindicationis vt sit illa actio qua dominium pristinum id est directum, inquit, restituatur vindicanti. Quàm parum verò interpretes nostri viderint in superiorum etiam legum interpretatione videbit facilè quisquis Accursij glossas & aliorum Commentarios leget. Nos ad aliam decadem pergamus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.
Decas XLV.

ERROR I.

De donatione causa mortis sic facta vt nullo casu reuocetur Ad l. vbi ita donatur 27. D. de mort. caus. donat.

CReditvr vulgo, Donationes causa mortis in eo potissimum differre à donationibus inter viuos & affinitatem maximam habere cum vltimis voluntatibus, quòd sunt reuocabiles ad nutum donatoris, si fortè pœniteat eum liberalitatis. Est enim hoc proprium cuiuslibet vltimæ voluntatis vt pœnitentiam recipiat, & sit ambulatoria vsque ad supremum vitæ exitum l. cùm hic status 32. § pœnitentiam D. de donat. int. vir. & vxor. l. 4. D. de adim. legat. & contrario proprium donationis inter viuos vt sit irreuocabilis l. cùm profitearis 4. & seq. & tot. tit. C. de reuoc. donat. In eamque rem allegari solet quod Iulianus scribit in l. mortis causa donatio 16. D. de mort. caus. donat. mortis causa donationẽ etiam dum pendet an conualescere donator possit, reuocari posse. Itémque quod Marcian. in l. vbi ita donatur 27. eod. tit. vbi ita donatur mortis causa vt nullo casu reuocetur, donandi causam mortem esse magis quàm mortis causa donationem, & ideò perinde haberi debere atq; aliã quamlibet inter viuos donationem, adeò vt nec Falcidia locum habeat, quasi in mortis causa donatione. Neque verò desunt ex interpretibus nostris qui putent donationem causa mortis etiam quæ sic facta sit, vt nullo casu reuocetur, nihilominus reuocabilem manere ob hoc ipsum quòd mortis causa donatio sit quasi promissio illa De non reuocando sic accipienda sit *Rebus sic stantibus* id est, Nisi donatorem

pœnituerit arg.l.quod Seruius 8 D.de condict.cauſ.dat.l. quæro 54 § inter locatorem D.locat.Ita enim Bald.ad l.cùm quis 12 D.de condict. cauſ.dat., & Decius conſil.305. num.4.Alii contrà, volunt deſinere illam eſſe donationem cauſa mortis,& tranſire in donationem inter viuos poteſtate pacti per quod facta ſit irreuocabilis, quam eſſe magis communem ſententiam conſtat ex Iulio Claro in § donatio quæſt.4.Omnes moti in has ſententias quamuis contrarias ex vna illa eademque ratione quòd non poſſit eſſe donatio cauſa mortis niſi quæ ſit reuocabilis ad nutum & voluntatem donatoris.Sunt & tertii qui diſtinguant vtrum promiſſio non reuocandi adiecta ſit ſubſtantiæ,vt loquuntur donationis, an verò executioni vt priore caſu inter viuos dicatur, poſteriore verò cauſa mortis quia clauſulæ executioni adiectæ non ſoleant mutare ſpeciem conuentionis Clem.1. De præbend. Quam veluti mediam ſententiam ſequitur Couarr.in 2.part.rubric. De teſtam.num.13.verſ.prima concluſio.ego non inficior eſſe hoc ex natura donationis cauſa mortis vt ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donatoris etiamſi nihil de eo nominatim dictum ſit,quia tacitam habet illam conditionem Si in eadem voluntate donator perſeuerauerit l. mortis cauſa 12. D.de manumiſſ.in illis verbis *durante ſcilicet propter mortis cauſa tacitā conditionem voluntate manumiſſoris*.Quæ etiam ſententia eſt. d.l. mortis cauſa 16.l.qui mortis 30.D.de mort.cauſ.donat Sed tamen dico nihil obſtare,quominus donet quis cauſa mortis ita vt donationem ex pœnitentia reuocare non poſſit,ſi modo aliquis caſus ſit in quo maneat reuocabilis donatio. Id enim eſt quod Paulus ait in l.Senatus 35.§.mortis cauſa eod.in verſ. nam & ſic,Poſſe ſic donari cauſa mortis vt omni modo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur,Et rurſum ita vt reddatur etiamſi prior ex eadem valetudine deceſſerit, ſi tamen mutata voluntate reſtitui ſibi voluerit. In primo namque caſu dictio illa *omnimodo* nihil aliud ſignificat niſi hoc ipſum quod volumus *etiamſi donator mutauerit voluntatem* vt ex ſequentis caſus antitheſi apparet:Nec ad hunc caſum pertinent ſupradictæ leges quæ dicunt donationem cauſa mortis ex ſolà pœnitentia reuocari poſſe. Tunc enim id obtinet cùm non expreſſim actum eſt vt poſſit ex pœnitentia reuocari: qua in ſpecie licet conuenerit vt in quem alium expreſſum caſum poſſit reuocari, puta ſi donator conualuerit aut ſi donatarius ante donatorem deceſſerit, tamen ille etiam caſus pro expreſſo habetur & illa conditio l.in eadem voluntate donator perſeuerabit. Quemadmodum & cùm conuenit, vt reuocetur donatio facta mortis cauſa per ægrotum donatorem ſi donator mutabit voluntatem, ea res non excludit, quin etiam ipſo iure per donatoris conualeſcentiam ſolam reuocetur. Niſi expreſſim conuenerit vt non aliter reddatur quod donatum eſt quàm ſi donator mutauerit voluntatem quo demum caſu ſola mutatio valetudinis non reuocabit donationem niſi concurrat etiam mutatio voluntatis.d.§.mortis cauſa. Denique hoc ſolùm quod dicimus mortis cauſa factam eſſe donationem, eam vim habet vt nullo etiam alio pacto expreſſo, dum ne quid in contrarium expreſſim actum ſit, reuocari poſſit adeoque reuocata intelligatur donatio ſiue donator mutauerit voluntatem quia non donando niſi cauſa mortis videtur voluiſſe ſibi ſaluam eſſe quandiu viueret et reuocandæ donationis facultatem ſiue donatarius prior deceſſerit, quoniam qui mortis cauſa donat,ſicut mauult ſe habere quàm donatarium, ità & heredem

ſuum

suum mauult habere quàm heredem donatarij, licèt donatarium ipsum malit habere quàm heredem suum: siue denique donator conualuerit, nempe cùm donauit non imminente periculo commotus: sed infirmæ valetudinis causa. Nam si non infirma valetudo fuit, sed duntaxat periculum propinquæ mortis vel ab hoste vel à prædonibus vel ab ineunda nauigatione vt in l.3.& 4.eod. tit. non erit quod de donatoris conualescentia tractetur, sed sufficiet donatorem quoquomodo liberatum esse ab eo periculo quod dederat causam donationi vt ipso iure donatio reuocata existimetur.§.si mortis 29.d.l.senatus 35.§.ergo qui mortis eodem. Nec si ante finitum periculum incidat in morbum donator & conualescat, idcirco reuocata videbitur donatio quæ facta fuerat non infirmæ valetudinis, sed mortis causa. Quòd si neque valetudinis neque periculi alicuius metu, sed sola mortis cogitatione ex humanæ sortis memoria quis donauerit, duo tantùm casus erunt in quibus possit reuocari vel pro reuocata ipso iure haberi donatio, Scilicet si voluntatem donator mutauerit, vel donatarius ante donatorem decesserit. Tertius enim nullus casus esse potest, nisi fortassis ille quo vellet donator abiicere mortis cogitationem, qua sola motus donauit, quod tamen nec facere eum velle credibile est, nec si vellet attamen posset, quin hoc ipso insanum se demonstraret, ac talem vt non magis ei permittendum esset factam sana mente donationem reuocare, quàm facere nunc primùm donationem si nullam dum fecisset. Quid enim stultius & insanius, quàm mortis cogitationem non solùm re ipsa abiicere, quod ferè omnes quidem facimus, sed inconsideratè magis quàm deliberatè, verùm etiam abiicere vltro velle? Sed & sic donari potest, inquit Paulus, in d.l. senatus, vt non aliter reddatur, quàm si prior ille qui accepit decesserit. Quo pacto facta donatione licèt hoc etiam addito *mortis causa* non erit tamen in potestate donatoris vt reuocet donationem ex sola pœnitentia, Nec si rursus iungas conualescentiam, & addas factam donationem ab eo qui valetudine infirma detinebatur. Id enim facit vis pacti in donatione appositi per donatorem, qui eam sibi legem dictam voluit, vti nullo alio modo quàm eo qui sic expressus est, vt cæteri omnes expressim fuerint exclusi, donationem reuocari posse voluit, & ad retinendam vim ac naturam donationum causa mortis, sufficit quòd aliquo casu maneat reuocabilis donatio, etiam secundum eos qui ad substantiam huiusmodi donationum pertinere putant vt sint reuocabiles. Vt enim non sit donatio inter viuos, satis est quod facta sit certa lege non absolutè l.Seia 42.§.vlt.D.eod. id est quod cōditionem & legem aliquam habeat siue redhibendi siue retinendi siue tacitam siue expressam, per quam fiat vt donatio reuocetur, ipso etiam donatario inuito. Hoc enim addendum est ne confundamus donationes causa mortis cum donationibus inter viuos factis ob causam, quæ scilicet certa quidem lege fiunt, sed ea quam implere possit donatarius inuito donatore si velit, non quam possit inuito donatario extinguere donator volens. l.2. & 3. l.dictam 8.iunct. l. penultim. & vltim.C.de condict.ob caus. Et vt dicam breuiùs, aliud est donare ob causam, quod fit per donationem inter viuos non mortis causa: aliud verò donare in casum aut in casu vt loquitur Papinian. licèt tractans de substitutione non de donatione in l.Iulianus 26. D. si quis omiss. caus. testam. Donatio

causa mortis non ob causam fit, sed in casum, & ita tamen vt non tam sub condicione fiat, quàm sub condicione reuocetur. Non enim qui mortis causa donat, sub ea condicione donat si morietur, sed purè donat, hoc tamen sibi retento, vt ante mortem suam possit si volet, eam reuocare, aut in quem alium casum ex iis quos diximus, rem donatam redhibere. At videamus ne illud etiam dici possit donationem causa mortis ita fieri posse vt non solùm ad nutum & arbitrium donatoris reuocari non possit, sed neque in alium casum. Hoc enim apertissimè scribit Paulus in d.l. senatus. §.mortis causa in fin. post Iulianum in l. si alienam 13. in fin. eodem tit. Sic quoque posse donari mortis causa vt nullo casu sit repetitio. Nam quod vtroque loco additur *id est ne si conualuerit quidem donator* præter id quod suspectum est, satisque probabile irrepsisse ex glossa interpretis idipsum existimantis, quod vulgo cæteri omnes interpretes sentiunt, non posse mortis causa donationem sic fieri vt nullo casu reuocetur (alioquin difficile est credere alios Iureconsultos ad eandem sententiam eandem interpretationem iisdem verbis adhibituros fuisse, manúmque interpretis detegit adiectio illa *id est* itémque diuersitas lectionis quæ alia & alia est in d.l. si alienam in fin.) nostræ opinioni non aduersatur: nec possis ex eo inferre legis sententiã eam esse vt donatio causa mortis sic fieri possit ne vllo modo reuocetur ob conualescentiam, quasi excipiatur quod aliis casibus reuocari possit. Sensus enim est eam donationem causa mortis, quam priùs dixerat posse ita fieri vt non reuocetur nisi in eum duntaxat casum quo donator conualesceret, posse sic etiam fieri vt nullo penitus casu repetitio sit, id est ne quidem si conualuerit donator. Quod ipsum quid aliud est, quàm absolutè nullo casu esse repetitionem? Nam quod vno tantùm casu repeti posset, id si ne illo quidem casu repeti possit, nullo certè casu potest. Quare nec sibi interpretes satisfaciunt in ista interpretatione, sed tandem eò confugiunt vt dicant donationem hanc causa mortis quæ sic fiat vt nullo casu reuocetur, non mortis causa donationem esse sed inter viuos. Vtpote quæ per adiectionem illam vitietur non vt nullomodo valeat sed vt transeat in aliud nomen, aliúmque contractum. Ex d.l. vbi ita donatur 27. eod. tit. vbi hoc ipsum apertissimè à Marciano scribi putant, non aliam eorum locorum alioqui pugnantium conciliandorum rationem inuenientes. At si hoc ita est planè non video quo sensu aut qua ratione Iulianus & Paulus supradictis locis scribant posse sic donari mortis causa vt nullo casu repetitio sit. An non enim perinde est ac si quis diceret sic posse donari causa mortis vt inter viuos sit donatio? Quid verò posset dici absurdius? Nisi fortè tandem eò decidere volumus, vt nihil interesse putemus, an inter viuos donatio sit an causa mortis, quod tamen qui diceret nullum quæstioni locum relinqueret, quæ supponit diuersam esse donationem inter viuos à donatione causa mortis, de quo nec vnquam quis dubitauit, d.l. Senatus 35. §.1. & 2. d.l. Seia 42. §. vltim. D. de mort. caus. donat. Deinde quid si donatio causa mortis sic facta sit quomodo fieri poterit vt plurimùm solent huius generis donationes, vt dominium non nisi post donatoris mortem in donatarium transferatur, hoc tamen expressim addito vt nullo penitus casu donatio reuocetur? Quomodo potest esse donatio inter viuos,
cùm

cùm dominij translatio nulla fiat à donatore viuo: sed in id tempus collata sit quo donator nullus erit amplius & consequenter nec dominus? An non necessaria est hoc casu potestas legis per quam dominium à donatore iam defuncto transeat in donatarium? Ita sanè est. Nam & inde vt sæpius monuimus fluxit ius vltimarum voluntatum & necessitas earum lege duodecim tabularum confirmandarum. Itémque ius illud æquiparandæ donationis causa mortis cum legato vt ad instar legatorum donationes causa mortis capiantur l. Marcellus 15. l. etsi debitor. 17. l. illud 37. D. eod. l. vltim. C. eod. quia scilicet alioqui non valerent eæ quarum effectus collatus esset post mortem nouísque heredis consensus, necessarius esset quippe cui statim & ipso iure acquisitum fuisset rei donatæ dominium post mortem donatoris, vt superiore Decade disputauimus ex l. si ego 9. §. si res D. de iur. dot. Et tamen non eo minùs verum esset, sic factam donationem esse irreuocabilem. Quid enim vetat donatorem eam sibi legem dicere vt donationem à se causa mortis factam reuocare non possit perinde cùm eius effectum contulit post mortem suam, atque si iam inde ab initio dominium transtulisset in donatarium sub condicione redhibendi? Atqui non est in eius potestate vt rei suæ dominium non nisi post mortem suam transferat, & eo tempore quo nihil sit ille habiturus, quod transferre possit. Adeò vt si diceret se donare inter viuos tantùm, non etiam causa mortis sed ea tamen lege vt non nisi se mortuo transferatur dominium in donatarium non esset donatio valitura quemadmodum sequenti capite dicemus. Cur ergo aut quomodo illud admitti volumus, vt donatio causa mortis cuius effectus collatus sit post mortem donatoris ob id solùm fiat donatio inter viuos repugnantibus verbis donationis & consequenter inuito etiam donatore, quod eam donator voluerit nullo casu reuocari posse? At rursum implicat contradictionem vt eadem donatio sit & inter viuos & causa mortis præsertim quam donator dixerit se facere causa mortis. Concludendum igitur est defendi eam vel iure donationis causa mortis vel nullomodo. Nec obloquitur Marcianus in dict. l. vbi ita donatur, cuius solius autoritate contraria sententia nititur. Non enim sic loquitur vt neget hanc donationem esse causa mortis, vel vt dicat esse meram donationem inter viuos, sed ait perinde haberi eam debere atque aliam quamlibet inter viuos donationem, Vt intelligamus non esse ista pugnantia. Esse donationem re vera causa mortis, & tamen perinde haberi ac si inter viuos facta esset, quod ea scilicet in quibus potest induere naturam donationis inter viuos, cuius sanè proprium illud est vt sit irreuocabilis, sed eo tamen casu quo effectum sortita sit quod ad translationem dominij iam viuo adhuc donatore. Itaque si poneres donatum quidem esse mortis causa, sed ita vt dominium in donatarium statim transferretur, & præterea hac lege addita, vt nullo casu reuocari donatio posset, faterer vtique donationē istam futuram inter viuos omnimodo & in totum, quia nihil superest quod mutuari illa debeat à donatione causa mortis, & habet omnia prorsus similia cū donatione inter viuos. Et quod donator dixit se donare mortis causa nihil aliud facere potest nisi vt nudo verborū sono differat hæc donatio à donatione inter viuos. Atq; hoc donationū genere, si quis intelligeret Marciā.

In d.l. vbi ita donatur, fortasse quidem nimis restringeret verba illa gene-ralia Marciani, sed tamen eius loci sententiam faceret tanto certiorem. Sed nego idem esse cùm translatio dominii ex donatione causa mortis collata est post mortem donatoris quia si non remaneret donatio causa mortis impediretur translatio dominii, quippe quæ ex donatione inter viuos nō posset fieri post mortem: Neque tamen eo minus verum est haberi eam debere pro donatione inter viuos hactenus vt inter quas personas prohibita esset donatio inter viuos puta inter virum & vxorem hæc quoque prohibeatur, quia non potest diuerso iure censeri cùm habeat eundem effectum quem haberet donatio inter viuos in hoc præsertim quod locupletiorem statim facit donatarium, & pauperiorem donatorem, cui iam inde ab initio spes omnis siue retinendi siue redhibendi præciditur, acquisito in contrarium iure donatario eiusque successoribus quibuslibet omnimodo habendæ rei donatæ & in omnem euentum, quamuis non nisi mortuo donatore. Ita enim toto ferè iure comparatum est, vt quod omnimodo futurum esse certum est, perinde habeatur ac si iam esset, adeò vt neque condicio illa quæ omnimodo extatura est pro condicione habeatur l. quòd si eâ condicione 18 D. de condict. indeb. Nec quod hæc donatio causa mortis habet hoc amplius quàm donatio inter viuos quòd post donatoris mortem transfert dominium, facere debet, vt non debeat etiam censeri iure donationis inter viuos, cùm habeat ea omnia quæ haberet donatio inter viuos. & hoc plus quod vim habet dominii post donatoris quoque mortem transferendi. Denique is qui ita donat causa mortis licet non tam citò se spoliet quàm si dominium statim transferret, tamen tam se spoliat, quàm si statim se spoliaret, cùm ex eo donationis die certus sit omnimodo futurum vt tanto minorem hereditatem relicturus sit. Proinde cùm non aliam ob causam donationes inter coniuges prohibitæ sint quàm ne ob mutuum amorem se bonis suis spolient l. 1. & 2 D. de donat. int. vir. & vxor. apparet eam rationem non magis ad simplices donationes quæ inter viuos factæ sint pertinere quàm ad istas, quæ mortis causa sic fiunt vt nullo casu reuocentur, quamuis dominii translatio post mortem conferatur. Eadem igitur ratione dicendum erit, & falcidam in iis locum non habituram sicut nec in cæteris donationibus inter viuos d.l. vbi ita donatur, quia constitutio Seueri quæ Falcidiam protraxit ad donationes causa mortis nō ad alias pertinet quàm ad eas, quæ fiunt certa lege propter quàm possit donator sperare aliquo casu futurum vt rem donatam vel retinere possit vel redhibere vt Papinian. noster interpretatur in d.l. Seia 42. §. vlt. D. de donat. caus. mort. cùm scilicet cæteræ quæ irreuocabilem obligationem continent non possint videri quid habere simile cum vltima voluntate, nisi in hoc quod ex iis dominium post mortem tantùm transferatur, quæ sola res Falcidiam inducere non potest, quia lex Falcidia eas tantùm liberalitates coercere voluit quæ hereditatem & heredem alioquin oneraturæ essent ex volūtate testatoris, non eas quæ illi ipsi qui fecissent essent onerosæ. Nec enim id egit lex Falcidia vt meliorem faceret condicionem heredis, quàm ipsius testatoris aut vt heredi consuleret suprà quàm testator ipse testamento suo consulere posset si vellet, sed tantùm vt heredi prospiceret cui testator prospicere potuisset nec voluisset. Vnde & iure testamenti capi dicitur l. qui duos 42. D. de vulg. & pupill. substit. quod non potest conuenire ei portioni quam

quam nec testator ipse ex rebus siue legatis siue donatis deducere, suoque heredi relinquere potuisset, tametsi maximè voluisset. Atqui donator qui aliquid mortis causa donatum voluit ita vt nullo casu reuocaretur donatio quamuis eius effectum quantum ad translationem dominii contulerit post mortem, nihil tamen posset testamento suo ex ea donatione deducere etiamsi quartam heredi suo relictam vellet. Ergo nec ipsius heredi prospicietur per legem Falcidiam aut per constitutionem Seueri, quæ certè non plus potest contra donatarium ad minuendam ipso iure donationem, quàm potuerit donator ipse, qui tamen si voluisset donationem hanc minuere in fauorem heredis non potuisset. Quanquam & eo casu quo mortis causa donatio fuisset reuocabilis: fieri tamen poterat vt lex Falcidia locum habere non posset. Nimirum si dominium statim translatum esset, quia cùm perficiatur donatio morte donatoris, ac proinde viuo donatore nullum ius est neque vnquam esse potuit heredis in re donata propter quod debeat ille Falcidiam habere ex ea re quæ viuo adhuc donatore facta sit donatarii pleno iure ac irreuocabiliter, vt disputauimus Decade præcedenti.

ERROR. SECVNDVS.

De donatione quam quis fecerit in tempus quod erit post mortem suam vtrum inter viuos sit an causa mortis.

ANCEPS valdéque dubia putatur esse hæc quæstio, Si quis sanus nullóque mortis periculo perterritus alii donet post mortem suam vtrum donatio censeda sit inter viuos facta an causa mortis. De qua tres nostrorum sententias legimus, duas inuicem pugnantes, tertiam distinguentem. Prima fuit veterum existimantium censendam in dubio esse donationem inter viuos. Sic enim Bald. ad l. 2. num. 5. & 6. C. de iur. dot. Oldrad. cons. 139. Guill. Bened. in repe. cap. Raynutius. in verb testamentum. 4. num. 23. de testam. Secunda huic contraria, esse hanc donationem causa mortis, quod sensit olim Alber. ad l. nã si cùm moriar. D. de condict. indeb. ex recentioribus verò Iason ad l. quæ dotis num. 43. D. solut. matrim. & consil. 6. lib. 7. Tertiá distingui oportere vtrum mortis tempus adiectum sit substantiæ donationis, an eius executioni, puta præstationi rei donatæ vt priore casu donatio sit causa mortis, posteriore verò sit inter viuos cuius executio post mortem conferatur. Et hanc sententiam quasi quæ probabilior sit hoc ipso quod media est, magis communiter sequuntur recentiores, vt videre est apud Boer decis. 353. num. 12. & Couarr. De testam. in 3. parte rubr. num. 25 post Alex. cons. 14. lib. 1. & Socinum seniorem cons. 53. lib. 1. Etsi verò inter tot tamque varias opiniones nullus quartæ & nouæ locus relictus videtur, nulla tamen ex his tribus est quam putem ex ratione iuris posse defendi ac nisi me valde fallo noua distinctione opus est, vt ad propositam quæstionem bene respondeatur. Noua inquam Doctoribus & interpretibus nostris, sed ea ipsa tamen qua huc vsque in cæteris ferè omnibus quæstionibus vsi sumus. Nimirum an donatio facta sit per stipulationem an per traditionem, qui olim duo erant modi faciendæ donationis. Nam facta donatione per stipulationem donatore scilicet ad donatarii interrogationem ita respondéte *Promitto tibi fundum* aut

centum post mortem meam non dubito quin donatio censenda sit inter viuos indistinctè non causa mortis in eóque falsas esse supra relatas duas posteriores opiniones, quarum altera vult esse hanc indistinctè donationem mortis causa, Altera distinguit an mortis mentio relata sit ad substantiam donationis an ad executionem. Quanquam enim negari non potest quin donator hic cogitauerit de morte, non tamen videtur mors tam fuisse causa finalis donationis, quàm causa dilationis, id est differendæ in id tempus solutionis, vt loquitur Bald. ad d. l. 2. C. de iur dot. Alioqui vix dari posset casus in quo posset quis promittere animo donandi inter viuos dilata nihilominùs solutione post mortem, cùm fieri nequeat hæc donatio quin mortis mentio fiat, nec rursus mentio mortis fieri, quin fatendum sit cogitatum fuisse de morte. At non quælibet mentio aut cogitatio mortis facit donationem causa mortis sed ea demum cogitatio mortis quæ donationi causam dat, & sine qua donator non esset donaturus. Nec sufficit duo illa concurrere copulatiuè quæ sufficere ait Iulius Clarus in § donatio quæst 4. numero 4 vt expressim facta sit mentio mortis & vt collata sit donatio in tẽpus mortis, nisi etiam illud potissimum concurrat vt propter mortem donatum sit & eo fine vt donatarius id haberet potiùs quàm heres donatoris. Nam & donari mortis causa posse constat etiamsi mentio nulla mortis facta sit si modo aliunde quàm ex verbis donationis appareat cogitatione mortalitatis inductum donatorem fuisse ad donandum, puta cùm esset in magno præsentique mortis periculo constitutus l. 2. l. Senatus 35 § sed mortis & §. mortis causa. De mort. caus. dona. Nec rursus tam proprium est donationis causa mortis vt conferatur in tempus mortis quàm vt post tempus mortis. Inter quæ tempora tantum distat quantum inter habitum & priuationem. Nam vt sæpius inculcauimus instans mortis adscribitur vitæ l. qui duos 18 §. 1. D. de manum testam. l. vlt. rerum. de condict. instit. non autem instans quod sequitur mortem. Et si nõ nego posse donationem causa mortis conferri in tempus ipsum mortis vt moriente donatore incipiat effectum suum habere fierique irreuocabilis dummodo ad mortem vsque fuerit reuocabilis vt in l. mortis causa 12. D. de manumiss. vbi notandum est dici eum quoque absolutè donare qui tamen ideo donat quod putet se moriturum. ac proinde qui non tam inter viuos quàm mortis causa donat, Ad differentiam eius qui donat adiectis illis verbis *mortis causa* vt intelligamus non esse necessariam adiectionem mortis vt donatio causa mortis facta esse videatur si modo ideo facta sit quia putet donator se moriturum. Quamuis alio sensu Papin. in l. Seia 42 §. vlt. D. de mort. caus. dona. eum qui absolutè donauit opponat tanquam ex diametro ei qui donauit mortis causa. Similiter igitur è contrario nihil vetat in donatione fieri mentionem mortis, & tamen donationem esse inter viuos sicut & eam quæ fit à moriente purè ac simpliciter nulla retinendi aut redhibendi adiecta lege, vt in d. l. Seia § vlt. Quod in donatione per stipulationem facta tanto certiùs est, quanto esset absurdius relinqui in arbitrio & potestate promissoris qui promisisset post mortem suam animo donandi, vtrum efficaciter & irreuocabiliter obligatus esse vellet, an verò reuocabiliter. Nam quemadmodum promissione facta stipulandi animo, non debet in promissoris arbitrio esse an debeat necne. l. 2. §. Scæuola. D. de eo quod cert. loco, quia pro non dicto esse semper debet, quod promissor dare nisi velit cogi non possit. l. sub

hac

hac conditione. 8. D. de obligat. & action. Ita non nisi absurdè possumus dicere donatorē qui promiserit post mortem suam promissione suam sic interpretari posse vt mortis causa duntaxat non etiam inter viuos donare voluerit, cùm ita futurū sit vt in eius arbitrio ponatur an debeat. Semper enim dicet se non nisi mortis causa donare voluisse vt liberalitatis, aut potiùs leuitatis suæ possit pœnitere. arg l. inter stipulantē. 83 §. 1. D. de verb. obliga. Nec obstat quod dici solet, Cùm quæritur in stipulatione quid acti sit ambiguitatem interpretandam esse contra stipulatorem. l. cùm quæritur. 26 D. de reb. dub. Id enim tunc locū habet cum in verbis aliqua est ambiguitas cùm imputari possit stipulatori cur non dixerit apertiùs ex reg. l. veteribus. 39. D. de pact. l. Labeo. 21. D. de contr. empt. non etiam promissori qui nihil aliud facere nō potuit nisi vt promitteret, quiq; si respondendo aliquid adiecisset quod in interrogatione expressum non fuisset hoc ipso stipulationē vitiasset. At in proposito ambiguitas nulla est in verbis, nec quicquam est quod possis imputare donatario qui sic stipulatus est à donatore, *Ex causa donationis promittis mihi fundum post mortem tuam.* Quid enim apertiùs, quàm aptissima esse huiusmodi verba ad inducendam obligationem non solùm efficacem ad agendum, sed etiam irreuocabilem? Quid rursum aptius ad inducendam donationem simplicem & inter viuos, quàm donationis nomen vsurpare, cùm donatio simplex & absoluta illa sit, quæ inter viuos est, nō quæ causa mortis. d. l. Senatus. 35. §. 1. Adeò vt nec verè donatio dici possit ea quæ causa mortis facta fuit, sed impropriè & æquiuocè. Itaque si qua in huiusmodi stipulatione ambiguitas est, ea in mēte sola donatoris tota est, cuius erat exprimere an inter viuos donatum vellet, an mortis causa. Sibi ergo imputet qui non dixit liberalitati suæ legem apertiùs. Nam & inde est quod dicimus in donationibus plenissimam fieri interpretationem contra donatorem, quippe qui non de alio quàm de se conqueri debet, quòd donauerit, nec quòd obscurè donauerit. Neque contrarium est quod Marcellus respondit in l. mortis causa. 34 D. eod. mortis causa donationem sic constitui posse vt donatarius quid stipuletur in annos singulos, quoad viueret scilicet, inquit, vt post mortem promissoris incipiat exactio. Non enim nego posse donationem esse causa mortis si expressè id dictum sit vt in specie illa Marcelli, Sed hoc tantùm dico, eum qui promisit post mortem suam ex causa donationis, neque expressit vtrum inter viuos an mortis causa donaret, credendum in dubio donasse inter viuos, sicut & promisit inter viuos, ita vt non possit dubitari, quin verba illa *post mortem* sic accipienda sint, ac si scriptum esset *Promitto tibi dari post mortem meam.* Estque hic casus longè minùs dubitabilis quàm si donatio sic facta esset, *dono tibi post mortem meam*, quia tunc ipsa donatio non tantùm donationis executio post mortem collata videretur. Et de sic facta donatione sentire videntur interpretes qui defendunt valere iure donationis causa mortis eam donationem, quæ collata est post mortem si mortis mentio adiecta sit ipsi substantiæ, non autem præstationi & executioni donationis. Nam vt dixi qui sic loquitur, *promitto tibi post mortem meam*, licèt neque præstationis, neque solutionis vllo modo meminerit, proculdubio respicit ad præstationem, non ad contrahendam obligationem. Sed obseruare debuerunt nullam esse donationem quæ sic fieri possit, *dono tibi post mortem meam*, nisi ponas eo ipso tempore quo huiusmodi verba proferuntur fieri etiam tra-

ditionē eius quod donatur. Traditione siquidē opus est, aut stipulatione vt donatio fiat præsertim causa mortis. Illa verò verba, *Dono tibi post mortem meam*, neque traditionem faciunt quæ tota facti est non verborum, neque stipulationem. Quòd si ponas ab eo qui supradicta verba protulit factā esse traditionem, admittam equidem non fore donationem inter viuos, sed causa mortis, verùm alia ratione quàm quæ interpretibus placet quòd collata sit donatio post mortem, sed quia nec si expressim vellet quis ita donare inter viuos, tamen posset, vt postea dicemus: si priùs illud diluerimus quod contra sententiam nostram obiici posse videtur, ex l. Seia cùm nuberet 11. D. de dot. prælegat. vbi responsum est à Paulo eum qui consentiente muliere cùm illa donatum vellet stipulatus est dotem à marito in eum casum quo morte mulieris matrimonium solueretur mortis causa stipulatum videri, nec nisi mortis causa factam videri eam donationem, ideóque à donatario illo fideicommissum relinquere potuisse mulierem vt eam dotem viro daret. Nam & inde Bart. infert ad eum locum adhibitum ad stipulandum totam dotem, sicut in dubio præsumendus non est adhibitus animo donandi, ita intelligendum esse adhibitum causa mortis, si mortis mentio facta sit in stipulatione, quod probatur etiam non minùs apertè & eleganter ex l. 2. C. de iur. dot. & ex l. mulier bona 72. §. vlt. D. eod. vbi dicitur, si mulier de suo dotem dederit, & adhibuerit alium qui stipularetur posse eam pro arbitrio instrumentum dotale mutare. Non alia vtique ratione, quàm quod vel proprio ipsius mulieris nomine vel tanquam donatarius causa mortis extraneus ille stipulatus esse intelligatur. Atque ita solitas fuisse interponi stipulationes constat ex l. cùm pater. 77. §. mater. de legat. 2. l. cùm maritus. 29. §. vlt. D. de pact. dotal. quo loco dubitandi ratio illa erat, quòd cùm frater dotem sororis ea consentiente stipulatus esset in casum mortis mulieris, ac proinde in potestate mulieris fuisset stipulationis & donatarij ius immutare videbatur illa stipulationem fratris inutilem fecisse quantum ad res illas quas marito suo legauerat, & quantum ad seruos quos eo testamento manumiserat. Sed tamen aliud Scæuolæ iudicium est saluam esse fratri & integram actionem ex stipulatione contra maritum, propterea quòd testatrix legādo & libertates dando nō tam exonerare maritum quàm heredes suos onerare voluisse crederetur, à quibus scilicet solis & legata dari potuerāt & libertates directæ, non etiam à fratre donatario causa mortis, quamuis ab eo fideicommissum relinquere soror potuisset si voluisset. d. l. Seia. 11. in fin. de dot prælegat. & in l cùm quis decedens. 37. §. nuptura. De legat. 3. quod non videntur percepisse glossatores quorum alij responsum illud Scæuolæ de donatione inter viuos intelligi voluerunt ne cum aliis supradictis legibus pugnaret, omnes verò de fideicommissariis libertatibus non de directis, cùm tamen si per fideicommissum relictæ libertates fuissent, aliud respondendum erat, quia fideicommissum à donatario causa mortis vtiliter relinqui & olim poterat & hodie potest. d. l. Seia. & d. §. nuptura. Verùm ad supradictos omnes locos respondendum est quod ad quæstionem nostram attinet, multùm interesse an quis animo donandi promittat dare quid post mortem suam, qui casus est nostræ quæstionis, an verò passus sit alium stipulari in casum mortis vt in iis locis. Nam qui ipse promittit non potest negare quin id agat vt se obliget, nec tantùm efficaciter, sed etiam irreuocabiliter, nisi exprimat se promittere animo donandi causa mortis.

mortis. Et quod addit *post mortem* sicut ad promissionem ipsam referri non potest, quia nemo post mortem suam promittit, ita ad effectum & executionem promissionis necessariò referendum est, vt proinde dilata in id tépus solutio & præstatio potiùs quàm ipsa donatio collata videatur. At cùm patior vt in casum mortis meæ aliquid stipuletur is cui donatum volo, nihil ego promitto, sed meus debitor qui licèt promittendo se obliget non solùm efficaciter, sed etiam irreuocabiliter, tamen non mihi, sed tibi legem dicit ne possit inuito stipulatore liberari, non autem ne possim ego pro arbitrio stipulationis conditionem immutare, cùm nihil promiserim, sed tantùm permiserim animo quidem donandi, sed causa mortis, vt verba ipsa stipulationis demonstrant quæ concepta sunt in casum mortis meę. Nam si sic tibi dicerem, *Permitto tibi stipulari centum à debitore meo quoniam ea tibi dono*, an non perinde haberi deberem ac si apertiùs dicerem, *Dono tibi causa mortis centum.* Vtique sanè. Nec enim donatio hæc quod ad me pertinet ex earum numero est quæ fiunt per stipulationem, sed potiùs per traditionem facta videri debet, quoniam licèt stipulatio interuenerit, tamen non interuenit inter me donatorem & donatarium te, sed inter te & meum debitorem qui nihil tibi donauit. Tunc verò dicitur fieri donatio per stipulationem cùm donatarius stipulatur à donatore, vt in d.l. mortis causa.34. & l.Senatus.35.§.vlt. D. de mort.caus.donat. Cùm ergo donatio causa mortis non fiat nisi per stipulationem vel per traditionem, neque possit hæc facta dici per stipulationem, necesse est vt dicenda sit facta per traditionem. Et certè ita est. Nam quemadmodum qui delegat debitorem suum videtur soluere. l. quamuis. 8.§. interdum. D.ad SC.Velleian. ita & qui cùm nihil deberet, patitur tamen alium stipulari à debitore, videtur hoc ipso tradere quod deducitur in stipulationem, & illud ipsum quod postea promissor ex ea stipulatione tradere cogendus erit & soluere stipulatori. Ex quo tanto magis apparet, quantum intersit, an quis donandi animo promittat centum, aut fundum Cornelianum post mortem suam, an verò patiatur alium stipulari in casum mortis ipsius donatoris. Priore casu censendam donationem inter viuos, posteriore verò causa mortis. Neque tamen eam rationem probamus qua potissimùm mouentur illi ex interpretibus nostris qui volunt donationes istas in dubio censendas inter viuos: Aiunt enim posse obligationes & actiones incipere etiam ab heredibus, & contra heredes, ex l.vnic.C.vt action.ab hered. & contr.hered. incip. l.hereditarium.7.D.de reb.autor.iudic.possid. quod planè alienum est à proposita disputatione. Nam hoc casu neque obligatio neque actio incipit contra heredem donatoris, sed tantùm exactio, vt & in d.l.mortis causa.34. de mort. caus. donat. & in d.l. hereditarium, in cuius specie, id est, cùm quis promisit se aliquid daturum cùm morietur, obligatur proculdubio ex eo die tantò magis quod moriturum eum esse certum est quamuis non possit ex ea promissione conueniri quandiu viuit. Sed etsi non priùs quàm moreretur inciperet obligatio, tamen inciperet adhuc eo viuo, cùm non mortuus moriatur, sed viuus. Item cùm is qui pro defuncto fideiussit post mortem eius soluit, de quo etiam agitur in d.l.hereditarium, obligatio & actio mandati non incipit contra heredes mandantis, sed nascitur ex die fideiussionis, licèt non possit actio exerceri regulariter antequàm absit aliquid fideiussori, hoc est, ante diem solutionis. l. Lucius Titius.38. D. mandat. l. si

pro ea 10.C.eod.Nec sanè nisi frustra possis quærere in Pandectis exempla actionum quæ incipiant ab heredibus aut contra heredes, cùm toto eo iure Pandectarum regula in contrarium esset, quam primus Iustinianus antiquauit in d.l.vnic.C.vt action. ab hered.& contr. hered. incip. Veniamus iam ad secundam distinctionis nostræ partem, de donatione quæ facta sit per traditioné collata nihilominus domini translatione post morté donatoris.

ERROR TERTIVS.

De donatione facta per traditionem ita tamen vt collata sit dominij translatio post mortem donatoris.

HÆc secũda pars est eius distinctionis, quam superiore capite adhibendam diximus in quæstione illa vtrum donatio post mortem collata in dubio censenda sit inter viuos an causa mortis. Et quemadmodum iam probauimus facta per stipulationem donatione capiendam eam interpretationem quæ donationem faciat inter viuos, licet facta sit mentio mortis. Ita nunc ostendemus facta donatione per traditionem omnimodo censeri debere donationem causa mortis si dominii translatio collata sit post mortem, longéque grauiùs errare tam illos qui putant esse hanc donationem indistinctè inter viuos, quàm illos qui distinguunt, An substantiæ donationis inserta sit mentio mortis an præstationi duntaxat & executioni. Nec enim nullo casu patimur valere huiusmodi donationem iure donationis inter viuos, nec si donator expressim declaret velle se illam valere eo iure, nec magis post constitutionem Iustiniani, qua nostri mouentur in d l. vnic.C.vt action.ab hered. & cont.hered.incip. quàm inspecto vetere iure Pandectarum. Mouemur ex eo quod non fecit Iustinianus neque verò facere potuit vt possit quis rerum suarum dominium transferre eo tempore quo nó amplius sit dominus, quod pugnaret cum ratione non ciuili tantùm sed etiam naturali, quæ non patitur vt quis in alium transferat id quod ipse non habet, Nec proinde fecit, vt donator quãuis dominus sit rei, quam donat eo tempore quo & donat & tradit, conferre tamen possit dominii translationem in id tempus quo ipse dominus non erit id est quo erit mortuus non magis quàm si conferre vellet in id tempus quo res illa alienata reperiretur l. Stichus 39.D.de manum. testam. Nam vt sæpius monuimus, non tam quo tempore dispositio fiat inspiciendum est, quàm in quod conferatur, quoties quæritur an valeat l. Titio cùm morietur 51.D.de Vsur.l.4.C.de donat.ant.nupt. In proposito antem casu cùm traditio quidem fit à viuo donatore sed tamen dominii translatio confertur post mortem donatoris hoc amplius est quod impedit ne dominii translatio vlla post mortem fieri possit, quod statim atque donator mortuus est relicto herede aliquo siue testamentario siue legitimo dominium quod fuit defuncti sicut fit hereditarium quandiu hereditas est id est quousque sit adita, ita & hereditate quandoque adita fit heredis non solùm ex eo die, sed ab ipso instanti mortis, quasi nullo vnquam tempore iacuisse hereditas videatur l. heres quandocumque 49.De acq.hered.l.omnis hereditas 138 l.omnia ferè 193.De regul.iur. Statim verò atque dominiũ acquisitum est heredi, nó potest fieri ne quidem ex voluntate testatoris vt transferatur in donatarium sine facto & voluntate heredis, ne iuris regula violetur quæ vult id quod alicuius iam sit sine facto eius auferri ei non posse l. id quod nostrum 11. eod. In quã séteũa accómodatissimus textus est in l.si ego 9.§.si res D.de iur. dot.

dot. vbi Vlpianus, si res, inquit, alicui tradidero, vt nuptiis secutis dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ait ille, ne non possint in dominio eius effici cui datæ sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, & cùm sequitur conditio nuptiarum iam heredis dominium est a quo discedere illud non posse inuito eo, fatendum est. Quidni ergo idem dicemus facta etiam traditione ex causa donationis quæ pendeat in id tempus quo iam insecuta sit mors donatoris? In hoc siquidem casu non solùm eadem iuris ratio locum habet, sed hoc quoque plus est, quod conditio nuptiarum apud Vlpianum poterat existere viuo etiam donatore. Tempus verò quod quantumuis proxime ac immediatè sequitur mortem nunquam potest euenire viuo eo cuius mors necessariò expectanda est. Tantò minùs ergo fieri potest vt ex huiusmodi donatione dominiũ transferatur in donatarium sola conuentionis potestate, éstque omnino necessaria legis autoritas, cuius est non minùs transferre dominium sine traditione quàm hominis est rem suam tradentis, eam in quem & quomodo velit alienare: vt in hereditatibus & legatis euenire iam supra probauimus. Atqui lex non se interponit in transferendo dominio ex conuentionibus quæ fiunt inter viuos nisi hactenus vt causam traditionis vel adprobet, vel non agnoscat, quia naturali ratione ac gentium iure traditio modus est dominij transferendi. §. per traditionem. Instit. de rer. diuis. iure quoque ciuili non improbatus dum ne traditio sit nuda. l. nunquam nuda. 31. D. de acquir. rer. domin. l. 3. D. si vsusfr. petet. Quid enim naturali rationi conuenientius est, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi? l. qua ratione. 10. §. hæ quoque res. De acquir. rer. domin. vulg. l. in re mandata 21. C. mandat. Igitur si is qui rem suam ex causa donationis tradidit eam legem adiecerit vt dominium post ipsius duntaxat donatoris mortem in donatarium transferatur, quamuis dixerit se donare inter viuos, nihilomagis facere potest vt eo iure valeat donatio, quinimò hoc ipso quod exprimit velle se donare non causa mortis, sed inter viuos, atque ita excludit omnem interpretationem quæ alioqui probabiliter fieri posset vt mortis causa potiùs donasse videretur, nihil agit, quia vbi nulla est in verbis ambiguitas, nullus quæstioni voluntatis aut iuris interpretationi locus relinquitur vulg. l. ille aut ille. 25. §. 1. De legat. 3. Cui consequens est, vt si donator non expresserit, an inter viuos, an mortis causa donatum vellet, hoc ipso quod voluit dominij translationem conferri post mortem satis declarauerit velle se vt valeret iure donationis causa mortis, cùm neque expresserit, neq; exprimere vtiliter potuerit vt valeret iure donationis inter viuos, malignáq; dicatur illa interpretatio per quam fiat inutilis actus qui iusta & ciuili adhibita interpretatione vtilis esse posset vulg. l. quoties in actionibus. 12. D. de reb. dub. l. quoties. 80. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus vers. sequens stipulatio. D. de verb. obligat. Nam & dici solet nec absre, non facilè credendum quenquam esse eam viam eligere per quam fiat vt nihil agat. l. 3. D. de testam. mil. Neq; hic subiũgi potest quod in suprascripta specie subiungitur apud Vlp. in d. l. si ego. 9. §. si res. De iur. dot. benigniùs esse necessitatem imponi heredi cõsentire ei quod defunctus fecit, aut si distulerit vel abfit etiã nolẽte vel absente eo dominium ad maritũ ipso iure transferri. Nã præter id quod illius loci verba ipsa ostendunt totã eam adie-

ctionem non tam Vlpiani esse, vt alibi monuimus, quàm Triboniani mulieribus suo more plus æquo fauere volentis, apparet etiam speciali ratione non communi aliqua æquitate niti adiectionem illam Tribonianeam, scilicet *fauore dotium*, vt lex ait, & *ne mulier maneat indotata.* At neque donationis tantus fauor est vt dotibus comparari possit, neque donatarij vt eius conditio eadem constitui debeat quæ mulieris esset ne indotata constitueretur. Non ergo similiter possis dicere defendendam esse ex æquitate donationem inter viuos, quæ per traditionem sic facta esset, vt dominium ex ea non nisi post mortem donatoris in donatarium transferretur, cogendúmque heredem vt consentiat transferri quod donator ipse pro suo iure transferre non potuisset. Quod etsi admittere quis vellet prætextu vt fieri solet æquitatis quantumlibet improbabilis, adhuc tamen nobiscum dicendum esset in dubio si de aperta donatoris voluntate non appareret probabiliorem fore illam interpretationem per quam donatio causa mortis non inter viuos facta esse censeretur. Cur non enim ea potiùs capiatur interpretatio per quam fiat vt actus ipso iure valeat, nec vllo egeat æquitatis fauore, quàm ea quæ destituta iuris auxilio, æquitatis subsidium implorare compellatur? Et verò si mortis causa donatio esse creditur tum quoque cùm inter viuos traditio facta est, sed ea tamen lege vt moriente demum donatore res fiat accipientis. l. mortis causa. 15. D. de manumiss. quo tamen casu nihil obstaret quominus posset esse donatio inter viuos, quippe quam certum est posse fieri etiam à moriente. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. caus. donat. quanto magis fatendum est donationem esse causa mortis, cùm sic facta donatio est vt eum effectum habere non possit quem donator voluit iure donationis inter viuos? Nec sanè facilè potest dici cur donator contulerit dominij translationem in longius tempus, siue mortis tempus illud sit, siue post mortem, nisi vt interim saluam sibi retineret reuocandæ donationis facultatem, quæ iudicio meo tota ratio est eius quod Marcellus scribit in dict. l. mortis causa. vers. quemadmodum. Et cùm ea ratio locum non habeat in eo qui moriens donat purè in aliud nullum instans collata donatione, sicuti nec instans vllum est post instans mortis in quo voluntatem mutare donator possit, mirum non est faciliùs præsumi donationem causa mortis eam, quæ ab homine sano fiat per traditionem collata: nihilominùs dominij translatione in tempus mortis, aut post mortem, quàm quæ purè fit à moriente. Hanc enim fatendum est quanto minùs reuocari potest, tanto magis naturam habere donationis inter viuos, nec posse censeri donationem causa mortis nisi expressum illud sit à donatore: alioqui non negamus etiam à moriente posse fieri donationem causa mortis, perinde ac inter viuos, vt reuocari etiam possit. Donationem namque cùm à moriente fieri dicimus post Papinianum in dict. l. Seia. §. vltim. non vsque adeò præcisè instans ipsum mortis significamus quod sit vltimum momentum vitæ, in quo nimirum nemo dixerit aut donationem, aut aliud quicquam quod facti sit ab eo ipso qui moritur, fieri posse, sed paulò laxiùs accipimus, & ἐν πλάτει, vt eum significemus qui breui & iamiam sit moriturus, vt sunt plerique qui penè ad supremum vsque vitæ spiritum & mentem & linguam sanam habent, vt voluntatem quam priùs habuerunt mutare possint, & reuocare. Ad has verò donationes, quæ per traditionem sic fiunt vt dominium post donatoris duntaxat mortem

trans-

transferatur, non pertinet quod vulgò ij obiiciunt qui eas inter viuos esse defendunt, ex Iustiniani constitutione in d.l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. quia vt initio capitis attigimus, longe aliud est incipere obligationem contra heredem ex facto defuncti, aliud verò incipere dominii translationem. Prius à Iustiniano factum est, quia vt fieret violanda tantùm fuit subtilitas & regula iuris ciuilis ex quo solo est ius hereditatum & actionum, inducendarumque obligationum, & in heredem transferendarum l.1. C. si cert. petat. l.1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel creditoris. Posterius verò nec factum est à Iustiniano nec fieri potuit quin non tantùm ciuilis ratio sed ipsius etiam naturæ leges duæ subuerterentur, quarum vna est Non posse dominium transferri ab eo qui non sit amplius in rerum natura. Altera nemini siue inuito siue ignoranti aufferendum esse dominium quod habeat ex iusta causa acquisitum. Illud verò minus ad rem facit quod obiiciunt Ercifcundi verba præstationi seu executioni adiecta non facere actum condicionalem ex l. ex his verbis 5. C. quand. dies lega. ced. Non enim ex eo inferre possis donationem traditione factam quidem sed collato dominio post mortem donatoris censendam esse donationem inter viuos, Nisi ante omnia probes Posse quem per conuentionem inter viuos conferre translationem dominii rerum suarum in id tempus quo erit iam mortuus. Quod certè nunquam probabis aut si quas tam noui iuris rationes hucusque incognitas & inauditas adferes assequeris eodem labore vt frustra & inutiliter lata sit lex 12. tab. totque aliæ leges deinde secutæ ad inducendum aut confirmandum ius testamentorum cæterarumque vltimarum voluntatum. Denique cùm donatio fit per traditionem nulla superest præstatio, aut executio quæ post mortem collata videatur nisi translatio dominii quæ tota iuris est non facti quam proinde necesse est fieri vel ex potestate præcedentis traditionis quod ostendimus dici non posse, vel nullomodo, cùm potestate iuris fieri nequeat vt probauimus, si donatio sit inter viuos non causa mortis. Propriumque est donationum quæ per stipulationem fiunt quia nihil habent nisi verba vt ex iis præstatio in aliud tēpus conferri possit, quoniam aliud est promittere aliud præstare. At non aliud est tradere aliud præstare cùm nihil amplius præstandum & faciendum habeat qui iam tradidit, licet distulerit dominij translationem.

ERROR QVARTVS.

De distinctione quam adhibent Interpretes, An donator causa mortis decesserit cum herede an sine herede.

DONATIONVM causa mortis eam esse naturam & condicionem vt ad nutum & arbitrium donatoris possint reuocari consentiunt interpretes, & ex iis quæ hucusque diximus satis constat. Sed tamen addunt plerique ex interpretibus licet non omnes exceptionem vnam nisi donator inquiunt, sine herede decesserit. Sic enim Angel. Imol. Aret. & Alex. ad l. qui Romæ. §. Flauius 11. 10. de verb. oblig. Soci. in l. non omnes 19 D. si cert. petat. Marsil. singul. 63. Ex l.1. D. qui sine manumiss. ad libert. peruen. vbi Paulus scribit, si seruus venditus sit vt intra certum tēpus manumittatur, etiāsi sine herede decessisset tā emptor quàm

venditor, seruo libertatem competere, & ita Diuum Marcum rescripsisse. Sed si mutauerit voluntatem is qui vendidit, nihilominus competere libertatem. Huiúsque sententiæ ratio illa videtur afferri posse, quòd cùm donator causa mortis donationem reuocat non alia ratione id facere videatur, quàm vt prospiciat suo heredi quasi nunc malit heredem habere id quod donatum est quàm donatarium, cùm antea mallet donatarium habere quàm heredem. Nullo igitur herede existente quasi cessante causa reuocandæ donationis ipsam quoque reuocationem consequens videtur nullius momenti esse oportere. At ij qui contrariam sententiam magis probant, contenti sunt dicere Paulum in d.l.1. non loqui de donatione causa mortis, sed de libertate cuius fauore nemo nescit multa esse contra iuris rigorem constituta l. generaliter 24. §. si quis seruo D. de fideicom. libert. §. vltim. Instit. de donat. quæ proinde ad consequentias trahi non debent. l. quod contra 141. de reg. iur. l. quod vero 14. D. de legib. Denique sufficere, vt nullo iuris loco ita constitutum reperiatur. Addit Iason ad d. §. Flauius in fin. esse quodammodo impossibile vt quis decedat sine herede, cùm fiscus, inquit, saltem sit heres nullo alio herede existente Per gloss. in l. ex facto 17. §. vltim. D. ad SC. Trebellian. Sed valde imperitè. Non enim nouum est in libris nostris vt sine herede quis decedat, adeoque sine successore, vt in specie d. l. 1. l. Stichum aut Pamphilum 95. in fine princip. D. de solut. l. 1. §. Diuus Pius D. de iur. fisc. Nec rursus semper fiscus succedit, etiamsi alius successor nullus sit, sed ita demum si bona sint soluendo, & aliquam vtilitatem fisco adferre possint d. l. 1. §. an bona De iur. fisc. tùm verò cùm succedit fiscus non idcirco aut heres fit aut heredis loco, siquidem occupat bona non tanquam hereditaria sed tanquam vacantia. Desinunt enim esse hereditaria statim atque certum esse incipit nullum fore successorem fiúntque bona vacantia vt alibi scripsimus ex l. vltim. D. de successs. edict. Sanè ratio illa vulgaris qua mouentur ij qui nolunt donationis reuocationem hoc casu non valere, quod nimirum nemo sit qui nomine donantis eam reuocationem obiicere donatario possit, facilè potest eludi si ponas rem donatam reperiri penes tertium quantumlibet iniustum possessorem. Hoc ipso enim quod erit ille possessor, vtique plus iuris habebit quàm donatarius qui aget ex reuocata donatione, nec quicquam prohibet quominus perinde possit obiicere donationis reuocationem ac si esset ipse heres donatoris, cùm ea exceptio quamuis sit de iure tertij, tamen exclusiua sit iuris agentis vt nostri loquuntur post Bartol. ad l. 2. D. de except. rei iudic. ex l. loci 4. § competit. D. si seruit. vindic. l. 2. D. vti possid. l. vltim. D. de acquir. poss. l. vltim. C. de rei vindicat. Et ob id nimirum Alexander hanc sententiam Angeli putat ita procedere si mortis causa donatio facta sit per traditionem, vt non egeat donatarius actione ad rem habendam (nullam enim actionem habere posset ex donatione reuocata) sed tantùm retentione. Nec malè quamuis idem Iason supradicto loco, vt subtilem agat impugnet hanc distinctionem, ratione illa, quòd donatio causa mortis non tantùm per traditionem fieri possit sed etiam per stipulationem ex l. mortis causa donatio 34. & l. seq. § vltim. D. de mort. caus. donat. adeóque, inquit ille, per pactum nudum ex l. si quis argentum C. de donat. Prorsus insubtiliter. Etsi enim valet donatio facta per stipulationem vt ex ea possit

[illegible] daris

dari actio (non etiam ex pacto nudo donationis causa mortis vt suo loco à nobis disputatum est) quis tamen admittat aliquam dari actionem ex ea stipulatione quæ non aliam causam habuerit quàm donationem, cùm donatio fuit reuocata? Aut quomodo poterit donatarius hic effectum donationis percipere sine actione? Denique contra quem aget ex huiusmodi stipulatione mortuo donatore sine herede aliove successore? An fortè dabimus ei actionem in personam tertij possessoris ex stipulatione interposita cum donatore, cui possessor hic neque heres extiterit, neque alio iure successerit? Itaque vt hinc nos quid sentiamus dicere inchoemus, Cùm donationum causa mortis summa diuisio illa sit vt aliæ per traditionem fiant aliæ per stipulationem, si proponas tractari de donatione quæ facta sit per stipulationem, non puto posse dubitari quin planè inutilis fiat si reuocetur per donantem tametsi postea decesserit ille sine herede: quia etiamsi reuocatio non valeret, inefficax tamen esset donatio & ex donatione competens actio deficiente persona contra quam posset exerceri. Nam ex hac causa non tantùm actio intercidit sed ipsa etiam obligatio, quæ non potest sanè subsistere si persona nulla sit quæ maneat obligata d. l. Stichum §. 1. in fin. de solut. l. 1. §. idem Pomponius D. deposit. l. postquam 5. in principio. D. vt legat. seu fideicom. nom. caueat. sicut & cùm persona deficit cui alius sit obligatus vt in l. 1. C. de oblig. & action. Ipsam tamen reuocationem valere iam inde ab initio certum est, & priusquàm donator moriatur, in cuius arbitrio fuit mutare voluntatem, quique si rem donatam tradidisset etiam condictionem ex pœnitentia vel vtilem in rem actionem habuisset l. qui mortis 30. D. de mortis caus. donat. Cur ergo dicamus reuocationis quæ ab initio valuit, effectum impediri ob id solùm debere, quod qui reuocauit decesserit sine successore? Nam quod supra obiecimus pro Angelo reuocationem donationis non videri factam nisi fauore heredis futuri, qui proinde si nullus postea sit, nulla quoque videri debeat facta reuocatio, facilem habet responsionem, scilicet donatorem cùm reuocat donationem causa mortis non tam id agere vt suo heredi prosit quàm vt noceat donatario, quamuis per consequentias profutura sit ea reuocatio heredi si quis erit. Non autem tam quod per consequentias euenit, quàm quod principaliter agitur, inspiciendum est l. 1. l. quod dicimus 7. D. de autor. tutor. Proinde quamuis nullus heres sit cuius fauori & commodo possit cedere reuocatio, non eo minùs tamen verum est reuocatam esse donationem ab eo qui reuocandi ius habuit, & eo tempore quo non erat quærendum an heres aliquis esset qui nec poterat vllus esse hominis viuentis: Cùmque semel extincta sit donatio ex voluntate donatoris, nouo aliquo facto & argumento opus est vt voluntas quæ defecerat, recenti indicio rediisse intelligatur vt loquitur Papinian. in l. qui ex liberis 11. §. vltim. D. de bonor. possess. secund. tabul. Quod tamen iudicium recens nemo dixerit sumi posse ex eo solo quod postea contingat nullo herede relicto mori donatorem: cùm id non eueniat nisi post mortem & contra votum nedum præter opinionem donatoris. At si donatio causa mortis non per stipulationem facta sit sed per traditionem, subdistinguẽdum est an traditio sic facta fuerit vt dominiũ in donatariũ statim transferretur, an ita vt dominij translatio post donatoris

mortem conferretur. Priore casu reuocatio donationis per donatorem facta licèt non reuocet traditionem, tamen reuocat dominij translationem, quæ cùm iuris tantùm sit non etiam facti, facilè reuocari potest ex nuda voluntate illius cui ius est reuocandi, ex eóque tempore fatendum est rem donatam incipere esse penes donatarium sine causa, ob idque non tantùm condictione teneri eum sed vtili quoque vindicatione dict. l. qui mortis: sed quia reuocatione traditionis quoque opus est quæ facti est, vt donatio in totum reuocata dici possit, & eo ipso modo ac iure quo fuerat inita, euenit necessario vt inutilis & inefficax maneat illa reuocatio si donatarius aliquo casu non amiserit possessionem rei donatæ, nullúsque sit heres donatoris, Non quòd eo minùs valeat reuocatio quia nullus heres sit, sed quia non est persona quæ donatario quantumuis iniustè nullóque iure rem habenti controuersiam facere possit, quàm etsi quis facere vellet nullo & ipse iure fretus, adhuc tamen vincere donatarius deberet non tanquam donatarius, sed tanquam possessor alius quilibet. Itaque nullus hoc casu quæstioni locus relinquitur An valeat reuocatio necne, quia sicuti certum ius est valere reuocationem. Ita in facto exploratum est neminem esse cui prosit ea reuocatio quique ius per eam quæsitum aduersus donatarium exequi possit. Sed si aliquo casu donatarius amisisset possessionem eámque postea non interdicto aliquo recuperare vellet sed legitima actione siue ciuili siue prætoria iure dominij vel quasi dominij (nam interdicto non de dominio sed de possessione tantùm quæri oporteret) tum verò appareret valuisse reuocationem nec ob id minùs vtilem esse quod decesserit donator sine herede, quia succumberet proculdubio donatarius qui tamen vincere deberet, si reuocatio non valeret ob id quod heres nullus esset. Si verò dominij translatio post donatoris mortem collata proponatur, etsi hoc quoque casu idem est, quod in superiore vt donationis reuocatio valeat quamuis nullus sit heres donatoris, immo tanto magis, quanto facilius est vt dominij translatio nondum facta impediatur, quàm vt facta reuocetur, nec eo minùs tamen extraneum quemlibet nullo iure agentem vincere debeat donatarius, quem traditio sola perinde fecerit possessorem acsi dominij quoque translatio facta esset quippe quæ nihil commune habet cum causa possessionis. Attamen in eo differt hic casus à præcedente quod etiamsi non esset reuocata donatio nouam adhuc admittit dubitationem quam superior casus non admitteret. An defuncto donatore sine herede valere donatio deberet. Nam ex vna parte, quod donatoris nullus heres est, videtur suadere vt tanto magis valeat donatio quæ sic facta fuit vt dominium non nisi mortuo donatore transferretur, quandoquidem vt proximo capite disputabamus, ea potissimum ratio impedit ne donatio inter viuos sic fieri possit vt dominij translatio post mortem conferatur, quòd dominium statim post mortem donatoris heredi per legem acquisitum ignoranti ei vel inuito non sit auferendum, quæ ratio locum non habet si donator decedat sine herede. Etsi autem nunc agimus de donatione causa mortis quam constat sic fieri posse vt dominium ex ea post mortem duntaxat donatoris transferatur propter concurrentem legis potestatem postquàm inductum est, vt donationes causa mortis ad instar legatorum capiantur, potest tamen eadem ratio mouere in

ea quæ-

ea quæstione quam paullo ante tractabamus De donatione simpliciter facta post mortem an censeri debeat inter viuos an causa mortis Vt scilicet mortuo donatore sine successore saltem hoc casu admittere debeamus in dubio censendam donationem inter viuos, etiam quæ per traditionem facta sit, quod tamen nos negauimus iam, & iterum negamus. Non enim sola ea ratio me coegit vt negarem esse donationem inter viuos, quod alioqui fieri non posset citra iniuriam heredis vt discederet dominium ab eo vel inuito vel ignorante, sed illa præcipuè quod sine potestate legis, quæ tamen in donationibus inter viuos non se interponit, nequeat dominium discedere à mortuo qui iam nullus est & in donatarium transire: quæ ratio perinde locum habet siue donatoris heres aliquis sit, siue nullus. At videamus ne ex alia parte potiùs defendi possit, cùm donator sine herede decessit, donationem etiam quæ simpliciter facta sit & collata post mortem nullomodo valere, ne quidem iure donationis causa mortis. Quia licet donatio, quæ comitem habuit traditionem nullo heredis facto indigeat, nec proinde vlla heredis persona ad inducendam dominij translationem, quandoquidem lex quæ ipsa dominium transfert ad instar legati factum hominis non requirit: personam tamen aliquam esse necesse est siue veram siue fictam cui lex auferat dominium, quod donatario vel legatario tribuere velit, & cuius factum lex repræsentet, vt apertissimè cernimus euenire in legatis. Legatum enim etsi non per mediam heredis personam sed recta via transit in legatarium, ideo tamen transit, quia si non esset legatarij esset heredis, & antequàm esset heredis, esset hereditatis, vt apparet ex ea legati definitione quam ponit Florentinus in l. legatum 116. de legat. 1. vbi ait legatum esse delibationem hereditatis qua testator ex eo quod vniuersum heredis foret alicui collatum quid velit. Vnde est quod dicimus legata omnia relinqui ab herede tū etiam cùm ab herede non sunt præstanda, puta cùm per vindicationē relicta sunt quo casu potest legatarius ea occupare propria autoritate, ob idque heredi qui solus sit legari nihil posse, quoniam nemini à semetipso legari potest l. & quidē totum 18. de leg. 1. & d. l. legatum 116. §. 1. eod. Et sanè prius est vt quis habeat hereditatem aliquā adeoque testamentariam quàm vt possit legatū vllum relinquere, ita vt etiamsi testamentum vtiliter fecerit, si tamen ex eo non sit adita hereditas sed à legitimis heredibus venientibus ab intestato acquisita, non debeantur legata, quia nimirum hereditas testamentaria hoc casu nulla sit, quamuis sit legitima l. si nemo 9. D. de testam. tutel. l. ea quam 14. C. de fideicom. Quanto minus igitur legatum vllum esse posset si nulla esset hereditas? Atqui nulla est hereditas statim atque deficit omnino spes habendi heredis, cùm hereditatis fictio non sit inducta per legem nisi vt possit facere heredem & facere heredis res singulas hereditarias l. legatum 80. De legat. 2. l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid. & quemadmodum patrimonium quod fuit viuentis patrisfamilias, eo mortuo fit hereditas si heres aliquis siue testamentarius siue legitimus speretur, Ita quæ fuit aliquando hereditas propter spem habendi heredis, deficiente illa spe desinit esse hereditas & conuertitur in bona vacantia vt supra dicebamus ex l. vltim. D. de success. edict. l. 1. § an bona D. de iur. fisc. l. si heredum 10. C. de inoffic. testam. Cùmque lex sola illa sit cuius potestate dominia rerum legatarum

transferri possint, non vult lex transferre in legatarios dominia quæ alioqui nullius futura essent, & ob id tanquam vacantia ad fiscum pertinerent, sed ea tantùm quæ si non acquirerentur legatario futura essent heredis, cui vtique nocere testator & voluit & potuit, non etiam fisco qui bona vacantia omnia non à testatore habet sed à lege. Quod autem in legatis dicimus idem obtinet in donationibus causa mortis quæ scilicet ad exemplum & instar legatorum capiuntur. Nisi quod ab intestato legata nulla valere possint, donationes verò causa mortis possunt l. tam is 25. in princ. D. de mort. caus. donat. vt sequenti capite latiùs dicemus. Cæterum licet aliquem testamentarium hæredem esse non necesse sit vt valeant donationes causa mortis, aliquem tamen heredem esse necesse est, vel ob id maximè quòd quisquis donat causa mortis non aliam donandi causam habet quàm quòd malit donatarium habere quàm heredem suum l. 2. l. senatus. 35. §. 1. D. eod. quæ tamen ratio ad eum donatorem accommodari nullomodo potest, qui moriatur sine herede, sitque hoc casu ridicula & illusoria donatio causa mortis nimirum ab eo facta qui maluit quandiu vixit habere rem quàm donatarium. Ipsum verò donatarium noluit habere nisi magis quàm heredem suum, qui tamen nullus foret. Itaque perinde est ac si diceret donator malle se vt donatarius rem haberet quàm vt nemo, quod esset stultum. Quid enim donasse videretur qui donasset id quod nec ipse nec alius vllus haberet, aut habere posset? Quinimo perinde esset ac si diceret donator se malle donatarium eam rem habere quàm fiscum ad quem scit aut scire debet peruentura bona sua omnia post mortem suam si erunt vacantia. Hoc verò esset stultius, quia nō debet donator sperare futurum vt suam voluntatem quæ legis auxilio indigeat lex adiutura sit contra fiscum, cuius solius damno cessura esset ea donatio si valeret. Ex his verò intelligimus, quàm improbabilis sit supradicta decisio Angeli quæ tamen à Iasone supradicto loco sollennis appellatur vt donatio causa mortis etiam quæ per donatoris pœnitentiam reuocata sit nihilominus valeat cùm donator decessit sine herede. Tantum enim abest vt ob id magis valere debeat donatio, quòd nullus heres sit donatoris qui donationem expressim reuocauit: vt è contrario vel ob hanc ipsam causam inutilis fiat donatio etiam quæ non fuerit reuocata. Neque Angeli tantùm hic error est & eorum omnium qui opinionem eius sequuntur, sed cæterorum quoque interpretum qui contra Angelum sentiunt. Omnes enim supponunt pro vero quod nos falsissimum esse probauimus, Valituram donationem causa mortis ab eo factam qui heredem nullum reliquisset, si reuocata non fuisset. Ad quid enim quærerent An valeret donatio reuocata eo casu quo nec valere posset etiamsi reuocata non esset.

ERROR QVINTVS.

Si donatoris causa mortis hereditas nulla vel non Adita sit Ad §. 1. l. tam is 25. D. de don. & ad l. 1. D. qui sine man. ad libert. peruen.

INTERPRETES nostros fefellit quod pro vero habuerunt teste Iulio Claro in §. donatio quæst. 5. n. 2. donationem causa mortis nullam hereditatis aditionem requirere siue ex testamento siue ab intestato vt Iason disputat ad d. §. Flauius num 29. vbi in hanc sententiam ait se moueri ea potissimum ratione quòd valeat donatio causa mortis facta per filiumfamilias dummodo consentiente patre, cùm tamen

tamen filiusfamilias nullam hereditatem neque testamentariam neque legitimam habere possit extra causam peculij castrensis, inspecto scilicet iure Pandectarum. l. 2. D. de castrens. pecul. Nec animaduertit vir bonus, quod nos in præcedentibus sæpius inculcare coacti sumus, in d. §. tam is §. filiusfamilias, agi de donatione causa mortis facta ex peculio profectitio quod cùm sit patris magis quàm filij l. 3 § sed vtrum D. de minor. non tam à filio donari intelligitur cùm donat patre consentiente, quàm à patre ipso in casum mortis filij l. in ædibus 9. §. penult. D. de donat. l. si consentiente 16. D. de manumiss. l. si pater 4. D. de manum. vindict. vt proinde non sit querendũ an filiusfamilias qui patre consentiente donauit causa mortis heredem aliquem reliquerit necne, quandoquidem non filius sed pater donasse intelligitur. Potiúsque inspiciendum esset an heredem aliquem reliquisset pater cuius donatio fuit: quod tamen nec curandum quoque est, speciali valde ac singulari ratione quam nos latius suo loco enarrauimus, quia hæc mortis causa donatio quam filiusfamilias facit consentiente patre vel quod effectu idem est, pater ipse in casum mortis filij non potest dici vltima voluntas neque filij neque patris. Non filij, quia & filius ille non est qui donare intelligitur sed pater, & non potest filiusfamilias extra causam castrẽsis vel quasi castrensis peculij decedere vllo casu cum vltima voluntate: Non patris, quia licet ille sit qui donasse creditur, possitque decedere cũ vltima voluntate videtur tamen donasse in casum mortis filij, quæ res facit vt mortuo postea filiofamilias in vita patris, donatio perficiatur fiatque irreuocabilis morte filij perinde ac si in alium quẽlibet casum facta esset, ac sub alia qua libet condicione inter viuos, tametsi quandiu filius vixit potuerit illa reuocari non quidem à filio sed à patre. Quoniam donatio quælibet causa mortis sicuti sua natura reuocabilis est vsque ad mortem, ita non nisi vsque ad mortem eius cuius mortis causa facta fuit, & consequenter cùm facta est causa mortis alterius quàm ipsius donatoris quomodo fieri eam posse constat l. mortis causa filij 11. l. mortis causa capiamus 18. De mort. caus. donat. perficitur & fit irreuocabilis etiam viuo donatore, ideóque nihil prorsus iã interest an is postea heredẽ aliquẽ relinquat, an nullũ, non magis quàm si is inter viuos donasset alitérve contraxisset. Nam quod volumus irritas fieri donationes causa mortis etiã quæ ab initio valuerunt si donator decesserit absque herede ad eas tantùm donationes pertinere intelligimus quarũ effectus plenissimus collatus sit post mortem donatoris, non item ad eas quæ viuo donatore plenum effectum sortiuntur. Quare si poneres sic factã esse mortis causa donationẽ vt dominiũ in donatariũ statim transfertetur, licèt reuocabiliter, non putarem distinguendũ an donatoris aliquis heres esset an nullus, quia viuo donatore huiusmodi donationes perficiuntur, cùm vt omnino perfectæ sint nihil aliud requiratur nisi vt desinant posse reuocari, translato iam inde ab eo tẽpore quo factæ sunt dominio per traditionẽ. Atqui vt desinant posse reuocari euenit viuo adhuc donatore, quia tunc id euenit cùm moritur donator, quo instanti nihil est quod possit ille facere ex iis omnibus quæ talis facti sunt vt per alium quam per ipsum donatorem expediri non possint cuiusmodi est donationis reuocatio l. vltim. D. de condic. institut. Ergo quamuis postea contingat donatorem hunc decedere sine herede non ideo tamen irrita fieri potest donatio quæ non solùm semel valuit sed etiam perfecta effectúmque plenissimum sortita fuit. Exemplo eius quod obtinet in donationibus inter virum

& vxorem.l.1. C.de donat.int.vir, & vxor. Est enim recta istarum donationum hac in re comparatio, cùm tam hæ quàm illæ reperiantur omnino perfectæ viuo adhuc donatore. Illud nobis faciendum superest, vt respondeamus ad l.1. D.qui sine manumi ss. ad libert. perueń. quo vno loco motus est Angelus vt nouam opinionem hanc induceret, quæ negat valere donationis reuocationem defuncto donatore sine herede. Facilis autem responsio est, Negare nos donationem hanc reuocatam valere non ob id solùm quòd reuocata sit, sed etiam quia sine herede donator decesserit, quæ ratio cùm faceret eam irritam etiamsi reuocata non esset, multò magis faciet irritam accedente reuocatione. Aliáque causa est libertatis de qua in d.l.1. non propter solum fauorem libertatis, vt dicunt qui se verbo vno expedire volunt, sed quia in ea specie, id est, vendito seruo ita vt intra certum tempus manumitteretur libertas debita fuit seruo ab emptore, non ex vltima voluntate, sed ex contractu inter viuos, id est, ex causa emptionis, emptoréque mortuo ante manumissionem, cùm exinde certum esse incipiat non posse ampliùs ab eo pareri legi venditionis, seruúmque manumitti, succedit potestas constitutionis diui Marci quæ facit vt huic seruo competat libertas ipso iure etiamsi non solùm emptor, sed & venditor quoque decesserit sine herede, vt lex ait, Nempe quia potestas constitutionis repræsentat factum emptoris, vt ait l.vlt. C.si mancip.ita fuer.alien. vt manumitt. l. 2.& 3.eod.vltimo scilicet illo instanti quo emptor manumittere debuit, ac proinde vltimo instanti vel temporis quod præfixum fuerat manumissioni, si tamdiu donator vixerit, vel vitæ temporis si decesserit ante tempus præstitutum. Nam fera esset repræsentatio facti emptoris quæ fieret per legem post mortem emptoris, & eo tempore quo impossibile esset aliquid fieri ab eo qui iam esset defunctus. Lex enim cùm fingit falsa quidem fingit, sed tamen possibilia. l.confessionibus.13. D.de interrog.in iur.faciend. Tunc ergo repræsentatur factum emptoris cùm emptor ipse moritur, ideóque non eo instanti competit libertas, sed statim eo mortuo, id est, primo instanti post mortem emptoris. l.ei qui.4.l.vlt.D.qui sine manumiss.quia manumissionem præcedere necesse est priusquàm ex manumissione competat libertas Cùm autẽ in hoc casu lex repræsentet factũ ipsius emptoris tanquã viuentis, tũ quoq; cùm iam defunctus est, quis miretur cõpetere libertatem seruo, etiãsi decesserit emptor sine herede? An fortè libertas quæ cõpeteret ex manumissione si manumissio reuera præcessisset, infirmari postea vel reuocari posset ob id solùm quòd sine herede manumissor decessisset? Aut cur volumus minorem esse potestatem manumissionis factæ quæ per legem pro facta habeatur, quàm si reuera facta esset? minorẽ deniq; esse autoritatẽ legis quàm hominis manumittentis? Multò minùs autẽ ad rem pertinet si venditor quoque sine herede decesserit: quia nullo venditoris facto indiget hæc libertas vt competat seruo, quamuis indigeat perseuerantia voluntatis venditoris, qui vendendo ea lege non sibi legem dictam voluit à qua recedere non posset, sed emptori. l.3. D.de seru.export.l.1.& d.l.vlt. C.si mancip. ita fuer.alien. Atque adeò illud magis mirum est quod sequitur in d. l. 1. etiamsi venditor voluntatem mutauerit, nihilominùs competere seruo libertatem, cùm non possit competere inuito venditore ex cuius voluntate habuit emptor necessitatem manumittendi. Sed intelligendum illud est de illo casu, quo venditor mutauerit voluntatẽ defuncto iam emptore, ac proinde

inde eo tempore quo res ampliùs non sit integra, repræsentato scilicet iam per legem facto manumittentis, quia quo instanti emptor moritur, licèt ante tempus præstitutum, incipit certum esse, eum neque manumisisse, neque manumissurum esse seruum intra præfixum diem, ideóque protinus fit liber is qui manumittendus est, quique ampliùs manumitti non potest, non expectato lapsu temporis præstituti. d. l. 4. & l. vlt. D. qui sine manumiss. ad libert. peruen. & arg. l. Gallus. 29. §. videndum. D. de liber. & posthum. Hanc enim nostram interpretationem probat prima pars dictæ legis primę, quæ ponit venditorem & emptorem decessisse sine herede. Nimirum ante tempus intra quod manumissio fieri debuit, siquidem elapso tempore cùm iam libertas incepisset competere ipso iure frustra quæreretur an decessisset emptor vel venditor, vel vterque sine herede. Vtroque autem ante constitutum tempus defuncto absque herede ratio illa libertati ne competeret obstare videbatur, quod manumittendi obligatio qua defunctus emptor dum viueret tenebatur, ipsius morte sit extincta nemine superstite in quem transmitti posset, præsertim extincta etiam obligatione actiua, & actione quæ contra eum cōpetebat venditori, mortuo etiam venditore sine herede: vt nullus proinde locus relictus videretur potestati legis in repræsentando facto emptoris defuncti cuius obligatio eiusdem morte prorsus finita & perempta esset, finita etiam & perempta actione. Sed vt contrà responderi debeat pro libertate illud facit, quod potestas legis repræsentat factum hominis & emptoris non eo tempore quo emptor & venditor iam decesserint sine herede, sed eo instanti quo certum esse incipit non esse ab emptore satisfactum conuentioni, neque satisfieri ampliùs posse quod fit moriente emptore, & consequenter priusquàm sit ille mortuus, eiúsque morte finita obligatio manumittendi. At difficilior ille casus est, quo venditor mutauerit voluntatem defuncto iam emptore, intra tempus tamen quod manumittendo seruo fuerat præstitutum, cùm absurdum videatur mutandæ voluntatis facultatem quam cōuentionis tempora largiuntur ei auferri ob id solùm quòd emptor decesserit. Verùm id fit quia desinit integra res esse morte emptoris, cùm si emptor viueret posset ille etiam citra vllam conuentionem multò magis suffragante cōuentione seruū hunc manumittere & manumittendo liberū facere inuito etiam venditore: quod ipsum tamen cùm facere ampliùs non possit ex quo tēpore defunctus est, fauor libertatis tanto magis facere debet vt potestate constitutionis hoc fiat. & vt quēadmodum non posset venditor mutare voluntatem postquàm hic seruus manumissus esset, etiamsi tempora conuentionis nondum essent elapsa. l. quæsitum. 8. D. de seruis export. quia scilicet totum medium tēpus emptori liberum est ad manumittendū nisi expressim conuenerit ne ante statutū tempus manumitti possit, ita neq; possit mutare postquàm nec emptor ipse manumittere ampliùs potest. Et ita videtur mihi Paulus in d. l. 1. D. qui sine manumiss. cōciliandus cū seipso in d. l. 3. de seru. export. iunct. d. l. 1. & vlt. C. si mancip. ita fuer. alien cuius interpretationes omnes sicut à nostra discrepant ita improbabiles esse fatebitur quisquis nostrā probabit. Sicut & in eo grauiter errat Accurs. quod scribit ad d. l. 1. seruū hunc qui post certū tēpus manumitti debuit mortuo ante tēpus emptore non esse liberū nisi tempore adueniēte. Cur non enim perinde statim defuncto emptore liber erit atque cùm cōuenit vt à viuo emptore manumittatur, vt in l. 4. eod. tit. vel imper-

sonaliter vt manumittatur neque persona emptoris demonstrata neque vllo tempore adiecto, vt in l. vlt. eod. Nam & id satis actum intelligitur vt ab ipso emptore non vt ab eius herede manumissio fiat, sicut è contrario id actum intelligitur ex parte venditoris vt solus ipse venditor, non etiam ipsius heres voluntatem mutare possit d. l. 3. de seru. export. Et verò cur expectaremus finem temporis præstituti, cùm nemo sit cuius commodo possit cedere ea expectatio emptore mortuo sine herede? An fortè ob id solùm vt incommodo afficiatur libertas, & vel omnino impediatur, vel saltem differatur in longius tempus, quàm tamen certum sit omnimodo competituram? Nam & similiter dicimus non esse expectandam conditionem cuius euentus nihil operaretur. l. aliquando. 13. §. vlt. D. ad SC. Velleian. l. si quis ita. 33. D. de hered. instit. Ex his porrò intelligimus quàm improbabiliter abutatur Angelus, & quotquot eum sequuntur responso illo Pauli in d. l. 1. qui sine manum. ad libert. peruen. Volunt enim ex eo probare donationis reuocationem ab eo factam qui postea sine herede decesserit nullius esse momenti. Cùm tamen Paulus ibi loquatur de reuocatione facta rebus non ampliùs integris, & eo tempore quo iam competebat seruo libertas ipso iure ex potestate cōstitutionis perinde atque ex manumissione. Quid autē absurdius esse potest quàm argumentari à reuocatione facta inutiliter & re non integra, ad eam quæ suo tempore facta sit & omnibus integris ab eo denique qui liberam habuerit reuocandæ donationis potestatem? Sed ita scripsit Angelus secutus errorem Accursij qui legem illam intelligit de venditore mutante voluntatem ante mortem emptoris & postea decedente sine herede, quam interpretationem neque iuris ratio neque prior pars legis neque aliæ leges suprà citatæ patiuntur. Cùm enim venditor integris omnibus mutat voluntatem, proculdubio impeditur libertas serui non quæ ex emptoris facto competitura sit si emptor eum manumittere velit inuito venditore, sed quæ ex constitutionis potestate citra voluntatem quoque emptoris alioqui competitura esset non mutata venditoris voluntate d. l. 3. de seru. export. & d. l. 1. & vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. vt manumitt.

ERROR SEXTVS.

De donationibus mortis causa infirmandis rescisso per inofficiosi querelam testamento.

QVOD interpretibus nostris placere suprà diximus vt valeant donationes causa mortis etiam defuncto donatore sine herede, facit sanè vt minùs mirum videri debeat quod iidem volunt, etiam valere eo casu quo donator qui testamentum fecerat postea decesserit absque herede testamentario, non solùm si delatam sibi hereditatem testamentariam heres institutus repudiauerit, quam adire potuerat si voluisset, sed etiam quod magis est si nec volens possit heres esse ex testamento, putà quod rescissum sit per querelam inofficiosi. Sic enim illi vulgo post Bartolum ad l. etiam 11. D. de inoffic. testam. Eadem nimirum ratione ad omnes istos casus accommodata, & quam Bartolus tradit, quod mortis causa donationes non pendeant à testamento, siue quod fiant extra testamentum, siue quòd nihil vetet eas fieri etiam ab intestato, adeóque ab eo qui neque testatus neque intestatus hereditatem vllam habere possit. l. tam is 25. in princip. & §. 1. D. de mort. caus. donat. Sed quemadmodum iam osten-

ostendimus non posse valere donationes causa mortis, collatas scilicet post mortem donatoris si donator sine herede decesserit. Ita & nunc probabimus facto per donatorem testamento quod per querelam inofficiosi rescissum sit, irritas quoq. fieri mortis causa donationes quantumuis extra testamentũ factas, licet hereditas ex testamento adeatur. Etsi enim verum est donationes causa mortis non vsque adeò pendere à testamento, vt non possint fieri ab intestato, vsque adeò vt nec in testamento fieri possint secundùm ea quæ suo loco in hanc rem disputauimus. Attamen cùm is qui mortis causa donauerat fecit testamentum, donatio causa mortis sequitur omnino ius testamenti, vt si qua ratione testamentum infirmetur, ipsam quoque donationem infirmari necesse sit, Non aliter quàm de codicillis solemus dicere posse quidem fieri eos ab intestato, ita vt eo casu non rumpantur ne quidem agnatione præteriti posthumi, sed tamen si testamentum factum sit sequi ius testamenti vt rupto testamento etiam codicilli euanescant. l. ab intestato 16. D. de iur. codicill. Nam cùm donatio causa mortis ex eo potissimùm æstimetur quod donator mauult se habere quàm donatarium, donatarium verò quàm heredem suum. Vtiq. is qui & testatur & donat causa mortis, nõ de alio herede sensisse videri potest cui prælatum voluerit donatariũ, quàm de testamentario, & cõsequenter nõ habet donatarius voluntatẽ donatoris, vt præferatur heredi legitimo de quo donator nõ cogitauit. Nec dici potest donatorem qui voluit donatariũ præferri testamentario heredi, multò magis prælatum eum voluisse legitimo quem minùs dilexit. Alioqui eadẽ ratiocinatione probares legata & fideicõmissa relicta ab herede testamentario, à legitimo quoq; præstanda esse quãuis ab eo non fuerint repetita, quod tamẽ falsum est, nec minùs in fideicõmissis quàm in legatis, quamuis fideicõmissa ab intestato quoq. relinqui possint non etiam legata. l. Titia 13. D. de inoff. testam. l. penult. §. vlt. de lega. 2. l. generaliter. 24. §. ex testamento. D. de fideic. libert. l. 1. C. eod. Cùmq; donationes causa mortis passim dicantur capi ad instar legatorum. l. Marcellus 15. l. etsi debitor. 17. l. illud. 37. D. de mort. caus. donat. l. vlt. C. eod. tanto apertiùs fit vt infirmato testamento infirmari etiam debeant mortis causa donationes, quoniã & legata infirmarẽtur, adeò vt nec ab intestato repeti possent. Quanquam non nego minùs rectam esse hac parte legatorum & donationum causa mortis æquiparationem si quis ea in vniuersum abuti velit, quandoquidem ab intestato relinqui legata non possent neque ab intestato repeti, quod vtrumque tamen in mortis causa donationibus non similiter diceretur, quæ sicut ab intestato fieri possunt, ita & quæ à testatore factæ sunt ab intestato quoque repeti, non quidem ita vt legitimi heredes rogentur eas præstare (esset enim hæc non tam repetitio donationum, quàm earum conuersio in fideicommissum) sed ita vt dicat donator se malle vt donatarius rem habeat, quàm vt heres quisquis ille erit siue testamentarius, siue legitimus. Quòd si dictum non sit, eadem certè ratio quæ facit vt fideicommissa quæ à testamentariis heredibus relicta sunt à legitimis non debeantur, quamuis ab his æquè ac ab illis relinqui potuerint, facere etiam debet vt donationes causa mortis quæ ab intestato relinqui potuerant infirmato tamen testamento ipsæ etiam infirmentur quòd testator de legitimis heredibus siue onerandis, siue lædendis cogitasse dici non possit, quamuis eos minùs dilexerit quàm testamentarios, quos tamen aut læsos voluit,

aut oneratos. Nam ficuti legatum, itemq; fideicommiſſum delibatio hereditatis eſt qua teſtator ex eo quod vniuerſum teſtamentarij heredis foret alicui quid collatum velit l legatum 116. de legat. 1. ita & mortis cauſa donatio, quæ ita fit vt poſt mortẽ donatoris de bonis ipſius aufferatur id quod ſi donatum nõ eſſet heredi acquireretur cum reliqua vniuerſitate bonorum l. Seia 42 § vlt. D. de mort. cauſ donat. De hac enim mortis cauſa donatione ſententiam noſtram intelligi volumus non de illa, quæ ſic fiat vt dominium reuocabiliter quidem, ſed tamen ſtatim transferatur. Si quidem quæ hoc modo poſteriore fit adeò perficitur & fit irreuocabilis viuo adhuc donatore vt poſt ipſius mortem nihil agendum ſuperſit, propter quod quæri oporteat vtrum deceſſerit ille ſine herede an cum herede, nec rurſum, quod conſequens eſt, an heredem teſtamentarium reliquerit an legitimum: quia vt præcedenti capite dicebamus quod vnum deerat huic donationi ne ab initio perfecta omnino dici poſſet non ſecus ac ſi inter viuos facta fuiſſet, nempe vt reuocari nunquam poſſet, hoc ei accidit viuo adhuc donatore hoc eſt eo inſtanti quo ipſe moritur, non quo iam mortuus ſit. Et hanc vtramque noſtræ diſtinctionis partem mirificè probat quod Modeſtinus ſcribit in d. l. etiam 11 De inoff. teſtam. etiamſi querela inofficioſi teſtamenti obtinuerit, non ideo tamen infirmari donationes quas viuus teſtator victori perfeciſſe proponitur, neque in dotem datorum partem poſſe vindicari. Non enim apertiùs potuit Modeſtinus ſignificare, cæteras igitur donationes infirmari quas viuus teſtator fecerit quidem, at ita vt non perfecerit. Quænam verò donationes illæ eſſe poſſunt quas viuus donator non perfecerit, niſi eæ demum quæ mortis cauſa non inter viuos factæ ſint, & quæ tamen ita mortis cauſa, vt poſt donatoris mortem ſuperſit aliquid faciendum propter quod non poſſit teſtator dici eas viuus perfeciſſe? Hæ igitur infirmato per querelam inofficioſi teſtamento infirmantur. Non quaſi in teſtamento factæ videantur quæ nec fieri poſſent etiamſi teſtator voluiſſet, (alioqui eadem ratio fuiſſet conſtituenda in dotem datorum, & donationum inter viuos quæ donationum cauſa mortis, quam tamen apertiſſimè diuerſam facit Modeſtinus) ſed quia eæ donationes quæ ſic factæ ſunt à teſtatore, vt non fuerint eo viuo omnino perfectæ non poſſunt perfici poſt ipſius mortem quin lædatur ius heredis ſiue in totum ſi ſolus heres ſit, ſiue pro qua parte heres eſt ſi habeat coheredem. Lædi porrò ius heredis legitimi non poteſt cùm teſtator de ſolo teſtamentario herede lædendo cogitauit; quinimò nec ſi de legitimo herede lædendo cogitauerit, qui teſtamentum ruperit per querelam quia nec fideicommiſſa quæ omnium fauorabiliſſima & nuda voluntate contenta ſunt, ab inteſtato repetere poteſt is cuius tanquam dementis & inſani indicia reſcinduntur d. l. Titia 13. in fin. De inoff. teſt. l. cùm mater 28 eod. Mirum igitur non eſt infirmato per querelam teſtamento donationes quoque cauſa mortis infirmari ſi modo perfectæ non fuerint viuo donatore, Infirmari verò non poſſe cæteras quas teſtator viuus perfeciſſe proponatur id eſt inter viuos & antè mortem inſecutam. Sic enim dictionem illam *viuus* interpretor, non vt reſtringam Modeſtini ſententiam ad donationes inter viuos, ſed vt ad eas, quæ licet mortis cauſa factæ, inter viuos tamen perficiuntur, id eſt viuo adhuc vtroque tam donatario, quàm donatore, ad excludendas cæteras

quæ

quæ si post mortem collatæ sint perficiuntur inter donatarium viuum & donatorem defunctum interponēte se legis potestate, vt & in legatis. Nam hæ mortis causa donationes solæ sunt quas toties supra diximus capi ad instar & exemplum legatorum: non etiam illæ quæ viuo donatore in plenum perficiuntur, id est ex quibus dominium statim transfertur non expectata donatoris morte, & quæ per mortem donatoris fiunt irreuocabiles. Cum hac verò Modestini sententia valde conuenit quod Hermogenianus scribit in l. sed sub condicione 18. §. 1. D. de bonor. poss. contr. tabul. ei qui contra tabulas bonorum possessionem accepit non solùm legati & fideicommissi exactionem, sed etiam mortis causa donationis retentionem denegari. Eius scilicet donationis quæ viuo donatore in plenum perfecta non fuerit, sed quæ per traditionem quidem facta sit, verùm ita vt dominii translatio collata fuerit post mortem. Sicut enim ex eo quòd lex illa loquitur de retentione non de actione deneganda, intelligimus ponendum esse factam traditionem, alioqui actione indigeret donatarius non retentione, Ita ex comparatione quæ ibidem fit huius donationis cum legato & fideicommisso colligere licet non ad alias donationes eam sententiam pertinere quàm ad eas quæ ad instar legatorum capiantur id est ex quibus dominium non nisi post donatoris mortem transferatur licet traditio facta sit à viuo donatore. De quibus etiam intelligi debent cæteri omnes iuris loci qui de legatis & fideicommissis & mortis causa donationibus promiscuè loquuntur vt l. si verò 8. §. sed etsi mortis De bon. libert. vbi Vlpianus cùm in §. præcedente scripsisset remoueri patronum à bonorum possessione cōtra tabulas si quid sibi fuisse relictum agnouerit, subiungit, sed etsi mortis causa donationem agnouerit dicendum esse repelli eum à contra tabulas bonorum possessione, sic tamē, inquit, si post mortem liberti agnouerit non viuo liberto, quod facilè potest euenire in donatione causa mortis, quam libertus contulerit in filium patroni, fortasse ignorantis. Cæterùm, inquit Vlpianus, si patrono ipsi libertus viuus donauit & ille accepit, non erit repulsus à contra tabulas bonorum possessione, quia potest dicere sperasse se quod in testamēto quoque gratus circa eum foret permittique ei debet vel ab iis discedere, vel ea compensare in portionem pro rata. Quanquam in ea specie potest defendi non esse distinguendum qualis fuerit mortis causa donatio, an talis quæ in plenum perfecta sit viuo donatore an cuius effectus collatus sit post mortem donatoris, siquidem tùm quoque cùm ita fit vt dominium statim ex ea transferatur quia tamen non fit irreuocabilis nisi moriente demum donatore, quo tempore inspecto ineunda est ratio bonorum quoties de legitimæ portionis quantitate disputatur l. cùm quæritur 6. C. de inoff. testam. videtur facta contemplatione debitæ portionis, quod sufficit vt vel quasi mortis causa donatio imputetur in portionem debitam, vel quasi agnita repellat patronum à contra tabulas bonorum possessione vt idem Vlp. aut in l. 3. §. sed etsi non mortis eod. tit. De bon. libert. Qua etiam ratione fatemur non illibenter donationem quamlibet causa mortis indistinctè imputandam esse in legitimam portionem tametsi proponatur perfecta viuo donatore propter translatum per eam dominium ex die traditionis, quia hoc ipso quod mortis causa donatio est computari debet in bonis quæ moriens testator habuit, cùm eo solo instanti mortis cœperit facta esse irreuo-

cabilis aut si subtilius contendere voles iam tum fuisse donationem extra bona defuncti quod summo iure fatendum est arg.l.sequens quæstio.67.de legat.2.illud saltem concedere te oportebit, videri factam donationem cõtemplatione legitimæ portionis ob adiectam mortis mentionem quod diuersum esset in donatione facta inter viuos si nihil præterea de legitima portione dictum esset l.si non mortis 21.D.de inoff.testam.Sed alia quæstio est de qua nunc tractamus An rescisso per inofficiosi querelam téstamento infirmanda sit nec ne donatio causa mortis: in qua quæstione distinctio illa necessariò adhibenda est, an plenissimum effectum habuerit viuo donatore, an non habuerit quia difficilius est vt dominium pleno iure quæsitum donatario in vita donatoris ei auferatur ex causa quæ inopinata emerserit post mortem donatoris quàm vt quod ei sic donatum est, summoueat eum à querela vel à bonorum possessione contra tabulas, vel in portionem ei debitam computetur.

ERROR SEPTIMVS.

De Bartoli distinctionibus circa donationes causa mortis in quæstione l.etiam 11. D.de inoff.testam.& l.5.§ qui mortis D.de his quæ vt indign.

PLANE quam distinctionẽ adfert Bartolus ad l.5.§ qui mortis D.de his quæ vt indign. inter querelam inofficiosi testamenti & bonorum possessionem contra tabulas, ego probabilem non puto. Ait enim in querela inofficiosi testamenti itẽque in accusatione falsi quæri de iure testamenti non de iure patris aut filij.patroni vel liberti, At in bonorum possessione contra tabulas de iure patris vel filij.patroni vel liberti, non de iure testamenti, ex l.filio.15.§.1. D. de inoff. testa. Indéque infert eum qui egit de inofficioso, nec obtinuit ea tantùm perdere debere, quæ pendent ex testamento: Eum verò qui petiit contra tabulas, illa etiam omnia quæ aliunde quàm ex testamento Eadem enim ratione posset Bartolus inferre, eum qui bonorum possessionem cõtra tabulas petiisset, amittere etiam debere donationes inter viuos, aut quas viuus testator ei perfecisse proponeretur, quod tamen nõ solũ nullo iuris loco scriptũ reperias, sed pugnat etiam disertè cum d. l. sed sub condicione 18.§.1.de bon.pos.contr.tabul. vbi nõ erat cur de donationibus causa mortis Hermogenianus loqueretur, si in donationib. inter viuos idẽ quoque respondendũ existimasset. Et quod scriptũ est in d.l.filio.§ 1. in querela inofficiosi quæri de iure testamẽti non de iure actoris, non eò pertinet quasi per bonorum possessionem contra tabulas magis minúsve rumpatur testamentum quàm per querelam inofficiosi, nec rursus vt deterior esse debeat condicio eius qui petiit contra tabulas quàm eius qui cõquestus est de inofficioso. Sed vt sententia quæ fertur in querela inofficiosi testamentum ipsum afficiat, & illud inofficiosum vel esse vel non esse pronunciet, Ea verò quæ ferenda est petita bonorum possessione contra tabulas in personam concipienda sit, id est de iure petentis, an nimirũ sit ex eorũ numero quibus illa bonorũ possessio cõpetit, nõ de iure testamẽti: vnde fit vt sentẽtia de patre prætento inter ipsũ & scriptũ heredẽ: sentẽtia verò cõtra testamentum inofficiosum inter omnes ius faciat, quemadmodũ ad eũ locũ Baro interpretatur, quia bonorum possessio contra tabulas datur fauore personæ

cui

cui datur si talis sit quæ ad illud beneficium admitti debeat: querela verò inofficiosi odio testamenti etiamsi nullum ius succedendi habeat is qui querelam proponit l. 1. l. posthumus. 6. §. si quis ex his. D. eod. Cæterùm bonorum possessio contra tabulas datur in ipsas tabulas & contra lignū non adita quoque hereditate l. quod vulgo. 19. D. de contr. tabul. In eóque errat Baro qui tractans de bonorum possessione contra tabulas loquitur de sententia reddita inter patrem præteritum & scriptum heredem quasi detur ea bonorū possessio à prætore per sententiam & contra heredem, quod vtrumque falsum est. Datur enim de plano contra lignum & sine causæ cognitione. Idcóque facilè fit vt reperiatur sine re, vt in d. l. filio. §. 1. Querela verò inofficiosi in personam heredis datur à quo aditam esse oportet hereditatem, priusquam querelæ locus sit, aut esse possit. l. Papinianus. 8. §. si conditioni. D. de inoff. testam. l. si quis filium. 34. in fin. C. eod. requiritque plenissimam causæ cognitionem in iudicio centumuirali & sententiam quæ testamentū infirmet. l. si pats. 10. D. eod. Vt proinde nulla ratio sit cur plura debeat amittere qui bonorum possessionem contra tabulas petiit, quam qui de inofficioso testamento conquestus est, cùm è contrario sit longè odiosior is qui agit de inofficioso tanquam qui grauiorem iniuriam faciat defuncto cuius rescindit iudicia tanquam dementis & insani. l. 2. & 3. d l. Titia. 13. in fin. D. eod. & consequenter tanto dignior cui auferatur quicquid habet voluntate defuncti. Denique non alia ratione credendum est ei qui bonorum possessionem contra tabulas petit denegandam retentionem donationis causa mortis quàm quia pendet ex tabul. vt & alia quælibet species vltimæ volūtatis: siquidem facto testam. fieri nequit vt moriatur testator cū vltima voluntate ab intestato, ne alioqui inducamus vt idē pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse intelligatur. Et ideo rescisso testam. necesse est rescindi & infirmari quamlibet eiusdem testatoris vltimam voluntatem, quasi testamentariam, ac proinde mortis quoque causa donationes non minùs quàm legata vel fideicommissa, quorum illa quidem non nisi in testamento relinqui possunt, hęc verò etiam extra testamentū: Nisi fortè quis eò absurdi se deduci patiatur vt eandem mortis causa donationem quæ nullo facto testamento censenda esset iure vltimæ voluntatis, facto testamento velit eo minùs censeri eo iure vltimæ voluntatis, habendámque pro contractu inter viuos. Quod sanè ridiculum esset, quia non potest donatio causa mortis aliam & aliam habere naturam in casum testati & in casum intestati, nisi quòd facto testamento vltima est voluntas testamentaria, nullo autem facto est vltima voluntas ab intestato. Porrò quo casu testamentaria voluntas vltima est, hoc ipso quod testamentum infirmatur, ipsam quoque donationem causa mortis infirmari consequens est, quæ vtiquè non infirmaretur si esset donatio inter viuos. Qua ratione videntur moti prudentes iam olim vt in legis Papiæ interpretatione dicerent legati appellatione etiam mortis causa donationem, sicut & fideicommissum contineri. l. & fideicommissum. 87. de leg. 3. vt nimirum moriente donatario causa mortis ante apertas tabulas perinde donatio causa mortis fieret caduca, & fisco acquireretur, atque legatum quamuis non esset in tabulis relicta. Sic enim fuisse ius vetus apparet ex eo quod ipse Iustinianus cùm hanc legem Papiam de caducis sustulit, donationum quoque mortis causa factarum meminit; non minùs quàm legatorum & fideicommissorum. l. vnic. §. sin autem

aliquid in fin. & §. hæc autem omnia. C. de caduc. toll. Quonam verò colore donationes causa mortis factæ extra testamentum poterant fieri caducæ ob mortuum donatarium ante apertas tabulas, si non penderent ex testamento? In eóque miror sanè tam improbabiliter hallucinatum esse Bartolum post Accursium, & post Bartolum cæteros vt putauerint eandem hac in re rationem esse donationis causa mortis & inter viuos, quasi illa non magis quàm hæc pendeat ex testamento. Viderunt nimirum vtramque fieri extra testamentum, licèt in eo quoque errent quòd putant vtramque fieri posse in testamento, & non cogitarunt differentiam illam quam tamen nec ipsi ignorarunt, quòd donatio inter viuos nunquam est vltima voluntas. Donatio autem causa mortis non solùm vltimæ voluntatis species est, sed etiam quod in quæstione nostra præcipui momenti est species vltimæ voluntatis testamentariç quoties factũ est testamentũ, ab intestato verò quoties donator nullũ testa. fecit. Quòd si bene vidisset Accurs. nõ distinxisset quomodo distinguit in d. l. etiam vtrum donatio causa mortis confirmata sit in testamento necne, vt cùm confirmata est rescindatur rescisso testamento, si verò confirmata non sit, non idcirco rescindatur. Quasi verò donatio causa mortis quæ confirmata est in testamento magis sit vltima voluntas testamentaria quàm si confirmata non esset, aut etiam quasi donatio causa mortis facta extra testamentum, postea tamen testamento confirmata perinde habenda sit acsi in testamento facta esset, quæ tamen vt in præcedentibus probauimus nec si testator voluisset in testamento fieri potuisset. Atqui, inquit Bartolus, poterat in testamento reuocari si ea fuisset voluntas donatoris eiusdémq; testatoris. Fateor, quoniam & extra testamentum ac per solam pœnitentiam reuocari potuisset, sed quid tum? An idcirco habenda est pro facta in testamento vbi nec fieri potuit? An non facilius est vt in testamento reuocetur quàm vt fiat? Nam & legata quæ extra testamentum relinqui non possunt, nisi fortè in codicillis testamento confirmatis, quo casu habentur pro relictis in testamento, adimi tamen possunt extra testamentum quocunque indicio voluntatis etiam tacitæ putà ob inimicitias superueniẽtes. l. 3. § vlt. cum duab. seqq. & pass. D. de adim. legat. Nempe quia propriũ illud est cuiusque vltimæ voluntatis vt exigat perseuerantiam d. l. 4. eod. l. cùm hic status. 32. §. pœnitentiam. D. de donat. int. vir. & vxor. Quid ergo prodesse potest, vt donatio causa mortis confirmata sit in testamento, nisi ad hoc vt tanto apertius sit non fuisse reuocatam. Etsi ne quidem hoc necessarium erat vt confirmata esset ne reuocata videretur, cùm sufficiebat vt neque in testamento, neque extra testamentum reuocata esset, quod factum fuisset hoc ipso quod testator idémque donator nihil fecisset. Deinde quid si donatio causa mortis facta esset post testamentum? Nam cùm in testamento fieri non possit, apparet nihil interesse ad eius validitatem an post testamentum facta sit, an verò ante testamentum. Et tamen quæ post testamentum facta esset, non posset testamento confirmari, nec posset ea confirmatio facere vt non esset reuocata donatio quæ facta nondum fuisset. Ergo interpretatio illa Accursij existimantis Hermogenianum qui infirmato per bonorum possessionem contra tabulas testamento, donationes quoq; mortis causa factas infirmari vult, de iis donationibus intelligi debere quæ testamento confirmatæ sint, non solùm commentitia est & diuinatoria cùm de tali confirmatione nullum sit in tota lege verbũ aut argumentum,

tum, sed etim nimis restrictiua & improbabilis, cùm faciat vt aliud dicendum sit de donationibus causa mortis post testamentum factis, itémque de cæteris factis ante testamentum si non fuerint confirmatæ. Et quod Bartolus hanc Accursij interpretationem probat verámque esse ait, non tam me mouet vt eam probare debeam (quam video neque verbis Hermogeniani neque iuris rationi conuenire) quàm vt ex eo inferam neque placuisse sibi Bartolum in ea differentiæ ratione quam commentus fuerat inter querelã inofficiosi testamenti & bonorum possessioné contra tabulas, neq; aliud quicquã melius, quod diceret habuisse, Vt proinde non nisi valde alienum videri possit quod ille tractat de potestate confirmationis, quid scilicet operetur, quando confirmatũ per se subsistit. Sed & distinctio quã ille adhibet An actus cõfirmati annullatio penderet ex voluntate cõfirmantis necne vt priore casu actus valeat ex dispositione cõfirmante, non ex confirmata, nõ videtur mihi vera. Quoties enim actus confirmatus per se subsistit, quamuis eius annullatio pendeat ex nutu & voluntate cõfirmantis, nihil tamen aliud potest facere confirmatio nisi vt pro negatione sit, id est, pro nõ reuocatione, non etiã vt ei actui qui iam per se valet nouam vim nouámque formam tribuat. Idque meo iudicio probatur optimè ex eo ipso responso Africani quo Bartolus abutitur in l. si quando 109. De leg. 1. vbi scriptum est si quando quis vxori suæ ea quæ viuus donauerat vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire quàm de iis quæ iure non sint valituræ, alioquin inutile fore legatũ. Nec enim aliæ donationes inter virũ & vxorem iure valere possunt quàm quæ factæ sunt mortis causa cùm cæteræ inter viuos factæ regulariter sint improbatæ. l. si eum. 9. §. vlt. cum duab. seqq. D. de don. inter vir. & vxor. neque tamen eo minùs reuocari possunt quomodo & cæteræ mortis causa donationes si donator velit, quinimo tanto magis q nõ possũt illa ita fieri vt dominiũ ex iis trãsferatur statim & viuo adhuc donatore. l. sed interim. 11. eo. Non igitur cõfirmatio testamẽto facta potest pertinere ad mortis causa donationes vtiles quæ ab initio valuerunt, licèt potuerint reuocari. Et sanè inauditũ est apud prudentes nostros valere factã in testamento confirmationé earum donationũ quę nulla egeant confirmatione, licèt fuerint reuocabiles. Nisi poneres cõfirmatione aliquid additum quod antea nõ fuisset, putà si factę essent irreuocabiles, quod tamé nõ fit per cõfirmationé positã in testamẽto, quæ ipsa sicut & alia quælibet vltima voluntas proculdubio reuocabilis est. l. cùm pater. 77. §. pater filiæ. De legat. 2. iunct. l. ex verbis. 12. C. de dona. int. vir. & vx. Ergo quantũuis poneres mortis causa donationes cõfirmatas fuisse in iis tabu. contra quas postmodũ petita sit bonor. possessio, nõ eo magis tamé infirmatis tabulis infirmari quoq; donationes dicendũ esset, si verè diceretur nõ fuisse infirmãdas si confirmatæ non fuissent. Quid enim absurdius, quàm faciliùs infirmari donationé tanquã infirmiore factã ob id solùm quòd fuerit cõfirmata? Cõfirmatio siquidé quæ ipso iure nõ valeret ac nulla esset præter id quod effectũ nullũ habere deberet, si verũ est vt est vulgare illud nostrorũ brocardicum, id quod nullũ est nullum debere effectum habere, etiamsi effectũ aliqué haberet non eum tamen habere deberet vt infirmiorem faceret donationem vel odiosiorem, sed vt tanto firmioré & fauorabilioré. l. legata inutiliter. 14. de adim. legat. Porrò si donationes causa mortis siue testamento confirmatæ sint siue non sint infirmantur, petita bonorum possessione contra tabulas, quia est testa-

mentum ipsum rescinditur, cur non idem admittemus rescisso quoque testamento per querelam? Neque verò puto de hoc dubitaturos fuisse Accursium, Bartolum & alios quotquot in eadem opinione sunt interpretes, nedum in errorem hunc quem nos refutauimus prolapsuros nisi eos corrupta lectio Modestini in dicta l. etiam fefellisset. Sic enim legerunt quomodo etiamnum habet vulgaris lectio *Etiamsi in querela inofficiosi testamenti non obtinuit filia* quasi eadem sit sententia Modestini eo loco quæ Pauli in dicta l. 5. §. qui mortis. D. de his quæ vt indign. cùm tamen ex Pandect. Flor. didicerimus legendum esse *etiamsi querela inofficiosi testamenti obtinuit*, & ponendum vicisse illum qui egit querela inofficiosi, qui idem donationes acceperat à testatore: quemadmodum & in specie dicta l. sed sub condicione 18. §. 1. de bonorum possess. contra tabul. qui erat donatarius idem acceperat contra tabulas bonorum possessionem. Multum verò interest an donatarius qui egit querela inofficiosi obtinuerit an succubuerit. Nam cùm obtinuit, ea locum habent quæ modò diximus, & rescisso per querelam testamento infirmantur omnes mortis causa donationes, nisi si tales sint quæ viuo donatore perfectæ proponantur, id est, vt explicauimus, ex quibus dominium statim translatum fuerit, & quæ irreuocabiles factæ fuerint moriente donatore. Cùm verò succubuit, testamentum ratum manet ac proinde causa nulla est cur donationes causa mortis quantumlibet ex testamento dependentes ratæ manere non debeãt. Sed illa tantum quæstio potest incidere vtrum donatarius qui testamentum inofficiosum dixit donationem causa mortis quam à testatore accepit, amittere debeat. Dubitandi autem ratio ex eo est, quòd si hic legatum petere vellet summouendus esset tanquam indignus, sicut & ille qui testamentum ex quo legatum nunc peteret falsum dixisset l. si testamentum 6. D. de heredit. petit. l. 4. l. 5. §. 1. D. de his quę vt indign. Absurdius enim est vt idem testamentum & inofficiosum dicatur, & prosit ad petitionem legati quàm si falsum diceretur, vt ex eo apparet quod post legatum acceptum licet arguere falsum testamentum perinde atque non iure factum contendere, inofficiosum autem dicere non permittitur d. l. 5. in princip. nimirũ quoniam qui falsum testamentum dicit disputat de facto, qui verò non iure factum, disputat de iure, qui autem agit de inofficioso iudicium impugnat testatoris d. l. 5. §. 1. l. si testamentum 24. eod. tit. Atqui eadem solet esse ratio legatorum, & donationum causa mortis vt toties inculcauimus. Cur non ergo donationes causa mortis auferentur tanquam indigno ei qui egit de inofficioso quamuis non obtinuerit? Nam si obtinuisset, non indignitas aufferret ei emolumentum donationum, sed ratio iuris quæ non pateretur valere donationes pendentes ex eo testamento quod infirmatum esset. Verùm respondet Paulus in dict. l. 5. §. qui mortis, Eum qui mortis causa donationem accepit à testatore non esse in hac causa similem legatario. Non quòd hæc donatio non capiatur ad exemplum & instar legatorum si sic facta sit vt dominij translatio collata fuerit post mortem donatoris, sed quia cùm donatio causa mortis neque fieri possit in testamento neque sit pars testamenti, in quo differt à codicillis etiam testamentariis l. penultim. D. testam. quemadm. apet. quamuis pendeat ex testamento hactenus vt si rescissum esset testamentum ipsa quoque do-

natio

natio rescissa censeretur, non potest videri iudicium testatoris in donando impugnasse donatarius qui testamentum per inofficiosi querelam impugnauit. Non enim omnem vltimam voluntatem ille impugnat qui agit de inofficioso, sed eam tantùm quæ testamento continetur, cùm non alio colore detur quàm quasi demens & insanus fuerit testator, non semper, sed tum cùm suprema testamenti ordinabat. l.2. & 3. dict. l. Titia. 13. D. de inoff. testam. Illa igitur hac parte diuersitatis ratio est inter legata & mortis causa donationes, quòd legata non nisi in testamento relinqui possunt, donationes verò siue inter viuos, siue causa mortis non nisi extra testamentum. Proinde qui impugnat iudicium defuncti circa testamentum, impugnat etiam circa legata, at non similiter circa donationes causa mortis, non magis quàm circa donationes inter viuos. Quis ergo miretur dignum eum esse qui à legato tanquam indignus summoueatur, non etiam à donatione siue inter viuos, siue causa mortis? Nulla siquidem hac in re differentia est inter donationes, siue inter viuos, siue mortis causa factæ fuerint & siue ex mortis causa donatione dominium statim translatum fuerit siue collata dominij translatio post mortem donatoris. In quo errauit Hugolinus vetus interpres qui sententiam Pauli in dict. §. qui mortis voluit coarctare ad eas mortis causa donationes quæ sic fiunt vt nullo casu reuocentur de quibus in l. si alienam. 13. §. 1. l. Senatus. 35. § mortis causa de mortis caus. donation. Quanquam fateor in his minorem esse dubitandi causam, non illa ratione quâ mouetur Bartol. quòd huiusmodi donationes sint inter viuos non mortis causa ex l. vbi ita donator. 27. cod. (esset enim adhibenda ea distinctio de qua scripsimus Err. 1. & seq.) sed quia propiùs accedunt quàm cæteræ ad donationes inter viuos illo etiam casu quo necessitas dominij post mortem transferendi cogit nos fateri eas manere donationes causa mortis. Fortior vrgebit obiectio contra donatarium si quis dicat auferendam ei donationem quam non haberet si sententia secundùm eum dicta fuisset, quæ Papiniani ratiocinatio est, licèt ad aliam speciem pertinens in l. cùm tabulis. 16. in princip. eodem tit. de his quæ vt indign. secundùm eam loci illius interpretationem & emendationem quam nos attulimus lib. 6. coniect. cap. 19. Iam enim diximus, si donator hic in querela inofficiosi testamenti obtinuisset, futurum vt mortis quoque causa donationes quamuis extra testamentum relictæ non minùs quàm legata eo testamento data infirmarentur, si modò viuo donatore in plenum perfectæ non fuissent. At respondendum est rationem illam Papiniani quæ iis verbis concepta est, *quia ex testamento sententiâ secundum se dicta non haberent*, non ad alia vt apparet pertinere, quàm quæ eodem testamento fuerint relicta non ad ea quæ extra testamentum. Talis enim est substitutio pupillaris de qua ibi agitur, quippe quæ paterni testamenti pars est dict. l. penult. testam. quemad. aper. non item donatio causa mortis, quamuis huius quoque validitas à viribus testamenti dependeat. Error itaque nostrorum in eo est, quod donationes causa mortis æquiparant donationibus inter viuos, nō eo tantùm casu, quo is qui proposuit querelam inofficiosi testamenti succubuerit, quo casu & nos admittimus bonam esse comparationem ex d. §. qui mortis, sed illo etiam quo is qui egit querela obtinuerit, atque ita testamentum resciderit,

quo demum casu negamus nos eandem esse rationem donationum inter viuos causa mortis, quia donationes causa mortis vt diximus licèt non magis fieri possint in testamento quàm quæ inter viuos fiunt, pendent tamen ex testamento, hactenus vt eo infirmato ipsas quoque infirmari necesse sit, tanquam quæ speciem constituant vltimæ voluntatis & quidem testamentariæ cùm testamentum factum est. Quæ verò inter viuos fiunt nihil, prorsus commune habent cum vltima voluntate nec proinde ob id minus valere possunt quod testamentum infirmatum fuerit siue per querelam inofficiosi siue per petitam contra tabulas bonorum possessionem. Quod tamen toto hoc capite probauimus, Rescisso per querelam testamento infirmari quoque donationes causa mortis nisi quæ in plenum perfectæ fuerint viuo donatore ex d.l. etiam 11. De inoffic. testam. & d.l. sed sub condicione 18. §. 1. de bonor. poss. contr. tabul. sciendum est ad ius vetus Pandectarum & Codicis non ad nouum & Iustinianeum pertinere. Postquàm enim Iustiniano placuit Nouell. 115. vt cùm de appell. cog. cap. 3. incip. aliud quoque capitulum in fin. vnde sumpta est Auth. ex causa C. de libert. præter. vt rupto, vel irrito facto ex causa præteritionis aut exheredationis testamento sola institutio euacuetur, vt ille loquitur, cætera verò omnia siue legata siue fideicommissa in eodem etiam testamento relicta firma remaneant, nec dubitandum est, quin de mortis causa donationibus idem constitutum intelligi debeat, non tam quod ad eas possint accommodari verba nouę constitutionis, cùm neque fiant neque fieri possint in testamento, quàm vt absurdum illud effugiamus in quod incurreret quisquis diceret infirmata institutione facilius esse vt firma remaneant legata quàm mortis causa donationes, cùm non alia maior ratio infirmari eas suadeat quàm quòd legatis æquipararentur, quódque perinde pendeat earum validitas ex testamento quoties testamentum factum est, acsi relictę essent in testamento, quatenus scilicet speciem possunt constituere & naturam habere vltimæ voluntatis.

ERROR OCTAVVS.

De donatione in genere an sit contractus & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatis locus vnquam sit condictioni aut pœnitentiæ.

MAIORIS momenti hæc quæstio est quam prima facie esse videatur, cùm alia sint iura conuentionum quæ transeunt in nomen contractus, alia earum quæ stant in finibus & terminis nudæ conuentionis l. iuris gentium 7. §. 1. D. de pact. sicut & inter contractus ipsos multæ differentiæ sunt si vel nominati sint vel innominati vel bonæ fidei vel stricti iuris. Qua de causa iam olim de hoc ipso cõtrouersum est inter veteres iuris nostri interpretes, nec minore contentione inter recentiores. Omnibus tamen vt video concludentibus Donationem esse contractum, sempérque fuisse in hoc tantùm dissentientibus An sit contractus nominatus, an innominatus; & rursum an bonæ fidei, an stricti iuris. Non enim desunt qui dicant esse contractum innominatum, Ratio-

Ratione illa, quod si donatum sit ob aliquam causam quæ non sequatur, condictioni locus est & pœnitentiæ, perinde atque ex cæteris contractibus innominatis l.2.& 3.l. dictam 8. C. de condict. ob causam dator. cui tamen locus non esset si contractus esset nominatus l. ea condicione 14.C.de rescindend.vendition. Alij & magis communiter volunt esse semperque fuisse contractum nominatum cùm habeat elegans nomen vt loquitur Bartol.ad leg.in ædibus 9.§.1. D. de donat.nec stet in nomine sui generis vt idem ille argumentatur. Tertij distinguunt inter ius vetus & nouum. Volunt enim fuisse olim quidem innominatum sed hodie esse nominatum, quæ Accurlij sententia est ad dict. l. in ædibus §.1. quasi Iustinianus hoc ipso quod constituit in l. si quis argentum 35. §. penultim. C. de donat. vt possit fieri donatio etiam citra stipulationem & traditionem, ac proinde nudo etiam pacto, fecerit etiam vt sit contractus nominatus qui perficiatur consensu sicut emptio locatio & similes. Qua etiam ratiocinatione in alia illa quæstione An sit contractus bonæ fidei, an stricti iuris sunt qui perinde distinguant inter ius vetus & nouum vt olim quidem esset stricti iuris l.eum qui 228.D.eod.hodie verò sit bonæ fidei post supradictam Iustiniani constitutionem, exemplo emptionis, conductionis & aliorum contractuum qui consensu perficiuntur. Quæ fuit veteris interpretis Hugolini distinctio à Bartolo tamen improbata in dict.l. in ædibus & dict.l.eum qui, vbi concludit ille esse contractum stricti iuris, cùm, inquit, circa hoc nulla mutatio facta reperiatur, nec bona consecutio sit, vt contractus sit bonæ fidei ob id solùm quòd sit nominatus, Alioqui dicendum esset stipulationem vel bonæ fidei contractum esse, vel nominatum non esse quod vtrumque tamen falsum est l.1. §. vltim. D. de pact. l.2. De oblig.& action.l.quicquid adstringendæ 99.D. de verb. oblig. l. videamus 38. §. si actionem D. de vsur. Sicut nec ob id contractus aliquis nudo consensu contrahatur statim consequens est vt sit bonæ fidei, quemadmodum in contractu emphyteutico cernere est qui licèt consensu perficiatur, tamen stricti iuris est, l.1. C.de iur.emphyt.iunct.§. actionum Institut.de action. Atque hanc Bartoli sententiam passim Doctores nostri probant, vt donatio sit contractus & nominatus & stricti iuris, teste Iulio Claro qui alios quàm plurimos refert in §.donatio quæst.1.Cuius sententiæ illud etiam argumentum adfertur ex eodem Bartolo, quòd in contractibus innominatis certum est locum esse pœnitentiæ l.si pecuniam 5.D. de condiction. ob caus.cui tamen locus non est in donatione, Nam ei qui donauit non licet pœnitere, scilicet si inter viuos donauerit non mortis causa.l. Aristo.28. D. de donat.l.si te 23.C.de don.int.vir.& vxor.l.2.3.6.& pass.C.de reuoc.donat Addit Bartolus vt hoc ipsum probet à partium enumeratione, vel factam esse donationem per stipulationem, vel per traditionem. Si per stipulationẽ dubitandum non esse quin donatio nomen habeat d.l.1.§.vlt. D. de pact. si per traditionem æquè habere nomen elegans, & donationem esse quæ ab initio & statim suum habet effectum, quemadmodum, inquit ille, depositum, commodatum, & alij similes contractus qui re perficiuntur dict.l.iuris gentium §.1.Mihi omnes hæ quæstiones videtur proficisci à summa iuris ignoratione, & ab eo errore quo sibi persuadent interpretes donationem esse contractum.Si enim verum è cõtrario est vt est, contractũ non esse, quid stultius quàm quærere vtrum contractus sit nominatus an innominatus v-

tium bonæ fidei an stricti iuris? Atqui contractum non esse scribit apertè Paulus in l.interdictum 14 D.de precar.vbi postquàm dixit interdictum de precariis meritò introductum esse quod nulla eo nomine iuris ciuilis esset actio, subiungit rationem *magis enim ad donationis & beneficij quàm ad negotij contracti causam spectat precarij conditio*. quibus verbis cùm donatio & beneficium negotio contracto opponatur, ostendit satis donationem non esse contractum. Nam vt bene Cuiacius scribit in paratit.Cod.ad tit. De negot.gest cùm dicimus contractum simpliciter dicimus per defectionem, cùm plena oratio sit *negotij contractus*: quia omnis contractus, negotii contractus est. At nullum negotium geritur inter donantem & accipientem, quoties in donatione nihil nisi donatio & liberalitas est, Adeo vt si mixtum sit aliquod negotium cum donatione, puta si donator in aliquem casum voluerit sibi obligatum donatarium placeat obligationem non contrahi eo casu quo donatio est quasi sint ista pugnantia & contradictoria esse negotium, & esse donationem.d.l. Aristo.quod probatur etiam eleganter ex l.si prædia 58 D.de donat.int.vir.& vxor. Et verò cùm contractus ex eo nomen sumpserit quod post multos tractatus ad negotium quod geritur pertinentes, quos præcedere necesse est negotium tandem in pauca contrahatur, & restringatur vt in l.si voluntate 8.C.de rescind.vendit.quis obsecro tractatus præcedit in donatione vt contractus sequi possit? An forte inter donatorem & donatarium altercationibus magnis contenditur An centum danda sint an ducenta ne forsitan accipere donatarius nolit centum si donator nolit ei dare ducenta? An non potiùs boni consulere donatarius debet, quod donator benignè ac liberaliter centum dare velit, qui si nollet nihil dare cogeretur? l.ad res donatas 62 D.de ædilit.edict. An verò alterius est, quàm donatoris, liberalitati eius certos fines præstituere, & quid quantumque donare ille debeat præscribere? Sicut igitur in donatione neque negotium vllum interuenit, neque vllus tractatus, ita relinquitur necessariò vt neque contractus dici ea vllomodo possit. Idque apertiùs etiam ex eo intelligitur, quod ex donatione nec obligatio vlla nascitur, nec actio. d.l. Aristo in illis verbis *Obligationẽ nõ contrahi eo casu quo donatio est*, & paullo post *hic enim nec donationis locum esse* & ideo esse obligationem d.l.interdictum. l.eum qui 14 § is qui precario D. de furt. quibus locis apertissimè scriptum est nullam esse proditam ciuilem actionem ex donatione adeóque quod magis est neque ex precario. ob id solùm quod precarium simile sit donationi. Quis verò vnquam audiit cõtractum aliquem esse posse siue bonæ fidei ille sit siue stricti iuris, siue nominatus siue innominatus, ex quo tamẽ nõ solùm actio nulla nascatur, sed neque obligatio? Facilè autem hoc apparebit à sufficienti enumeratione modorum omnium quibus donatio fieri potest iure vetere inspecto, vt primùm de iure vetere dicamus, & argumẽtũ Bartoli in ipsum retorqueamus. Nam si donatio fiat per stipulationem, fateor quidem esse contractũ ex eóque nasci & obligationẽ & actionẽ, sed nego esse illũ cõtractũ donationis: dico cõtractũ esse stipulationis cui causã dederit donatio & liberalitas donatoris. Exẽplo eius quod Vlpianus scribit in l. si ita fuero 6. § 1. D. de nouat. cùm pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione & ex continenti fecit stipulationem, vnum contractum esse idémque esse dicendum etsi antè stipulatio facta sit, mox pecunia numerata. Nam

ta. Nam vt in l.seq.subiicitur ex Pomponio, cùm pecunia mutuo data stipulamur, non est dicendum obligationem ex numeratione nasci, deinde eam stipulatione nouari, sed vnum esse contractum stipulationis, quia id agitur vt sola stipulatio teneat, & magis implendæ stipulationis gratia numeratio fieri intelligenda est. Siquidem stipulationes omnes quæ efficaces sint ad agendum sine metu vllius exceptionis necesse est pendere ex negotio contracto l.5.circa princip.D.de verb. oblig.aut saltem aliquam habere causam l.2.§.circa D.de doli mal.except. Donatio autem licèt nullum negotium contineat ex quo pendeat stipulatio, iustam tamen interponendæ stipulationis causam præbet, cùm sufficiat animum donandi præcessisse vt nō sine causa donatio interposita esse videatur l. vt mihi donares 21. D. de don. Sicut enim donatio nullam aliam causam requirit quàm donantis liberalitatem l.1.in princ.eod. l. 1.§.1.D.de precar. ita neque stipulatio aliam exigit causam quàm donationem, siue inter viuos siue mortis causa donatio sit l. mortis causa 34.& l.seq.§.vlt.D.de mort.caus.donat. l.Papinianus 23.D. de donat.int.vir.& vx.l.si quis argentum 35.§.penult.C. de don. Itaque ex huiusmodi donatione facta per stipulationem nascetur quidem actio, sed quę non actio ex donatione dicenda erit, sed actio ex stipulatione. Si verò per traditionem facta donatio sit, siquidem inter viuos, res expedita est absolutam esse donationem neque causam vel necessitatem vllam subesse propter quam actio dari debeat vel cōtra donatorem donatario, cui nihil deest vel contra donatarium donatori cui nihil abest nisi quantum ille sibi abesse voluit. Si autem causa mortis traditio facta sit siue ita vt dominium statim sed reuocabiliter transferatur, siue ita vt dominij translatio post mortem conferatur, ad quid potest quæso esse donatario necessaria actio ex donatione quæ iam impleta sit ex parte donatoris, quantum facto eius impleri potest? Nam priore casu nemo dixerit æquum esse contra donatorem dari actionem per quam cogatur irreuocabilem facere donationem quæ in id vsque tempus fuerit reuocabilis, cùm id futurum sit non solùm contra voluntatem donatoris; qui nō aliter donare voluit, sed etiam contra naturam ipsam & substātiam donationis causa mortis: Posteriore autē casu cùm donator rem ita tradiderit vt tamen dominij traslationem distulerit in id tempus quo ipse esset mortuus, nihil iam superest faciendum ad quod vrgeri donator à donatario possit vel debeat. Fecit enim ille quicquid facti fuit cùm tradidit, quia translatio dominij quæ sola defuit tempore traditionis non facti, sed iuris est, vt suo loco disputauimus, Et quemadmodum donator quandiu viuit nōn nisi iniquissimè posset inquietari ad dominium se viuo transferendum, de quo non nisi post mortem suam transferēdo donationis tempore cogitasset. Ita & postquàm mortuus est nulla in hanc rem actione indiget donatarius cui potestas legis sufficit vt dominium, quod fuerat donatoris viuentis eo mortuo transferatur ipso iure in donatarium sicuti ex causa legati transferretur. Ad hoc enim prodest quod vulgo iactatur Donationes causa mortis capi ad exemplum & instar legatorum vt suo loco explicauimus ex l.2.D.de publician.in rem action. Nullo igitur casu donatio siue inter viuos siue mortis causa sit, aut contractus dici potest, aut obligationem aliquam parere vel actionem. Quo respiciens Iacob. Cuiac. lib.10. obseru.cap.28. scripsit donationem non fuisse olim conuentionem

ſed acquiſitionem, hodie verò è contrario poſt Iuſtiniani conſtitutionem in d.l.ſi quis argentum §.penult. quæ induxit vt etiam citra ſtipulationem & traditionem poſſit fieri donatio, eſſe conuentionem non acquiſitionem. Sed magis argutè meo iudicio, quàm verè. Nam cum olim donatio non ſolùm per traditionem fieret ſed etiam per ſtipulationem, nec aliud fecerit Iuſtinianus, niſi vt quælibet teſtificatio voluntatis donatoris tantùm proſit ad obligandum donatorem vt tradat quantum prodeſſet ſtipulatio, Cur dicemus donationem fuiſſe olim acquiſitionem potius quàm hodie, vel conuentionem hodie potiùs quàm olim? Non inficior donationem quæ fit per traditionem, eſſe acquiſitionem non conuentionem, eam verò quæ fit per ſtipulationem, aut denique aliter quàm per traditionem, conuentionem eſſe non acquiſitionem. Sed hac ratione non ius vetus ſeparandum fuit à nouo, vt à Cuiacio factum eſt, ſed donatio quæ fit per traditionem ab ea, quæ fit per ſtipulationem vel per pollicitationem vel per pactum nudum. Quæ enim per traditionem fit ea ſemper fuit & etiamnum eſt acquiſitio, quæ verò per ſtipulationem vel per pollicitationem vel per pactum nudum ea ſemper fuit & eſt conuentio, Nulla alia differentia hac in re inter ius vetus & nouum, niſi quod olim donatio facta per pollicitationem vel per pactum nudum nō valebat neque acquiſitionis neque conuentionis iure, quę hodie valet inter viuos, eo prorſus modo quo valeret ſi eſſet facta per ſtipulationem id eſt tanquam conuentio non tanquam acquiſitio. Soleo tamen hac parte diſtinguere donationem inter viuos à donatione cauſa mortis. Nam in donatione cauſa mortis aliquod negotium geri videtur inter donantem & accipientem, non quatenus is qui donat, liberalitatem exercet ac donatarium cogitat, quem mauult habere quàm heredem ſuum, ſed quatenus ſe ipſum cogitat, & mauult ſe habere quàm donatarium, atque amore vitæ recepiſſe potiùs quàm dediſſe mavult, vt Paulus loquitur in d. l. Senatus §. 1. vbi ob hanc cauſam addit eum qui mortis cauſa donat qua parte ſe cogitat negotium gerere ſcilicet, inquit, vt ſi conualuerit, reddatur ſibi. Vnde fieri neceſſe eſt, vt ex huiuſmodi donatione naſcatur obligatio contra donatarium perinde ac ſi donationem ea nominatim lege accepiſſet, ſeque in caſum conualeſcentiæ vel pœnitentiæ eam ſe reſtituturū promiſiſſet, qua ex obligatione ſimiliter naſcitur actio, eáque duplex, condictio ſcilicet & vtilis in rem actio, ſecundum ea quæ diximus in Error. vltim. Decadis præcedentis ex l. qui mortis 30. eodem. Itaque hoc reſpectu nihil vetat donationem cauſa mortis dici contractum, Præſertim eo ſenſu quo Paulus ſcribit in l. omnem 20. D. de iudic. omnem obligationem pro contractu habendam eſſe. At in donatione inter viuos nullum prorſus negotium geritur quia non ſe donator cogitat ſed ſolum donatarium, vt erga eum liberalitatem exerceat, quia mauult illum habere quàm ſeipſum. Niſi ponas donationem inter viuos factam eſſe vt plerunque fit, certa lege dandi aliquid vel faciendi vt in d. l. 2. & 3. l. dictam 8. C. de condict. ob cauſ. dat. Adiecta namque lex donationi nullum dubitationi locum relinquit, quin negotium aliquod geſtum ſit inter donatorem, & donatarium, ex quo negotio proinde naſcatur obligatio & ex obligatione actio, quæ præſcriptis verbis appellatur in id ſcilicet competens vt quod donatarius viciſſim daturum ſe vel facturum promiſit detur fiátve aut

ve aut

tie,aut id quod donatoris intererit præstetur.l.vlt. C.de rer.permu.l.legē.9. l.cùm res.22.in fi.C.de don. si nō malit donator repetere quod donauit cōdictione ob cauf.datorū causa non secuta.Hoc.n.etiā ei licet d.l.2.3.& 8.C. de condict.ob cauf.dat.Sed hoc casu nō eo magis dici potest donationē esse contractū,quia id genus cōtractus nō tam donatio est quàm contractus,Do vt des,vel Do vt facias,qui vterque cōtractus est innominatus,longéq; alias præstationes habēs quàm haberet si esset nominatus,quippe cùm ex cōtractu nominato neq; condictio daretur,neq; actio innominata & præscriptis verbis,sed actio nominata quæ nomē sumeret à cōtractu. Inauditū. n.est vt ex contractu nominato vnquam cōpetat repetitio datorū quæ ex cōtractib. innominatis cōpetere solet.Quanquā non sum nescius putare multos,posse contractū quoq; bonæ fidei rescindi & quod ex eo datū ab vna parte fuerit cōdici,si ab altera parte non seruetur substātiale pactū. i. quod causam dederit cōtractui,vt Bald.loquitur & explicat ad l.cùm te.6.per illū text.C.de pact.int.empto & vend.Cuius tamē loci lōgè alia sententia est.Nō.n.loquūtur eo loco Imperatores de vēditione facta certo pacto expresso cui nō fuerit paritū ex parte emptoris,sed vt legis verba habēt, de vēditore qui fundū suū certæ rei contēplatione habita inter se & empto.exiguo pretio transtulerat in emptorē , secutus fidē & pollicitationē nudā emptoris cùm sibi vel per stipulationē,vel saltē per pactū expressum incontinenti appositū cauere potiùs debuisset.In qua specie cùm actio ex cōtractu dari nō posset ad id vt quod promissum fuerat impleretur,cùm neq; in contractū neq; in pactionē deductū id fuisset, nihil aliud supererat quod dici posset, nisi vt emptor vel impunè posset fidem fallere,vel quod à venditore acceperat longè minore pretio sola eius rei contēplatione restituere cogeretur. Atqui prius dici non potest,quia bonæ fidei cōtractus eā non admittit interpretationē,quæ dolo emptoris faueret.Posterius ergo admittendū necessariò est,vt venditori detur repetitio eorū quæ præstitit,ne eius qui bonæ fidei actionē habet durior cōdicio sit quàm si contractū stricti iuris iniisset.Nec obstant verba illa,*non impleta promissi fide*,quæ Baldum fefellerunt,vt in ea specie putauerit pactū intercessisse. Aliud.n.est pacisci, aliud promittere, cùm promissio fieri possit etiam per nudam pollicitationem , quam ideò dicimus in hoc differre à pacto quod solius offerentis promissionem continet.l.3. D.de pollicit.Nec quemadmodū pacta incontinenti facta insunt bonæ fidei contractib.l. iurisgentiū. 7.§.quinimo. D. de pact.ita & pollicitationes inesse dici possunt, quarū tamen si contractui causam dederint nō minùs quàm pactorū rationē haberi æquum est, non quidē hactenus vt ex contractu detur actio ad id quod in pollicitationem deductū fuit , sed hactenus saltem ne venditor qui bonam fidem emptoris vltro secutus rem suam longè maioris pretij minore vendidit,impunè circumueniatur. Separandum est promissum à pacto sicut & à dicto.Dictum accipimus quod verbotenus pronunciatum est,nudóque sermone finitur: promissum autem potest referri nō solùm ad sponsionem, & similiter ad pactum,sed etiam ad nudam promissionē siue pollicitationē, inquit Vlpia.in l.sciendum.19.§.dictum.D.de ædilit. edict.vbi tamen quod nulla pacti mentio fit si quis ita velit accipere vt promissi appellatione pactum non contineatur,sed tantùm vel pollicitatio vel sponsio,tanto magis probabile erit quod volumus in d.l. cùm te *promissi* nomine non pactum vt Baldus voluit, sed pollicitationem nudam significari.Cæterùm actio quam

Imperatores vẽditori dãt in d.l.cũ te, nõ alia est quàm ex vẽdito cõpetẽs ex cõtractu ipso, nõ qui ab intellectu ipso sũptus sit vt nimis subtiliter loquitur Bald. sed qui reuerà sit initus, quia nec nouũ est vt ex vẽdito actio detur etiã ad resoluendã & distrahendã emptionẽ, vt in l. ex empto. 11. § is qui vina D. de act. emp. l. 2. C. quan. lic. ab emp. dis. quãuis nõ facilè nec passim id fiat vt ait l. vẽditi. 6. C. de act. emp. Sanè ꝙ addit idẽ Bal posse hoc casu locũ etiã esse cõdictioni ob causã, omnino à iuris ratione alienũ est quę nunquã patitur vt ex cõtractu nominato ea cõdictio detur, neq; in d.l. cũ te verbũ vllũ est quod hãc Bal. iuuet interpretationẽ. Pro qua si vellet quis obiicere quod scriptum est in d. §. si quis vina Si annulus datus sit arræ nomine, nec postea cõuenerit vt emptio irrita fieret, sed soluta emptione, pretioq; numerato & tradita re annulus nõ reddatur, nõ tantũ ex empto agi posse vt arra restituatur, sed etiã posse annulũ cõdici quasi dat' ob causã quæ fuerit finita (fuerat enim datus vt esset argumẽtũ perfectę emptionis, quo argumẽto ampli' nõ egemus, cũ ex vtraq; parte impleta vẽditio est.) Respõdere dari eo casu cõdictionẽ nõ ob causã, sed sine causa, quia, vt lex ait, iã sine causa est annulus penes vẽditorẽ, qui nõ nisi arræ nomine datus fuerat: quod nõ similiter dici potest de re ipsa vẽdita quę tradita fuit ex causa vẽditionis. Quomodo. n. potest dici esse sine causa quod causã habet vẽditionẽ adhuc subsistẽtẽ & perfectam, quæ nec resoluta sit, nec impleta? Neq; quod aduersarius vicissim ex parte sua nõ impleat ad rẽ facit, cũ ea res actionẽ ex cõtractu inducat ad hoc vt cõtract' impleatur, nõ vt quod traditũ est siue res, siue pretiũ sit restituatur d. l. 2 C. quan. lic. ab emp. d. s. vbi hæc differẽtia elegãs & aperta cõstituitur inter eũ casũ quo traditũ sit aurũ pro arra, & illũ quo pars pretij sit soluta, vt priore casu arra recuperari possit & repeti nõ vindicatione, sed actione in personã, nõ quę ex arrali pacto nascitur, vt ait l. 3. C. de act. emp. (actio .n. personalis de qua eo loco agitur nõ illa est per quã arra repetatur sed per quã agatur ad implemẽtũ vẽditionis tãquã perfectæ cui' arra solet esse argumẽtũ) at actione ex ẽpto secũdũ Iuliani sẽtẽtiã de qua in d. §. is qui vina, nõ cõdictiõe siue ob causã dati causa nõ secuta; quãdoquidẽ nõ ob id arra datur vt sequatur vẽditionis implemẽtũ, sed vt sit argumẽtũ cõtractæ perfectæq; vẽditionis. Siue etiã sine causa, quia nõ potest esse arra sine causa penes venditorẽ quãdiu verũ est vẽditionẽ perfectã esse & neq; resolutã neq; impletã. Posteriore verò casu nullo modo detur repetitio soluti, sed actio ad implemẽtũ, vt & in d. l. ea cõdicione. 24. C. de resc. ven. vt intelligamus sibi meli' cauere emptorẽ qui aliquid numerat vẽditori in partẽ pretij quàm si numeret ꝓ arra, quia datio arræ locũ pœnitẽtiæ relinquit, nõ quidẽ inuito alteru tro [illegible] ũ arra detur quo magis, nõ quo min' teneat emptio quã sufficit nudo consensu perfectã esse vt ab ea nõ possit recedi nisi cõtrario cõsensu) sed ex mutua cõtrahẽtiũ volũtate, siquidẽ nõ eo min' res integra est, quod diuersũ est numerata parte preci[illegible] vel [illegible] inima, quoniã cũ cœpit impleri emptio ex alterutra parte, res ampli' integra nõ est, nec ꝓinde nuda volũtas cõtrahẽtiũ quãuis cõsẽtiẽtiũ resoluere potest emptionẽ, si nõ act' quoq; priori similis retroagẽs vẽditionẽ intercesserit. l. 1. C. quã. lic. ab emp. dis. l. ab emptione. 58 D. de pact. Quæ sẽtẽtia est satis alioquin obscura d. l. 2. vt ostẽdũt verba illa, *secũdũ fidẽ pacti*. Cõuenerat. n. nudo pacto vt ab ẽptione discederetur, Et volũt Imperatores ei' pacti vim eã esse posse vt arra restitui debeat si nihil aliud interuenerit, nõ autẽ vt precii iã siue in totũ siue pro parte soluti repetitio [illegible] Quod si vtrũque factũ sit vt arra quidẽ data fuerit, sed non in auro, at

in ipsius precii parte numerata, habēdus erit cōtractus pro impleto ex parte, ideoq; nec nuda cōuentione poterit resolui emptio, nisi ponas ab initio cōuenisse, vt si totū preciū intra certū tēpus nō solueretur, inépta res fieret, vt in l.vlt.D.de leg commiss. Sed hæc obiter dicta sint, ne quis cū Baldo & aliis interpretib. posthac dicat cōdictionē dari posse ex cōtractu nominato, quod idē ille repetit ad l.si prædiū, nu.16.C.de ædilit.act.aut in contractibus nominatis locū aliquo casu esse posse pœnitētiæ, quod esset absurdius, nunquā enim hoc obtinet, nisi cùm contractus factus est in scriptis, de quo in l. cōtractus 17.C.de fid.instru. Et apud Iustin.tit.de empt.& vend.in prin.vbi quod dicitur arris datis siue in scriptis siue sine scriptis venditio celebrata sit, siquidē emptor sit qui recusat adimplere contractū, perdere quod dedit, si verò vēditor restituere duplū, nō ita est accipiendū quasi tū quoque cùm sine scriptis facta & perfecta vēditio est, liceat emptori perdendo arras aut vēditori restituēdo duplū resilire à cōtractu, quomodo ab Accursio cæterisque omnibus interpret.vulgo intelligi video, cùm arræ dentur vt eò minùs, nō vt eò magis recedere liceat à cōtractu, sicuti iam dixi, Sed ita explicādum est, ac si apertiùs dixisset Iustin. vt dicere debuerat, Siue in scriptis siue sine scriptis celebrāda vēditio sit, eū qui nōdū emit, sed emere pollicitus est arras quas dedit perdere, Eum verò qui nondū vēdidit, sed vēdere pollicitus est duplū restituere, vt idē ipse Iustin.loquitur & explicat in d. l.contractus, in fi.tractās de faciēda, nō de perfecta vēditione. Nā in ea vēditione quæ sine scriptis perfecta sit profitetur ille in prin.d.tit.de emp.& ven. nihil se innouasse. Et hāc quoq; interpretationē suadet cōparatio vēditionis factæ sine scriptis, quia de ea tractat Iustin.eo casu quo nondū fuerit perfecta. Ergo & de vēditione sine scriptis quæ nondū sit perfecta vt bona cōparatio sit. Deniq; arræ possunt dari etiā nondū perfecta vēditione in argumentū venditionis cōtrahendæ, nō cōtractæ, & in signū factæ conuētionis de vendendo, quæ multū distat à vēditione. Et quāuis soleāt etiā arræ dari in argumētum perfectæ iā vēditionis, cū vēditio facta est sine scriptis, d.tit.de emp in prin. tamē ad hoc genus arrarū nō pertinet cōstitutio Iustin. sed ad illas de quib° priùs diximus. Atquin vt ad rem nostrā redeamus ex donatione facta certo pacto vt quid vicissim detur vel fiat, cōdictio donatori cōpetit & pœnitētiæ locus est si donatarius nō impleat quod promisit, d.l.2.3.& 8.C. de condi.ob caus.dat. Fatendū igitur est eo casu quo donatio sic facta sit, vt cōtractus dici possit, esse contractū innominatū, quia & cōtractus ille non donatio est, sed Do vt des, vel Do vt facias. Nō enim eò minùs est cōtractus Do vt des, vel Do vt facias, quod dem tibi ex causa donationis, quia nec simpliciter dono quod ego tibi do aliquā ob causam, & ea lege vt velim ad me reuerti, si quid sequetur vel nō sequetur, l.1.circa princ.D.de donat.vbi negat Iulianus hanc esse propriè donationem, quoniam quę propriè donatio est, causam nullam habet futuram, sed præteritam duntaxt ex donatarii meritis contractam, & præsentem, scilicet munificentiam & liberalitatem, vt eadem lex ait.

ERROR NONVS.

De donatione facta ob causā cur in ea nō sit locus pœnitentiæ, & quid de cōtractib. innominatis.

SI quod proximè diximus donationē simplicem non esse contractum, donationē verò factam ob causam esse contractum innominatum, obstare illud videtur quod in contractu Do vt des cæterisque innominatis locus est pœnitentiæ ex parte illius qui

dedit.l.si pecuniam.5.in princip.D.de condict.caus.dat.qui verò donauit ob causam non potest pœnitere, neque condicere quandiu donatarius in eo est vt conuentioni satisfacere & possit, & velit.d.l.5.7. & S.C.eod. quo potissimùm argumento Bartolum niti diximus, vt probet donationem nominatum esse contractum non innominatum. Hoc enim fit, quia donare plus est quàm dare, & consequenter qui donat tibi vt aliquid ei vicissim des vel facias plus facit quàm qui tibi dat simpliciter vt des, Non quòd is qui donat magis dominium transferat quàm qui dat non ex causa donationis (nam & dare nihil aliud est, quàm dominium transferre. l.vbi autem.75. §.vlt. D.de verb.obligat. quisquis autem dominus semel factus est, ita dominus est vt eodem dominij genere magis dominus fieri non possit.l.non vt ex pluribus. 159. De regul.iur.§.sic itaque. Instit. de action.) sed quia is qui dat ex causa donationis, & tamen adiecto etiam eo vt vicissim aliquid sibi detur vel fiat duplicem habet donandi causam, præsentē vnam, futuram alteram. Præsens non alia est quàm liberalitas donatoris, quæ cum pendeat ex solo animo donantis quē ille donando satis declarauerit, non potest videri defecta vnquam, vel non impleta. Futura verò pendet ex facto & voluntate donatarij, quæ ideò potest impleri & non impleri pro arbitrio donatarij. Hinc autem fit vt quemadmodum si donatarius legem donationis implere nolit, danda est condictio donatori qui ex sola liberalitate non fuerat donaturus, vt ex eo apparet quod non nisi certa lege dare voluit, Ita si paratus sit donatarius implere, non sit permittendum donatori vt condicat, quia pendente implemento condicionis dictæ donationi, subest alia causa præsens & iam impleta, id est, liberalitas donatoris quæ nullum pœnitentiæ locum relinquit. Iam enim verum est donatum esse, & quamuis illud verum quoque sit donatum esse non simpliciter & absolutè, sed ob causam, tamen etiam verum est impleri posse causam necdum defectam esse quæ nondum fuit impleta. Quæ ratio non sufficeret ad impediendam condictionem si donatio nulla facta esset, quia non subsistente aliqua causa præsenti, sola futura non posset sufficere, quæ nondum impleta esset, quamuis necdum defecta. Vinculum enim aliquod subesse necesse est vt condictio dati impediatur, siue naturalis obligationis vinculum illud sit, siue iam exhibitæ liberalitatis. Vt verò condictio locum habere possit, necesse est nullum subesse vinculum cuius potestate impediatur. Ita fit vt facta donatione ob causam quæ nec adhuc impleta nec defecta sit, condictio locum habere nequeat, quia subest vinculum donationis & iam factæ liberalitatis, licèt nondum subsit aliud vinculum quod tantùm speratur implementi secuti: Defecta verò causa ob quam facta donatio fuerat ab eo qui non aliter erat donaturus, condictioni locus fit, quam scilicet nullum vinculum possit impedire ne quidem donationis iam factæ, quippe quam non fecisset donator, nisi futurum causæ implementum sperasset: vt proinde ne quidem donandi animus in donatore vnquam fuisse intelligatur. Adieci *ab eo qui non aliter erat donaturus*, quoniam in hoc donationum aut potiùs contractuum genere plerunque facti magis quàm iuris quæstio est. Nam si Titio decem donaui ea condicione, vt inde Stichum emeret, non aliter donaturus, & Stichus antequàm emeretur decesserit placet competere mihi condictionem. Si verò alias quoq; donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim me in hoc dare vt Stichum emeret causa magis dandæ pecuniæ

quàm

quàm donationis condicio existimari debebit, & idcirco mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit, vt Iulianus scribit in l. 2. §. vlt. D. de donat. Et generaliter, vt in l. seq. subiicitur ex Vlpiano, hoc in donationibus definiendum est, multum interesse an causa donandi fuerit, an condicio, si causa fuit cessare repetitionem, si condicio, repetitioni locum fore. Rectè verò *in donationibus*, quia in cæteris dationibus quæ donationē non habēt, non adhibetur ea distinctio, sed dicimus indistinctè locum esse condictioni si causa non sequatur, quia implicat contradictionem vt decem quæ tibi dedi vt inde Sitchum emeres perinde fuerim tibi datutus sine causa, & vt non habuerim tibi donandi voluntatem. Donandi enim animus esset ac probaretur ex eo solo quod nullo iure cogente dedissem tibi decem nullo adiecto onere nulla causa quam tu ex parte tua implere deberes. Quo enim alio quàm donationis iure ac nomine censeri possit ea liberalitas, quæ nec aliam causam habeat præter seipsam, nec vllum onus admixtum? Sed cùm donandi animus adest, facti incidit quæstio an æquè fuerim donaturus sine huius causæ adiectione, an non, & ideo causa quoque non secuta condictio impeditur, propter aliam quæ superest, causam nimirum donationis. Pugnare tamen videtur quod scriptum est in l. penult. C. de condict. ob caus. da. pecuniam datam ob causam non posse repeti si ea causa pro qua data fuit, non culpa accipientis sed casu fortuito non sit secuta. An non enim casu fortuito causa deficit si Stichus cuius emendi gratia decem tibi dederam priùs decesserit quàm emeretur? Et tamen eo quoque casu facta etiam donatione condictioni locum fore Iulianus scripsit in d. l. 2 § vlt. de donat. si non aliter ego fueram donaturus. Videtur ergo faciliùs condictioni locus esse in donationibus certa lege factis quàm in datione alia qualibet non habente donationem. Verùm dicendum est separandam esse hac parte causam finalem ab impulsiua. De finali Iulianum intelligi debere, de impulsiua Imperatores. Defectum causæ finalis semper facere locum condictioni in contractibus etiamsi non accipientis culpa sed ex casu fortuito contingat quia remouet consensum vt loquitur Bal. ad d. l. 8. nu. 13. C. de condict. ob caus. dat. licet ibi erret ille in eo quod hac ratione abutitur vt probet etiam contractus nominatos ex hac causa rescindi quod nos iam refutauimus. In testamentis verò inducere duntaxat exceptionem doli l. cum tale 72. § falsam causam de condic. & demōstr. Defectum autem causæ impulsiuæ tunc tantùm nocere cùm per eum ipsum stat qui implere debet quominùs impleatur, non item si casu fortuito id fiat d. l. pen. Quod aliqua ex parte conuenit cū Bartoli traditione in d. l. 2. §. vlt. De qua tamē, quoniā plura capita pluresque distinctiones habet dicendum nobis erit diligentiùs alio loco. Nec enim desunt multa quæ contra Bartolum disputari possint & in quibus diluendis multum insudare necesse sit eum qui defendere Bartolum velit. Nos aliud nunc agimus, & propemodum inuiti totam hanc disputationem ab instituto tractatu alieniorem interserere coacti sumus. Quam nec absoluere commodè possumus quin alium scrupulum tollamus quem mouet idem Bart. ad d. l. penult. Cur non sit locus condictioni etiam illo casu quo per casum fortuitum euenerit ne impleri causa possit cùm placeat in hoc genere contractuum innominatorum vt sæpius monuimus pœnitentiæ locum esse l. 3 § 1. & seq. d. l. si pecuniam 5. in princ. & §. 1. D. de condict. caus. dat. Non enim potest mihi satisfacere, quod res-

pondet Bartolus improbatis opinionibus Accursij quæ nihilo sunt meliores Non esse quidem hoc casu locum condictioni tanquam causa non secuta cùm haberi debeat pro secuta ob hoc solùm quod per accipiẽtem non steterit quominùs sequeretur, Sed tamen locum esse condictioni ex pœnitentia si pœniteat eum qui dedit ex d.l. si pecuniam in princip. Nam secundum hanc interpretationem verborum sono tantùm potius quàm vllo effectu videtur interesse an cõdictionem competere dicamus an negemus. Quid enim referre potest an vno respectu deneges si alio respectu concedis, aut contra? Probabilius igitur est dicere Defectum causæ non secutæ casu fortuito eo demum casu non inducere condictionem quo nec iam liceat ei qui dederat pœnitere. Nec enim semper licet ei qui dedit pœnitere, sed tamdiu duntaxat quandiu ei quoque qui ob causam accepit liceret implere si vellet, id est rebus omnibus adhuc integris. Alioqui si in eum statum res deducta sit vt iam non sit in potestate aduersarii implere, idque nõ aliqua ipsius culpa sed casu fortuito: puta quod per vim maiorem vel quouis alio modo impeditus sit ne faceret quod promiserat (nam exemplum quod vulgo adferunt de medico cui tu codicẽ dederis vt te curaret, non videtur accommodatum, cùm ad causam finalem spectet potius quam ad impulsiuam essetque ea locatio dicenda potius quàm contractus innominatus si poneres vt lex ponit datam à te pecuniam non codicem l. naturalis 5. § at cùm do. D. de præscr. verb.) absurdum esset ac iniquũ lõgiorẽ tibi esse facultatẽ pœnitẽdi quàm ipsi implẽdi. Ergo hoc casu nullã condictionem habere poteris. Neq; ex pœnitentia quia nullus pœnitentiæ locus esse amplius potest. Neque ob causa non secutã quia pro secuta haberi debet, cùm per casum fortuitum non per culpam aduersarii steterit ne sequeretur. d.l. 5. in princip. D. eod. Videtur autem per aduersarii culpam stetisse si is cùm posset parẽre legi contractus non paruerit d.l. 8. & d. vlt. C. eod. tit. Quòd si iam se præparauerit ad implendum ex sua parte in eámque rem sumptum aliquem fecerit, non eò minùs quidem condicere poteris quasi re adhuc integra, sed ita tamen si offeras & præstes ei indẽnitatem. d.l. 5 in princip. si verò iam implere cœperit, id est ex parte aliqua impleuerit, quia res amplius integra non est, cessat exinde condictio, siue per tuam pœnitentiam, siue per casum aliquem fortuitum fiat ne sequatur plenissimũ implementum. Nam vt tibi liceat pœnitere & ex pœnitentia cõdicere quod dedisti, non ex alia ratione fit, quàm quod nullomodo sis obligatus ne naturaliter quidem, cùm non ideo dederis vt te obligares, sed vt aduersarium, qui proinde vicissim dare tibi aut aliquid præstare debet vt te obliget. Nemo enim dando se obligat sed potiùs se liberat, nec fieri potest vt cùm rei interuentus & implementum præbeat initium obligationi cœperis esse obligatus eo instanti quo dedisti, ne alioqui fiat vt eodem instanti obligatio tua & cœpisse & sublata fuisse videatur. Hæc autem ratio cessat statim atque aduersarius tuus aliquid facere cœpit, per quod res integra esse desierit, quia exinde tu quoq; cœpisti esse obligatus, nec in potestate tua esse debuit, pœnitendo exuere iã contractã obligationem. Nam vt & non insubtiliter Bart. disputat ad d.l. si pecuniam, pœnitentiæ in his contractibus locus est, non quasi sit audiendus is qui dedit si dicat pœnitere se quod dederit (posset enim ei imputari cur dedisset) sed ita si dicat nolle se aduersariũ facere quod alioqui

alioqui facere illum inuitum oporteret. Quidni enim liceat ei liberare aduersarium quem habet obligatum, & consilium mutare citra vllam alterius iniuriam? Siquidem nullam iniuriam pati videtur is qui ex parte sua nihil dedit, & cui nihil abest præstita quoque ipsi indemnitate si quid fortè iam vt se ad dandum vel faciendum prepararet impenderit. d. l. 5. in princip. D de cond. caus. dat. iunct. d. l. cùm te. 6 in fin. C. de pact. int. empt. & vendi. Quemadmodum igitur ei qui à te prior accepit non licet inuito te pœnitere cùm se accipiendo obligauerit, ita neque tibi licebit si iam aliquid ab eo vicissim acceperis. Constat enim hoc quod vulgo iactatur in his contractibus innominatis locum esse pœnitentiæ ita debere accipi vt pœnitentiæ locus sit ex parte tantùm eius qui dedit, non etiam ex parte illius qui accepit, quod & interpretes omnes admittunt.

ERROR DECIMVS.

De actione ex testamento quam dant interpretes ex donatione causa mortis ad l. 1. C. de donat. caus. mort.

QVI nostrorum interpretum omnium error est vt putent donationem siue inter viuos, siue mortis causa sit tum quoque cùm stipulatio nulla intercedit, contractum esse, sicut occasionem iis præbet iustam quærendi quænam actio ex donatione competat, quia vident fieri non posse, quod & nos admittimus, vt contractus vllus sit ex quo non aliqua nascatur actio, ita & errandi, cùm nunc hanc, nunc illam actionem competere existimant, quæ tamen reuera nulla competit, quia nec vllus contractus est. Magis autem communiter probata est illa distinctio, An donatio causa mortis facta sit per stipulationem, an per pactum nudum: Et rursum, an in testamento, vel in codicillis, an extra testamentum vel codicillos. Non addunt, an facta sit per traditionem quem tamen constat fuisse olim frequentissimum donandi modum siue inter viuos, siue causa mortis, quia certum est eum qui iam tradiderit rem donatam nulla posse actione conueniri, tanquam qui iam fecerit quicquid habuit faciendum. Si per stipulationem facta donatio sit, non dubitant quin actio ex stipulatione competat omnimodo & indistinctè, id est, non solùm si stipulatio facta sit extra testamentum aut codicillos, sed etiam si in testamento aut codicillis, Sic enim loquuntur, quia pro explorato habent non tantùm donationem siue causa mortis, siue inter viuos, sed & alium quemlibet contractum posse fieri in testamento. Si verò nulla stipulatio interuenerit, & consequenter nudo pacto facta sit donatio, distinguunt an facta sit in testamento vel in codicillis an extra, vt priore casu competat actio ex testamento. l. 1. C. de donat. caus. mort. Posteriore verò competat condictio ex lege Iustiniani in l. si quis argentum. 35. §. penultim. C de donat. Ita ex communi nostrorum sententia Didac. Couarr. in 3. part. rubric. de testamen. numer. 17. Subdens quod magis mirum est, numer. 18. eo casu quo ex donatione causa mortis actio ex stipulatu competit esse illam bonæ fidei, aut saltem similem actionibus bonæ fidei, sicut & actio ex testamento quamuis vtraque sui natura sit stricti iuris. Ex

glos. in l. Seia 42. in princip. in verbo, *constituto*, D. de mort. caus. donat. In qua traditione ac distinctione non plura video verba, quàm errata. Nam quòd primùm volunt ex donatione actionem aliquam cōpetere cùm facta est per stipulationem, falsum est si subtilius agere & rem ipsam vti est considerare volumus. Eo namque casu nullus donationis contractus est, sed tantùm stipulationis donationē habentis pro causa, vt probauimus in præcedentibus ex l. cùm enim. 7. iunct. §. vlt. l. præced. D. de nouat. Ideóque actio quæ ex stipulatione illa nascitur non tam actio ex donatione dici debet, quàm actio ex stipulatione pro donatione, quam proinde certum est non esse bonæ fidei, sed stricti iuris, vt & aliæ omnes sunt actiones ex stipulatione competentes si eam excipias quam Iustinianus sine stipulatione ac sine exemplo induxit fauore dotiū in l. vnic. C. de rei vxor. action. In eámq. rem textus mihi videtur apertissimus in d. l. Seia in illis verbis, *Igitur si res singulas heredes Lucij Titij vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio*. Inutilis enim est & superuacua doli exceptio quoties quis bonæ fidei iudicio conuenitur, cùm dici soleat, quod & verum est, doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse. l. sed etsi ideo. 21. D. solut. matrimo. l. huiusmodi. 84. §. qui seruum de legat. 1. Quòd si dicas agi eo loco de vindicatione quæ sui natura stricti iuris actio est, aut saltem arbitraria, non autem bonæ fidei, non de actione quæ ex donatione cōpetat, qualis ea est de qua tractamus quæ competit ex stipulatione interposita animo donandi. Respondebo non alio iure censeri posse stipulationem hanc & vindicationem illam, cùm neutra sit bonæ fidei si propriam vtriusque naturam inspicias, vtraque verò causam habeat donationem, ideóque non alias quàm bonæ fidei præstationes habere deberet, si generaliter verum esset actionem siue ex donatione, siue pro donatione causa mortis competentem aut bonæ fidei esse, aut similem actionibus bonæ fidei. Ergo quemadmodum vindicatio competens ei cui mortis causa donatum fuit, non eo minùs retinet naturam actionum stricti iuris, ita & actio ex stipulatione perinde retinebit atque si aliam quālibet causam haberet quàm donationē, aut perinde atq; si ex causa donationis inter viuos huiusmodi stipulatio interposita fuisset, quo casu dubitari nō posset quin ea ex stipulatu actio naturam suam teneret quæ illa est vt sit stricti iuris. l. eum qui. 22. D. de donat. vbi Modestinus scribit, eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promiserit, de mora solutionis vsuras non debere, idque summæ esse æquitatis, cùm scilicet donator ex liberalitate sua cōueniatur. l. ne liberalitate. 50. D. de re iudic. l. si extraneus. 33. D. de iur. dot. ne alioqui liberalitatis suæ pœnam patiatur. l. ad res donatas. 62. de ædilit. edict. *maximè*, inquit Modestinus, *cum in bonæ fidei contractibus donationis species non deputetur*, vbi notari volo quòd ille donationis speciē dicit nō contractū, vt intelligamus quantopere labantur qui ex iis ipsis verbis probare volunt donationē esse contractum, sed non bonæ fidei. Ergo stricti iuris. Fateor in ea lege agi de contractu, cùm agatur de stipulatione quamuis interposita animo donandi, ideóq. potuisse dubitari, an esset cōtractus bonæ fidei, an stricti iuris, sed dico nihil minùs agere Modestinū quàm vt dicat donationem esse contractū, si accipiatur separatim à stipulatione, vel vt quærat an sit contractus bonæ fidei, an stricti iuris. Porrò in donatione causa mortis multò minùs cadit dubitatio an si facta sit per stipulationē, ea ex stipulatu actio bonæ fidei sit, an stricti iuris, quia siue contra donatorē

ipsum

ipſum exerceatur nullius omnino momenti eſſe poteſt, cùm in donatoris arbitrio ſit donationem ipſam reuocare, ideóque non ſubiaceat ipſe periculo exactionis. l. mortis mortis cauſa. 34. D. de mort. cauſ. dona. Siue donatoris heres conueniatur qui nihil ipſe promiſit, neque alio iure conuenitur, quàm ex perſona donatoris, nulla prorſus ratio eſt cur alterius condicionis hæc actio cenſeri debeat, quàm ſi aliam cauſam ſtipulatio habuiſſet. Nam etſi qua ratio eſſet quæ facere deberet vt iſta ex ſtipulatu actio bonæ fidei naturam induere deberet, ea ſola eſſet qua interpretes mouentur, quòd mortis cauſa donationes accedãt ad vltimas volũtates, & ad inſtar legatorũ capiãtur. l. 2. D. de publician. l. illud. 37. D. de mort. cauſ. dona. Nimirũ quia actio ex teſtam. competens pro legatis, tametſi non ſit bonæ fidei, tamen actionũ bonæ fidei naturam in pleriſque imitatur. l. in minorum. 3. C. in quib. cauſ. reſtit. in integ. non eſt neceſ. Atquin oſtendimus in ſuperioribus eas mortis cauſa donationes quæ fiunt per ſtipulationem non eſſe ex earum numero quibus illud poſſit conuenire vt dicantur capi ad inſtar legatorum, quia neque indigent vlla legis poteſtate qua indigent cæteræ quæ per traditionem ita fiunt, vt tamen dominij tranſlatio poſt mortem conferatur, cùm propriis viribus ſubſiſtant, nihilque prohibeat quominus ex eiuſmodi ſtipulatione incipiat exactio in heredem. d. l. mortis. 34 de mort. cauſ. donat. Ceſſante igitur ratione illa quæ interpretum errori ſola colorem dare poſſet, dicendum eſt ex ſtipulatione interpoſita pro donatione cauſa mortis competentem actionem neque eſſe bonæ fidei, neque cum bonæ fidei actionibus cõmune quicquam habere. Nam quod ſequitur in d. l. Seia, *bonæ autem fidei iudicio conſtituto*, quibus potiſſimùm verbis Accurſius mouetur, non ad vllam actionem pertinet quæ detur ex donatione cauſa mortis, ſiue vindicatio illa ſit, ſiue actio ex ſtipulatione, quomodo peſſimè idem Accurſ. interpretatur, ſed ad hereditatis petitionem vt non modò cõtra Accurſium, ſed etiam contrà Cuiacium in eiuſdem loci interpretatione lapſum diſputauimus, lib. 14. Conicct. cap. 18. Et hæc quidem dixiſſe ſufficiat de actione illa quæ pro donatione cauſa mortis competit ex ſtipulatione. Niſi quod illud quoque monendum eſt quod iam ſupra probauimus, errare grauiter eoſdẽ noſtros interpretes in eo quod volunt ſtipulationẽ hanc animo donandi cauſa mortis etiam in teſtamento fieri poſſe vt & alium quemlibet contractum, quod vtrumque nos ſupra loco ſuo abundè refutauimus & oſtendimus neque ſtipulationem, neque donationem cauſa mortis, neque alium vllũ contractum in teſtamento vtiliter fieri poſſe. Et verò ſi fieri poſſet talis ſtipulatio, vt illi volunt, eóque caſu actio ex ſtipulatione dicenda eſſet, non ex teſtamento quæ pro donatione competeret, quæro cur magis velint eſſe dicendam actionem ex teſtamento eam, quam dant ex donatione facta in teſtamento per pactum nudum? Nam quemadmodum cùm donatio per ſtipulationem facta eſt naſcitur actio ex ſtipulatione, ita & cùm nuda pactio interuenit, datur hodie condictio ex lege, d. l. ſi quis argentum. §. penult. Cur ergo ſi nuda illa pactio in teſtamento facta ſit & quidem vtiliter, vt iidem volunt, actionem ex teſtamento dant potiùs quàm cõdictionẽ ex lege facta verò donatione per ſtipulationem in teſtamento, dant actionem ex ſtipulatione, non ex teſtamento? An non eadem prorſus ratio eſt concedendæ condictionis ex lege cùm donatio citra ſtipulationem & traditionẽ facta eſt, quæ concedẽdæ actionis ex ſtipulatione cùm ſtipulatio interuenit?

Et è contrario an non eadem ratio est concedendæ actionis ex testamento vtroque casu, si in vno conceditur? Sed quod tam pro certo habent dandam actionem ex testamento pro donatione quæ sine stipulatione facta sit siue in testamento siue in codicillis, qua ratione aut ex quo iuris loco probare possint, planè non video. Nam vt taceam quod iam dixi donationem siue inter viuos siue causa mortis non posse fieri in testamento neque per stipulationem neque per traditionem neque per pactum nudum nec qua deniq; alia ratione, quomodo fieri vel fingi potest vt actio ex testamento detur pro donatione scripta in codicillis ab intestato factis? siquidem & ab intestato donationem causa mortis fieri posse certum est dummodo testamenti factionem habuerit donator. l. tam is 25. in princip. D. de donat. Et tamen ex testamento actionem dari pro eo quod in codicillis relictum est, nisi & ipsi ex testamento valeant, omnino absurdum est & alienum à ratione iuris l. vlt. C. de codic. vbi actio ex testamento opponitur actioni competenti de fideicommisso relicto in codicillis ab intestato factis, quamuis non ignorem placere nostris vt pro fideicommisso relicto in codicillis ab intestato, detur actio ex testamento saltem vtilis, Secundum Accursij sententiam in l. 2. in verb. personalis C. commun. de legat. quod certè falsum & ridiculum est. Rursum hæc distinctio nostrorum supponit donationem causa mortis posse fieri hodie etiam citra stipulationem vel traditionem & per pactum nudum, qui alius error est in præcedentibus quoque à nobis confutatus, cùm ostendimus Iustiniani constitutionem in d. l. si quis argentum §. penult. ad mortis causa donationes nullomodo pertinere. Nec proinde verum esse potest quod volunt pro donatione causa mortis quę sine traditione & stipulatione facta sit per pactum nudum competere condictionem ex lege. Deniq; quod addunt aliis casibus dari actionem ex testamento, in eámque rem adferunt l. 1. C. de donat. caus. mort. Omnium improbabilissimum est. Nullum enim in tota ea lege verbum est de danda donatario actione ex testamẽto, neque verò lex ponit factum fuisse in ea specie testamentum, sed tantùm donationẽ causa mortis qua contineretur vt altero ex donatariis defuncto ad alterum portio eorum quæ donabantur pertineret. In qua specie rescribit Imperator existente condicione per mortem alterutrius donatariorum si modo mortis causa donatio perfecta sit, quod fit insecuta morte donatoris ante reuocationem, fideicommissi actionem superstiti donatario competere. Cùm itaque de sola fideicommissi actione lex loquatur, cur sic interpretari volumus vt sit actio ex testamento siue directa, siue vtilis? Quasi verò non sufficiat persecutio fideicommissi extraordinaria ad cõsequendum fideicommissum, quæ prætoré ipsum fideicommissarium habet iudicé, non pedaneum & datũ iudicé quomodo habent cæteræ quæ propriæ sunt actiones, Vnde & persecutio dicitur non actio & extraordinarij non ordinarij iuris habere executionẽ in l. pecuniæ 178. § actionis D. de verb. signif. quoniam vt alibi explicauimus, non cognoscebat prætor ipse nisi extra ordinẽ cùm ordinarium esset vt iudices daret l. 2. C. de pedan. iudicib. Sed & in eo labitur euidenter Accursius, quod actionem hanc fideicõmissi dari putat ex donatione causa mortis, hoc sensu quasi donatio causa mortis fideicõmissi appellatione contineatur ex l. vlt. eod. tit. Notans ob hanc causam *fideicommissi actionem* scriptum esse pro *quasi fideicommissi* quòd mortis causa donatio fideicommissum propriè non sit sed fideicommisso æquiparetur. Nam

imò

imò verò loquitur lex,& intelligenda est de vero fideicommisso, & quod propriè tale sit, non quod sit donatio causa mortis. Siquidem à donatario causa mortis donari mortis causa non potest, non magis quàm à legatario legari, at fideicommissum relinqui potest perinde ac legatario & fideicommissario quolibet l.Seia 11.in fin.D.de dote relegat.l.fideicommissum 78.de legat.1.Quidni verò? cùm etiã à quocunq; debitore fideicommissũ relinqui possit post rescriptũ Diui Pij de quo in l. si pecunia 77.eod. & in l. cùm quis decedens 37.§ pater de leg.3. Nam & donatarius causa mortis quodãmodo debitor est sui donatoris non tantùm naturaliter ob acceptum ab eo beneficium l.sed etsi lege 25.consuluit D.de petit.hered.sed etiam ciuiliter ob id quod negotiũ in hoc donationis genere aliquod cõtrahatur inter donatorẽ & donatarium ex qua parte donator se cogitat & donationem vult siue ad se siue ad alium reuerti l.Senatus 35.§.1.D. de mort.caus.don.ex quo etiam fit vt donator ex pœnitentia condictionem habeat contra donatariũ l.qui mortis 30.eod.quam vtiq; habere non posset si donatarius non esset ei obligatus. Nihil ergo impedit, quominùs donatarius causa mortis fideicõmisso grauari possit in eum casum quo ante alium condonatarium moriatur, Nec aliud quicquam requiritur vt hoc fideicõmissum valeat, nisi vt & fideicommissi cõdicio extiterit,& mortis causa donatio perfecta sit, mortuo donatore in eadem voluntate. In quo rursus errat Accursius, qui verba illa *si mortis causa donatio perficiatur* sic interpretatur, acsi dũtaxat scriptum esset *si mortis causa donare voluit*. Deinde aliter, acsi esset adiectum *per stipulationẽ*. Cùm è contrario donationem causa mortis, quam factam esse constabat, perfectam interpretari debuerit, quæ non fuit reuocata. Si enim poneres reuocatã fuisse à donatore donationẽ causa mortis, dubitandũ non esset quin fideicõmissum quoq; intercideret quod à donatario alioqui præstandũ fuisset. Itémq; si à fideicõmissi voluntate donator recessisset adẽpto fideicommisso eo modo quo fideicõmissa cætera adimuntur siue expresso siue tacito iudicio, salua nihilominus manẽte donatione. Nec leuior alius eiusdẽ Accursij error est, probantis ex d l.1. absenti posse fieri donationẽ causa mortis vt fideicõmissũ vel legatum, ideò tantùm quòd in omnib. donationes sint similes legatis. Non enim donatio causa mortis in hac specie confertur in absentẽ, sed fideicommissum, in eóq, donationẽ causa mortis etiam hodie à legatis & fideicõmissis differre fatendum est, quod fieri nõ potest nisi præsenti, manétq; incorrecta l.inter mortis 38.D.eod.quæ hoc ipsum apertè dicit. Illa namq; legatorũ & mortis causa donationum cõparatio cùm non sit perpetua sed suas habeat exceptiones, quod nec Iustinianus ipse diffitetur in §.1.Instit.de donat.in nullo tamen magis fallit quàm in hoc quod legatum aut fideicommissum in absentem conferri potest, adeoque in ignorantem l.cùm pater 77.§ surdo de leg.2. donatio autẽ mortis causa non potest vt scripsimus in Error.5. Decadis præcedentis. Atque ita Baldus sensisse videtur qui ad d.l.1.notat donatarium non debere id quod sibi donatum est petere tanquam donatum, sed tanquam debitum ex vltima voluntate. In eo tamen errans quod non putat posse quid peti simul tanquam donatum causa mortis & tanquam ex vltima voluntate cum donatio causa mortis sit species vltimæ volũtatis. Et quod addit Accurs.nõ interesse cũ quo de supremis quis loquatur, ex l.miles 75. in princ.& d.l.cùm pater 77.§. donationis

quæ vel tradidisset, vel stipulanti donatoris iussu promisisset. Sic enim accipiendum est quod de donatione per epistolam facta scriptum est in l. si donatio 5. l. si aliquid 13. C. de donat. vt constat ex d. l. absenti & l. 4. D. eod. l. 1. in princip. D. de verb. obligat. Itaque differt in hoc hodie donatio causa mortis à donatione inter viuos à qua olim non differebat, propterea quòd in donatione inter viuos ius vetus est correctum, quod non fuit correctum in donatione causa mortis quippe ad quam vt diximus non pertinet constitutio Iustiniani. Postremo nequid ex omnibus Accursij glossis ad dict. l. 1. intactum relinquamus, errat etiam Accursius in eo quod rescriptum Imperatoris in d. l. 1. quod de donatione causa mortis expressim loquitur, porrigit ad donationem inter viuos hactenus, inquit, vt etiamsi inter viuos donatum sit detur actio ei ad quem donator voluit rem donatam post donatarij mortem peruenire. Ex l. quoties 3. C. de donat. quæ sub mod. Nam quę in specie d. l. quoties datur actio ei cui ex voluntate donatoris restituenda res fuit, non est actio fideicommissi, nec alia vlla personalis sed in rem vtilis, nec rursus talis quæ ex ratione iuris competat sed quam ex æquitate Imperatores induxerunt vt eadem lex ait, De cuius tamen sententia & interpretatione viuenda erunt, quæ copiosiùs sequenti Decade differemus.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI

DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

Decas XLVI.

ERROR I.

De donationibus causa mortis inter coniuges factis, an valeant.

QVAMVIS multa in præcedentibus Decadibus iam attigerimus De donationibus inter virum & vxorem etiā quæ mortis causa factæ sint præsertim verò in Error. 7. & 8. Decadis 44. nondum tamen satis diligenter scripsisse nobis videmur ac quantum necesse est ad pragmaticorum nostrorum & interpretum errores qui in hoc tractatu passim occurrunt, profligandos. Ille autem vt primus, ita meo iudicio grauissimus occurrit, à quo Didacum Couarr. diligentissimum alioquin & eruditissimum scriptorem video tractationem suam De mortis causa donationibus inchoasse in part. 3. rubr. De testam. nu. 2. vbi ait Donationem inter coniuges mortis causa factam minimè valere, atque in hoc similem esse donationi inter viuos Ex l. mortis 53. D. de donat. int. virum & vxor. & ex Accursij glossa, ab omnibus, inquit

ille, adprobata ad l. 2. in princip. alias l. 1 § Celsus 9. in verb. legatum D. de dot. relegat. Hancque conclusionem infert ex generaliore illa propositione quam idem ille præmittit numero primo ex omnium interpretum opinione Donationem causa mortis quod ad eius initium & ordinationem spectat propiùs accedere ad contractum quàm ad vltimam volũtatẽ, ita vt nõ omnia quę in agẽda aut cõstituẽda vltima volũtate exiguntur, in actu donationis causa mortis sint necessaria sed ea quæ in contractibus ineundis requirũtur in hoc donationis genere adhiberi oporteat Ac quoniã videt Frãciscũ Ripã ad l. 2. de leg. 1. in hoc à cæteris dissẽtire, non, quod ad veritatem conclusionis, sed quod ad conuenientiam illationis, quasi hac etiam parte donatio causa mortis similior sit vltimæ voluntati quàm contractui, cum donatoris morte confirmetur quomodo legatum cõfirmaretur l. mortis causa donatio 34 D. de mort. caus. don. Replicat Didacus falli Ripã quia, inquit, licet donatio causa mortis inter non cõiuges facta morte confirmetur, non sic tamen confirmatur quæ facta est inter coniuges nisi traditio præcesserit, ex l. sed interim 11. D. de donat. inter virum & vxor. & Baldo in l. executorem numero. 35 C. de execut. rei iudic. Sicut, inquit, cætera etiam donationes inter viuos coniuges factæ traditionem exigunt vt morte confirmentur ex l. Papinianus 23. D. de donat. int. vir. & vxor. & glos. in l. 2. C. de dot. caut. non numer. Atqui hæc traditio in legato non requiritur, Ergo, ait ille, aduersus Ripam doctorum opinio recipienda est. Non nego falli Ripam & quotquot sunt, si qui sunt, qui cum Didaco defendant donationem causa mortis inter coniuges non valere, sed hoc cõtẽdo Duplicẽ Didaci errorẽ esse, Vnũ hũc quod putat inutilẽ esse huiusmodi donationẽ, Alterũ, quod vult vsque adeo inutilem esse, vt nec donantis morte confirmetur nisi præcedente traditione. Adderem tertium qui in eo est, quod nec inter viuos coniuges factas donationes aliter valere patitur, quàm si factæ sint per traditionem. Si non esset hic iam à nobis satis superque confutatus in Err. 5. Decad. 42 Atque hic tertius quidem error, non Didaci aut interpretum nostrorum duntaxat est, fuit etiam Papiniani ob idque tolerabilior & excusabilior cæteris omnibus tota hac nostra Chiliade refellendis. Sed priores duo vereor ne soli Didaco sint accepto ferendi: etsi parum refert cuius errores sint, dummodo errores esse constet: maximè cùm Didaci autoritas & in scholis & in tribunalibus iam tanta sit, nec immerito si is cum reliquis pragmaticis conferatur, vt si nõ omniũ certè plurimũ instar esse possit, Quo magis & nobis & optimo cuique laborãdũ est ne sola hominis autoritate ipsius errores inualescant apud eos saltem, qui pro veris habent quæcumque nullo modo vident vel audiunt confutata. Primum errorem conuincit manifestè Vlpianus in l. si cum vxori 9. §. vltim. D. de donat. inter virum & vxorem: vbi ait disertis verbis Inter virum & vxorem mortis causa donationes receptas esse, Cuius rei ratio statim subiicitur ex Caio in l. sequenti quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor esse desinunt. Sensus est non alia ratione prohibitas esse donationes inter virum & vxorem, quàm quòd sint coniuges, quos credibile esset ob mutuum illum amorem qui ex tam arcta coniunctione nascitur

tur l.

ſpoliaturos ſe bonis ſuis, ſi inter eos huiuſmodi donationes permitterentur l. 1. 2. & 3. eodem. Hanc verò rationem ceſſare in donationibus cauſa mortis quia conferuntur in id tempus quo vir & vxor eſſe deſinunt, in tempus ſcilicet mortis, quo matrimonium diſſoluitur. Nihil ergo impedire quominùs etiam inter coniuges valeant, mortis cauſa donationes, quamuis inter eos nunquam valeant ſimplices donationes quæ inter viuos dicuntur, ſi modo tales ſint per quas fiat locupletior is qui accipit, & pauperior is qui donat l. ſi ſponſus 5. §. conceſſa, & §. penultimo & vltimo eodem. Idque etiam eſt quod tractat Marcianus in l. vbi ita donatur 27. D. de mortis cauſ. donation. ſi mortis cauſa donetur ita vt nullo caſu reuocari poſſit donatio, magis donandi cauſam eſſe mortem, quàm mortis cauſa donationem, & ideo perinde haberi debere atque aliam quamlibet donationem inter viuos. Ex quo ſtatim infert *Et ideo inter viros & vxores non valet.* Nimirum quia cenſetur iure donationis inter viuos, cùm ſi habenda eſſet pro donatione cauſa mortis, vtique valeret. Alioquin eſſet inepta & ridicula conſecutio & illatio ſi eiuſmodi donatio valere non poſſet nec ſi mortis cauſa facta eſſe proponeretur. Eodem pertinet quod Papinianus reſpondit in l. ſi mortis 40. eodem titulo. Si mortis cauſa inter virum & vxorem donatio facta ſit, morte ſecuta reduci eam ad id tempus quo interpoſita fuiſſet. Non alia vtique ratione, quàm quod ea ſit natura donationum cauſa mortis, non etiam donationum inter virum & vxorem etiamſi donatoris ſilentio ac morte fuerint confirmatæ. Alioquin quid attinuiſſet tractare de donatione cauſa mortis? An non ſufficiebat dicere *ſi inter virum & vxorem donatio facta ſit?* Sed & certum eſt donationes inter virum & vxorem quantumuis ſilentio & morte confirmatas nihilo magis retrotrahi, niſi ſpeciali voluntate fuerint confirmatæ l. donationes quas parentes 25. C. de donation. inter virum & vxorem l. cùm pater 77. §. pater filiæ De legat 2. Quod ergo retrotrahantur fit poteſtate illius adiectionis quòd cauſa mortis factæ ſint & conſequenter ex eo apparet mortis cauſa donationem inter coniuges valere. Si enim non valeret quomodo effectum illum habere poſſet, vt donatio ad id tempus quo facta eſſet retrotrahi deberet? Accedit quod Iauolenus ſcribit in l. ſi is ſeruus 20. D. de donat. inter virum & vxorem. Si is ſeruus qui vxori mortis cauſa donatus eſt priuſquàm vir deceſſerit ſtipulatus ſit, in pendenti eſſe cauſam obligationis donec vir aut moriatur, aut mortis ſuſpicione propter quam donauit liberetur, Quicquid autem eorum inciderit, quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque cauſam ſtipulationis vel confirmaturum vel reſoluturum. Cur verò hæc omnia niſi quia hæc mortis cauſa donatio eſt, eandémque naturam retinens cum facta eſt inter coniuges, quam haberet ſi inter alios quoſlibet facta eſſet. Addamus denique ſi placet Scæuolam in l. ſi quod mihi 56. eodem. (nam in re tam aperta comprobanda quam & Vlpianus pro certa ſupponit in tota l. ſed interim 11. eodem fruſtra eſſet quærere plures locos.) Si quod mihi inquit ille, mortis cauſa donare quis vellet, ego purè

inquit, an pater filium vel filiam exheredauerit quia licet hoc casu non videatur pater donasse nurui fauore filii quem exheredauit aut genero fauore filiæ quam similiter exheredauit, semper tamen verum est factam donationem ab eo qui alterum ex coniugibus habuerit in potestate, quod sufficit vt donatio impediatur l. tertia paragrapho ab vxoris. eodem. vbi quod habet vulgata lectio, ab vxoris nurusue parte prohibitum esse donari viro vel genero, haud dubiè mendosum est legendumque *patre* non *parte* duabus illis literis vt quæ transpositæ erant repositis in suum locum. Alioqui si cum Azone & Accursio ea verba *vxoris nurusue* sic intelligas vt eadem persona sit & vxor & nurus habito respectu ad diuersas personas, præter id quod vix bonum vllum sensum assequeris, nũquam sanè facies quin scribi potiùs debuerit, idque tamen ineptè *vxoris nurusque* potiùs quàm quomodo scriptum est *vxoris nurusue*. Sed dicat aliquis si donatio causa mortis inter coniuges facta valet, quidni etiam valebit ea quæ facta sit à patre alterutrius coniugum causa mortis suæ? Hoc enim est quod videtur Didacum decepisse existimantem si donatio causa mortis à socero facta nurui non valet, quòd habeat maritum in potestate multo minùs valituram eam quæ à marito ipso collata esset in vxorem. Verùm debuit animaduertere dissimiles esse hos casus nec obscuram dissimilitudinis rationem quam exprimit Papinianus, cum ait non solui nuptias generi nurusue socero defuncto: Hoc nimirum sensu acsi diceret inter ipsos quidem coniuges permissas esse mortis causa donationes quia vt diximus conferentur in tempus non equidem dissoluti quomodo malè idem Didacus loquitur, sed dissoluendi matrimonij & quo ille vir & vxor esse desinunt: At in donatione, quam siue mariti siue vxoris pater fecerit eam rationem locum non habere si socer ille donauerit causa mortis suæ quoniam hæc donatio cùm perficiatur morte donatoris, perficitur eo tempore quo nuptiæ adhuc subsistunt quippe quæ non soceri sed alterutrius tantùm ex coniugibus morte dissolui possint: Ideóque ratio eadem facit ne talis donatio valeat quam socer mortis suæ causa fecerit, quæ impediret ne valere posset illa quam idem socer inter viuos fecisset. Nẽpe quod ea quæ fit à patre habente maritum vel mariti vxorem in potestate, perinde habenda sit acsi à marito ipso vel ab vxore facta esset. Porrò quæ ab ipso coniuge facta esset inter viuos id est ita vt non esset collata in tempus mortis donantis ea sine dubio non valeret, obstante matrimonio. Ergo nec valere debet ea, quam socer fecerit causa mortis suæ, non magis quàm si donasset inter viuos sub aliqua condicione quæ & durantibus adhuc nuptiis contigisset, siue viuo siue mortuo iam donatore. Quid enim refert an per donatoris mortem existat condicio donationis, an aliter, si modo perseuerent nuptiæ ex quibus pendet ratio tota impediendæ donationis? Aliud igitur erit si ponas socerum donasse genero vel nurui causa mortis vel filii sui vel filiæ. Hoc enim casu quandiu constat matrimonium donatio pendet ac reuo-

cabilis est, tanquam quæ nondum perfecta sit, vtpote quæ sit perficienda morte illius cuius mortis causa donatum fuit. Quo autem instanti perficitur & fit irreuocabilis, id est cùm filius moritur, vel filia, matrimonium quoque dissoluitur, & ita finitur ratio quæ donationem impediebat ne interim valere posset. Denique bona est hoc casu comparatio donationis quam vnus ex coniugibus mortis suæ causa fecerit, & illius quàm pater vnius ex coniugibus fecerit causa mortis non suæ sed coniugis. Et quemadmodum in Decadibus præcedentibus diximus, si pater donet alieni causa mortis filii sui, non posse reuocari donationem illam nisi quamdiu filius viuit, propterea quod non patris sed filii morte perficiatur, ideóque mortuo ante patrem filio non posse talem donationem dici vltimam voluntatem neque patris, qui se viuo eam irreuocabilem factam videt, neque filii cuius non fuit eam reuocare sed patris ex l. nec fratris. tertia. Codice de donatione causa mortis l. quarta D. de manumiss. vindict. Ita cùm pater mariti donat nurui, vel pater vxoris genero causa mortis suæ propriæ non ad aliud prodesse potest factam esse mentionem mortis, quàm vt in donatoris potestate esset quamdiu viuit donationem reuocare si ea valeret. Cæterùm eo moriente adeò perficitur donatio vt quod ad coniuges ipsos attinet non alio iure censeri possit quàm donationis inter viuos cùm neque à patre ipso reuocari possit qui iam decessit, neque à coniuge qui ipse non donauit, & qui tamen eo adhuc tempore in matrimonio reperitur. Ergo donationem hanc illud bonam facere non potest, quod facta sit causa mortis soceri qui donauit, quippe quam non ipsius soceri vita sed filii filiæue matrimonium quod adhuc durat impediebat ne inter viuos valere posset. Planè si poneres defunctum hunc donatorem post filium vel filiam superstite altero coniuge cui donauerat, nec mutata voluntate, non putarem dubitandum quin donatio valeret, quippe quæ perficeretur eo tempore, quo iam nulla subesset causa eius impediendæ, morte scilicet donatoris, & matrimonio filii vel filiæ iam soluto. Nam & si poneres socerum non mortis suæ causa, sed diuortii donasse genero vel nurui hoc est in eum casum quo matrimonium filii vel filiæ per diuortium solueretur, valeret donatio dummodo sub ipso diuortii tempore non futuri quandocumque diuortii cogitatione facta esset (sic enim Papinianum intelligo in d.l. mortis arg. d.l. sed interim 11. §. vlt. & l. seq eod. tit.) Non alia ratione, quàm quia cessaret illo casu ea ratio, quæ inutilem faceret donationem si mortis suæ causa socer donasset; ac deinde viuo adhuc filio filiaue decessisset: cùm eodem tempore & donatio perficeretur & matrimonium solueretur. Idque est quod Papinianus eleganter suo more, sed subobscurius subiicit in dict. l. mortis *Diuortij species, eadem ratione, diuersa est.* Dicitur enim fieri eadem ratione etiam quod fit in contrarium ob id solùm quod cesset ea ratio, quæ si non cessaret aliud ius induceret,

Eademque

Eadémque ratio est, quæ diuersum quoque ius inducit in diuersis casibus, cùm iuris diuersitas non sumitur nisi à cessante ratione. Ratio illa erat quæ faciebat inutilem donationem cùm mortis suæ causa socer donauerat, quod mortuo socero non idcirco nuptiæ soluerentur. Atqui ratio illa cessat cùm donauit socer causa diuortij, quia diuortio matrimonium soluitur. Eadem ergo ratio quæ priorem donationem faciebat inutilem, faciet vtilem posteriorem. Rursus eadem ratio est dicendæ validæ donationis quæ facta sit in casum mortis filij vel filiæ à socero, quæ & donationis factæ in casum diuortij quia non minus filij vel filiæ morte quàm diuortio soluitur matrimonium. Ergo perinde valere debet hæc atque illa donatio, quomodo accipi debet quod Paulus scribit in l. si eum vigesima sexta § primo, D. de donatione inter virum & vxorem in illis verbis *ergo socer genero mortis vel diuortij causa donabit*. Mortis scilicet filij non suæ vt Vlpianus ait in l. mortis causa filij vndecima D. de mortis causa donatione. Et tamen si socer dotem nurui relegasset, non quòd ius actionis de dote vellet relegare (hoc enim fieri non posset manente adhuc nupta muliere) sed quòd dotalem pecuniam recipere eam vellet, vtile esset legatum quemadmodum idem Vlpianus ex Celso scribit in l. prima §. Celsus aliàs l. secunda in principio de dot. relegat. Differt igitur hac in re legatum à donatione causa mortis vt bene Accursius ad eum locum annotauit: Et diuersitatis ratio minùs euidens quam Accursius non attulit, illa est, quia licet quandiu donator viuit donatio causa mortis non minus sit reuocabilis quàm legatum, eo verò mortuo non minùs irreuocabile sit legatum quàm mortis causa donatio, tamen legatum semper remanet vltima voluntas patris, nec vnquam degenerat in donationem inter viuos quæ ab ipso filio filiáve coniuge facta esse videatur. At mortis causa donatio à socero facta non causa mortis filij vel filiæ, sed mortis suæ postea mortuo donatore superstite filio vel filia, & durante adhuc matrimonio, degenerat in donationem inter viuos quam ipse filius vel filia fecisse intelligitur cùm pater fecit, in cuius ille illáve fuit potestate. Nec tantùm si filius ipse institutus fuerit vel filia (quo casu apertius est videri donatum à coniuge quod ipsius pater donauit, quódque ille nunc habiturus esset si donatum non fuisset arg. dict. l. si quod mihi quinquagesima sexta De donatione inter virum & vxorem) sed etiam si exheredatus, vt Papinianus scribit in dict. l. mortis, quia non facit exheredatio, quin semper verum sit donatum fuisse à patre rem quæ iam tum erat filij propter communionem illam dominij, quam inter patrem & filium inducit ius patriæ potestatis & vt vocant suitatis l. in suis vndecima D. de liberis & posthumis, nec proinde quin ab ipso filio filiáve quodammodo facta videatur donatio in casum mortis patris. Quod nō similiter dici potest in legato per patrem facto, quia cùm sit vltima patris voluntas numquam potest videri facta per alium quàm per patrem ipsum quoniam nec posset, cúmque conferatur in id tempus quo pater erit mortuus & consequenter quo filius erit institutus vel exheredatus, (nam si esset præteritus neq; testamentum valeret, neq; legatum) siue institutus reperiatur, non potest recusare quominus legata omnia præstare debeat, siue exheredatus tanto minùs dici potest

alienatam esse per legatum rem quæ fuerit ipsius, cùm per exheredationem summotus sit & exclusus à bonis paternis. Itaque quamuis mortuo patre duret adhuc matrimonium, ea tamen res non potest inutile facere legatum: quomodo faceret inutilem mortis causa donationem, quæ scilicet propriis viribus subsistit, nec requirit vt factum sit testamentum, l. tam is, vigesimaquinta. D. de mortis causa donatione. ideóque nec curat an filius institutus sit, an exheredatus, an præteritus, Nisi quod rescisso per inofficiosi querelam testamento, si filius immerenter exheredatum se probaret, infirmaretur quoque mortis causa donatio, quæ ex testamento aliquando valuisset, vt probauimus Decade præcedente ex l. etiam. vndecima. D. de inofficioso testamento. & l. sed sub condicione. decimaoctaua. §. primo. D. de hæred. insti. Denique legatum relinquitur ab herede, qui si filius est perinde atque alius extraneus quilibet ex testamento obligatur: Si verò filius exheredatus est, non potest ipsius persona inutilem facere donationem, cùm exheredati ratio nulla sit habenda quod ad hereditatem, & ea quæ delibantur ex hereditate, eiusmodi sunt legata. l. legatum est delibatio, centesimadecimasexta, de legatis primo. At donatio causa mortis non relinquitur ab herede, cùm fiat ea mente vt donatoris heres neque honoretur, neque oneretur. Nec est delibatio hereditatis, sed patrimonij donatoris viuentis, cùm viuo donatore, id est, eo instanti quo ipse moritur, perficiatur, licet indigeat potestate legis perinde ac legatum, vt dominij translatio fieri possit quoties fuit collata post mortem. Igitur quantumuis exheredatus sit filius vel filia cuius pater donauit causa mortis, non potest valere donatio si moriatur donator eo tempore quo adhuc durat matrimonium, quia per eam donationem delibatur patrimonium eo tempore quo filij quoque patrimonium esse videtur sicut & patris, propter ius potestatis, vt dixi, & suitatis. Probátque is locus optimè quod à nobis pluribus disputatum est libro decimo Coniecturarum, capite vltimo, ius suitatis non perimi per exheredationem, quippe quæ non incipit vires habere nisi post mortem testatoris, & adita demum ipsius hereditate. Hæc cùm ita sint, non video qua fronte Didacus erroris sui tam improbabilis autores laudet Papinianum in dicta l. mortis, & Accursium in dicta l. secunda, De dotis relegatione. cùm neutrius ea mens sit, vt negent valere donationes inter virum & vxorem mortis causa factas, sed tantum vt negent eam valere quam socer mortis suæ causa nurui vel genero fecerit, Cuius certè alia longéque diuersa ratio est, vt ex iis quæ toto hoc capite diximus, constare arbitramur. Alius eiusdem Didaci error supererat refutandus, quo ille contendit mortis causa donationes factas inter coniuges vsque adeò non valere vt nec donatoris morte confirmentur, nisi traditio præcesserit. Sed quià longiores iam fuimus, de eo commodius sequenti capite disputatio instituetur.

ERROR SECVNDVS.

De iisdem donationibus causa mortis inter coniuges factis an exigant traditionem vt valeant, vel vt morte confirmentur.

SECVNDVS Didaci error iste est, quod mortis causa donationes quas inter coniuges non putat valere, nec morte donantis aliter confirmari patitur, quàm si factæ fuerint per traditionem. Hic quoque à nobis refellendus est, licèt superuacua futura sit disputatio apud eos, quibus iam persuasum erit ex iis quæ proximè tractauimus huiusmodi donationes valere, cùm certi iuris sit donationes siue inter viuos factæ sint, siue mortis causa, si ab initio valuerunt, nulla confirmatione indigere. Sed si qui erunt qui adhuc contra nos sentiant, & cum Didaco defendant donationes istas non valere, faciamus saltem ne in hunc quoque secundum errorem impingant, néve dubitent quin omnimodo & indistinctè confirmentur morte siue per traditionem factæ sint, siue per stipulationem. Non habuit Didacus, vir alioqui diligens in textibus & Doctoribus conquirendis & cumulandis, quem pro se obiiceret præter Vlpianum in l. sed interim. 11. in princip. D. de donat. int. vir. & vxor. & Baldum in l. executorem. num. 35. C. de execut. rei indic. Magnos sanè viros, & quorum autoritas posset sufficere, Vlpiani quidem apud prudentes ipsos, Baldi verò apud doctores nostros, si ad rem de qua agimus pertineret. At siue hunc siue illum consideres facilè videas nihil minùs eos egisse quàm vt de eo cogitarent, quod Didacus vult ab iis dictum esse. Nam Vlpianus in dict. l. sed interim cuius initium coniungendum est cum fine legis si eum. 9. quæ sumpta est ex eodem Vlpiani libro trigesimo secundo ad Sabinum hoc tantùm ait Donationes inter virum & vxorem mortis causa factas receptas quidem esse, id est, moribus populi Romani non improbatas quomodo improbatæ sunt eæ quæ fiunt inter viuos (nulla enim hac de re iuris constitutio aut ratio est quæ vel pro donationibus causa mortis vel contra donationes inter viuos afferri possit. l. 1. & 2. eod. titul.) sed tamen interim res non statim fieri ejus cui donatæ sunt, at tunc demùm cùm mors fuerit insecuta. Ex his nimirum verbis infert Didacus tractare Vlpianum de donatione facta per traditionem, illa, vt puto ratione licèt ipse non exprimat, quod ex donatione citra traditionem facta dominium transferri nullo modo posset, cùm non transferatur per stipulationem, multo minùs per pactum nudum. l. traditionibus. 20. C. de pact. qui tamen omnes modi sunt ineundæ donationis secundùm interpretes. Neque mala consecutio est si nihil aliud quæreremus nisi an de iis donationibus esset intelligendus Vlpianus, quæ per traditionem factæ essent. Sed non est bona consecutio si quis dicat cum Didaco, non alias igitur donationes inter coniuges aut valere aut confirmari morte quàm quæ per traditionem factæ sint, ob id solùm quod Vlpianus de iis locutus sit cùm tractaret de donationibus ex quibus dominium transferretur. Quid enim vetat donationem causa mortis talem factam esse ex qua noluerit donator dominium transferre, & quæ

tamen aut ab initio valeat, aut morte confirmetur? Immò verò sic inter coniuges fieri necesse est donationes causa mortis vt ab initio valeant, & eo modo quo factæ sunt. Nam si id agatur vt dominium statim transferatur, & constante adhuc matrimonio, non valebit donatio saltem vt eum effectum habeat, quem donator voluit, sed hactenus tantùm vt secuta demum morte translatio dominij fiat. Id enim est quod Vlpianus tractat in dict. l. sed interim in princip. & § 1. de cuius etiam loci sententia scripsimus in Error. 7. Decad. 41. Respiciens nimirum ad eam distinctionem donationum causa mortis quòd aliæ sic fiunt vt donatio in iis nulla interueniat, sed tantùm stipulatio, aliæ sic vt traditio interueniat non stipulatio. Et hæ rursus vel ita vt statim dominium transferatur, vel ita vt dominij translatio in id tempus quod post donatoris mortem erit, conferatur. Cæterùm non dubitauit Vlpianus quin si facta esset donatio inter coniuges mortis causa, siue per stipulationem, siue per traditionem ita vt dominij translatio post mortem collata foret, ea statim valere deberet, & quidem eo ipso modo quo facta esset, quamuis reuocabiliter sicut & aliæ quælibet inter alios mortis causa donationes. Nec quod semper ille requirit, vt insecuta sit mors donatoris, facit vt eo minùs valere illas putauerit, aut vt indigere illas crediderit vt morte confirmarentur. Nam & de cæteris donationibus causa mortis generaliter id proditum est non aliter eas perfectas videri, quàm si donatoris mors insequatur l. non videtur 32. l. Seia 42. §. vltim. D. de mortis caus. donation. Sed aliud est perfici donationem, aliud confirmari. Perficitur ea tantùm quæ ab initio valuit quidem, sed imperfectè ac reuocabiliter. Confirmatur verò ea sola quæ ab initio non valuit, & quæ non tantùm euentu aliquo indiget vt perficiatur; sed etiam extrinseco auxilio vt incipiat valere. Ac sanè quid absurdius, quàm donationes factas inter coniuges etiam inter viuos quæ ab initio prorsus inutiles, & improbatæ sunt, morte donatoris confirmari, tametsi nulla in iis traditio interuenerit, vt à nobis probatum est in Error. 5. Decad. 42. ex l. cùm hic status 32. §. & generaliter. & l. sequent. D. de donation. inter virum & vxorem. donationes verò inter eosdem factas mortis causa, quas etiam ab initio valere ostendimus ne quidem donatoris morte confirmari, si traditio non interuenerit? Aut cùm apud omnes constet distinctionem hanc non adhiberi in donationibus causa mortis inter cæteros factis, cur eam potiùs adhiberi volumus in donationibus inter coniuges factis, cùm in id tempus conferantur, quo coniuges esse desinunt l. quia 10. eodem titul. Quod verò Didacus pro se adfert Baldum in dicta l. executorem, numer. 35. mihi videtur omnino alienum à proposita disputatione. Ibi enim non de illo quærit aut tractat Baldus, An donationes causa mortis inter coniuges exigant traditionem vt confirmentur morte, quas nec putauit egere vlla confirmatione, cùm nunquam dubitauerit quin ipso iure valerent. Sed hoc tantùm dicit, si maritus dona-

[illegible] tio-

[illegible]

tionem causa mortis ante admissum delictum & citra suspicionem pœnæ in vxorem contulerit, deinde fuerit deportatus, confirmari ea deportatione perinde ac morte mariti donationem vt nihil iuris in ea re donata possit fiscus sibi vindicare, quamuis omnia mariti bona publicata & ad fiscum deuoluta proponantur, si modò facta sit donatio per traditionem, nimirum quia cùm ad excludendum fiscum necessarius sit color ille quasi res donata non sit ampliùs in bonis mariti, sed in bonis & dominio vxoris, quam ex mariti culpa inquietari & damno adfici non oporteat. l. secunda. Cod. ne vxor pro marito. dominium autem etiam illo casu quo ex donatione aut alio contractu transfertur, non nisi per traditionem transferatur dicta l. traditionibus 20. Cod. de pact. apparet non in aliis donationibus posse faueri mulieri, quàm quæ factæ sint per traditionem: Siquidem quandiu traditio nulla facta est, negari non potest quin id quod donatum fuit à marito in bonis & dominio sit mariti, ac proinde cum cæteris mariti bonis ad fiscum debeat peruenire. Idque probant etiam verba legis Constantinianæ quæ hoc primum ius induxit in l. res vxoris. 24. Cod. de donation. inter virum & vxorem. in primis illis verbis, *res vxoris quæ vel successione qualibet vel emptione vel largitione viri in eam ante reatum iure peruenerunt.* Iure namque peruenisse ad vxorem dicitur donatio non quidem quæ causa mortis facta est, nam de donationibus causa mortis ea lex non loquitur, vt sequenti capite dicemus, sed quæ inter viuos si eo modo facta sit, quo fieri debent donationes, quæ valent, id est, per traditionem, quoties id agitur, vt ad donatarium res donata perueniat. Cùm enim donatio per stipulationem fit, licèt æquè valeat, siue inter viuos, siue mortis causa facta sit, non ideò tamen res ad donatarium peruenit, sed penes donantem remanet quousque ex stipulatione exigatur.

ERROR TERTIVS.

De donationibus factis siue mortis, siue deportationis causa à marito qui fuerit deportatus ad l. res vxoris 24. Cod. de donat. int. virum & vxorem. & l. sed si mors 13. §. 1. D. eodem.

NAGIS mirum illud est quod interpretibus omnibus placere video, donationes siue mortis causa, siue inter viuos collatæ sint in vxorem quamuis ante crimen admissum, siue morte siue deportatione mariti confirmari in præiudicium fisci, cui medio tempore ius fuerit quæsitum in omnibus bonis mariti, cùm bona ista donata remanserint in eo numero bonorum mariti quandiu vixit & in ipsius dominio, nullum autem vxoris ius sit saltem quantum ad dominium nisi post mortem

viri d.l.sed interim 11.D. eo.Nam quod dicitur creditores omnes condemnati ante fiscum & ante pœnam esse l. Statius Florus 48 in fin.D. de iur. fisc.l. vnic C.pœn.fiscal.credit.praef.lib.10.ad hunc casum non pertinet quia neque creditrix verè est neque creditoribus comparari potest vxor in quam donatio collata est quandiu pro arbitrio & ad nutum mariti donatio reuocabilis est l.vnum ex familia 67. de legat. 2 & rursum inter ipsos quoque creditores non est nouum vt fiscus praeferatur iis etiam qui priores contraxerunt si modo pignoris causam praeuenerit l. si qui mihi 28 D.de iur.fisc.Denique cùm donationes omnes factæ inter virum & vxorem siue inter viuos siue mortis causa non nisi ad instar vltimæ voluntatis capi videantur l.in donationibus 12.C.ad leg.falcid.l. vlt.C.de donat. caus.mort.qui autem vel supplicio capitis vel pœna deportationis affectus est non possit decedere cum vltima voluntate l.eius qui 8.§.1.& seqq. cum l.seq.l.qui à latronibus 13.§.fin.D.qui testam.fac. poss.l.si quis filio 6.§ sed & si quis fuerit D.de iniust.rupt fatendum est Constantini constitutionem in d.l.res vxor. pugnare cum ratione iuris, nouumque ius inducere solo mulierum fauore subnixum. Et consequenter quod in eandem sententiam quasi ex Vlpianò scriptum legimus in l. sed si mors 13. paragrapho primo, Digestis eodem.non tam esse Vlpiani qui procul dubio contra iuris rationem tam apertè respondere nec voluisset, nec potuisset, quàm Triboniani respicientis ad supradictam Constantini legem latam longo tempore post ætatem Vlpiani. Quod à Cuiacio iampridem ante nos obseruatum libro tertio obseruation. capite decimo à nobis etiam in Iurisprudentiæ nostræ scientia pluribus comprobatum est. Vlpiani namque temporibus vsque adeo erat inutilis & irrita donatio, quam vir in vxorem contulisset si capitis aut deportationis pœnam postea vir passus esset, vt etiamsi contra eum neque accusatio instituta neque condemnatio vlla secuta fuisset, si tamen ipsius post mortem damnata memoria proponeretur siue quòd mortem sibi consciuisset, siue ex qua alia causa donationem reuocari oporteret quæ morte confirmata fuisse videbatur, vt idem Vlpianus disertè scribit in leg. cùm hic status 32. paragrapho si maritus vxori. Digestis eod. vbi addit *quamuis ea quæ alijs donauerit valeant, si non mortis causa donauit.* Quibus verbis non tantùm illud significat donationes inter virum & vxorem deterioris condicionis esse debere quàm cæteras inter alios factas, in eo, quod non possunt confirmari morte ac tacita voluntate illius qui expressam voluntatem habere nullam potest, Sed illud quoque ostendit Vlpianus, mortis causa donationes etiam inter alios factas, esse in hoc deterioris condicionis quàm donationes inter viuos, quod non possunt irreuocabiliter perfici morte illius cuius post mortē memoria damnatur: quod si ita est vt est, quanto minùs confirmabuntur aut vt melius loquar, perficientur morte illius donatoris, qui viuus fuerit condemnatus & vel capitis vel deportationis pœna affectus? Facilius siquidem est vt imperfectæ donationis perfectio impediatur, quàm vt iam perfecta reuocetur. At rursum si inter alios quoque non valent eo casu mortis causa donationes, quæ tamen valerent si inter viuos factæ essent, quanto minùs

quanto minus valebunt mortis causa factæ inter coniuges inter quos nec valerent eæ quæ absolutè ac inter viuos factæ essent? Neque verò ex iuris tantùm ratione ita esse admittendum est, quod nullam habet dubitationem, sed etiam post Constantini legem illam de qua tractamus in dict. l. res vxoris. Etsi enim ea constitutione correctum est quod Vlpianus scripserat in dict. §. si maritus. de reuocandis donationibus inter viuos coniuges factis secuta etiam post mortem condemnatione aduersus memoriam mariti, non possum tamen mihi persuadere correctum etiam illud fuisse quod de donationibus mortis causa in eundem casum infirmandis Vlpianus scripsit, quia non est verisimile Constantinum vsque adeò mulieribus & donationibus in eas collatis fauere voluisse vt alias donationes morte donatoris confirmari voluerit quàm quæ si inter alios factæ essent valerent citra confirmationem, ne mulieri noceret quod vxor fuisset, vt scripsimus libro septimo Coniecturarum capite vltimo. Nam alioquin æquè absurdum esset prodesse mulieri, quod in eam collata donatio non ab initio valuisset. Ex quo relinquitur tanto apertius quod volumus sententiam illam quæ extat in dict. l. sed si mors §. primo, non solùm Vlpiano adscribi non posse sed neque Constantino, aut alij qui ad Constantini legem nouam respexerit, sed ei qui plus etiam quàm Constantinus fauere mulieribus voluerit, protracta Constantini lege quę de simplicibus tantùm donationibus inter viuos coniuges factis locuta fuerat ad mortis causa donationes de quibus tamen Constantinus neque cogitauerat, neque cogitare potuerat. Is verò alius nemo esse potuit quàm Iustinianus aut Tribonianus quem vtrumque plus æquo vxorium fuisse tot aliæ pro mulieribus contra ius latæ constitutiones demonstrant. Hoc autem nec Cuiacius ipse percepisse videtur, nec alij qui locum illum Vlpiani explicant ex dict. l. res vxoris, quasi Constantinus quoque de donationibus causa mortis aliquid vel sanxerit, vel senserit, quod mihi certè non videtur. Longéque meliùs iudicio meo Baldus, qui textum illum dict. l. sed si mors. vnicum in iure esse scribit ex quo probari possit donationem causa mortis à marito vxori factam deportatione perinde ac morte confirmari. Quod ipsum tamen quàm alienum sit ab Vlpiani sensu non meliùs aliunde constare possit quàm ex eadem lege, in cuius principio tractans ille de donatione per maritum facta vxori causa diuortij quam in fine legis præcedentis valere dixerat, scilicet si sub tempus ipsum diuortij fiat, non cogitatione futuri quandocunque diuortij, ait, donationem tamen ita factam non valere si mors insecuta sit non diuortium, tanquam quæ facta sit in alium casum, diuortij nimirum non mortis. Mox subiicit *Proinde etsi mortis causa vxori donauerit & deportationem passus sit* quibus verbis palàm est Vlpianum, non aliud hoc casu respondere voluisse quàm quod responderat in priore donationem non valere quippe quæ in alium casum facta esset mortis non deportationis. Sic enim nos interpretari cogit dictio *proinde* & sequens articulus & quo passim vtuntur Iureconsulti vt casus similes coniungant non vt ad dissimiles transeant. Sed cùm eam sententiam Tribonianus vtilitati mulierum contrariam esse videret captata occasione vt solet ille ex lege Constantini quæ iam induxerat ius nouum quod ad donationes inter virum & vxo-

rem non mortis causa factas, non est passus incorruptum locum manere sed sub Vlpiani nomine vt audaciùs nobis illuderet, quod Vlpianus pro certo iure tradiderat donationem hoc casu non valere, sic ille immutauit vt primùm dubiam rem facere voluerit, proposita quomodo alias solet quæstione *an donatio valeat, videamus*. Mox suo etiam more priusquam ad nouam & parum probabilem disputationem ineptè respondeat, præfatur nescio quid prorsus impertinens. *Et alias placet*, inquit, *in casum deportationis donationem factam valere quemadmodum in causam diuortij*. Nimirum vt ex eo mox inferat donationem factam in casum mortis vtilem esse debere secuto casu deportationis: quæ illatio quàm mala sit, præcedens Vlpiani sententia declarat. Posset enim quis eadem ratiocinatione probare donationem factam in casum diuortij valere secuto casu mortis, quod tamen Vlpianus negat, & nemo non negauerit. Posteà subiicit Tribonianus in modum syllogismi *Cùm igitur deportatione minimè dissoluatur matrimonium, & nihil vicium mulieris incurrat* (agnosce quæso Tribonianeam phrasim) *humanum est donationem quæ mortis causa ab initio facta est tali exilio subsecuto confirmari tanquam si mortuo marito rata habebatur*. Inepta planè sed solita Triboniani subtilitate non indigna illatio. Nam si verum est vt est, deportatione matrimonium non dissolui, tanto minùs ratio facit vt deportatione donatio perinde confirmetur ac morte confirmaretur. Quomodo enim potest bona esse comparatio mortis & deportationis cùm morte soluatur matrimonium, quod deportatione non dissoluitur? Fateor casum vnum aliquando trahi ad alium (quamuis hoc in testamentis facilius quàm in contractibus aut quàm in donationibus siue inter viuos siue mortis causa) puta casum mortis ad casum seruitutis aut etiam deportationis. Sed hoc in iis demum in quibus eadem vtriusque casus ratio & potestas est, secundum ea quæ explicauimus ad §. & quid si tantùm l. Gallus vigesima nona De liberis & posthumis libro nono Coniecturarum capite tertio. At vt donatio vel conuentio alia quælibet facta in casum mortis trahenda sit ad casum deportationis, vt hoc etiam casu donatio confirmetur, ea ipsa ratio impedit quæ facit vt valeat in casum mortis, scilicet quia quæ fit in casum mortis excurrit in id tempus quo vir & vxor esse desinunt l. quia in hoc tempus decima. D. de donatione inter virum &, vxorem. quod in casu deportationis omnino diuersum est: Soli que seruitutis & diuortii casus sunt qui morti comparari possunt, cùm per eos perinde ac per mortem matrimonium dissoluatur. Qua ratione possit quis non abs re mirari cur valeat donatio inter coniuges facta in casum deportationis, cùm in id tempus conferatur quod non minùs inhabile futurum sit quàm illud est in quo fit donatio, quippe quod æquè tempus erit constantis matrimonij: Et tamen dubitandum non est si Triboniano credimus, quin deportationis vt & exilij perinde ac mortis & diuortij causa donatio fieri possit, dict. l. sed si mors §. primo, l. inter virum. quadragesimatertia. eodem titulo. Sed respondendum

est

est ab eo iure quod non lege aliqua scripta, sed moribus tantùm populi Romani receptum fuerat, facilè potuisse & debuisse iisdem moribus excipi casum hunc exilij & deportationis, vel intuitu solo miserationis, quòd alioqui fuisset inhumanum prohiberi coniugem miserabili coniugi donare ad subleuandam ipsius siue egestatem, siue mœstitiam ex coniugis donantis casu emanantem; vt hoc saltem haberet vxor tristitiæ suæ solatium, tanto æquius quanto esset illa & beneficio & laude dignior, quæ mariti etiam deportati fortunam & condicionem quam abiicere poterat si vellet, sequi maluisset. l. prima, C. de repud. l. sed etsi quinta. §. primo. D. de bonis damnatorum. At quamuis valeat donatio inter coniuges facta in casum deportationis, non est tamen bona consecutio si quis ex eo inferat cum Triboniano, donationem igitur factam in casum mortis trahendam ad casum deportationis, quoniam illa semper subest ratio quæ protractionem hanc impediat, quod verum est donationem in alium casum factam esse, & quidem quod magis est omnino dissimilem huic qui contigit, ita vt non tantùm iuris ratio, sed etiam voluntas donatoris deficere videatur. Nec enim qui donauit in casum mortis suæ facilè credendus est cogitasse de casu deportationis, sicut nec de casu diuortij, cùm sit ille plerisque tanto abominabilior diuortio quanto miserabilior & durior est ei qui deportatur. Neque rursus quicquam causæ est cur credere debeamus eum qui donauit in casum mortis æquè facilè donaturum fuisse in casum deportationis, etiamsi de illo cogitasset, siquidem is qui donat causa mortis, mauult se habere quàm donatarium. l. prima & secunda. l. Senatus. trigesimaquinta §. primo. D. de mortis causa donatione. qui verò donat in casum deportationis mauult donatarium habere quàm seipsum post deportationem: quod tamen difficile est vt quis velit propter spem probabilem quam habet deportatus quilibet quandiu viuit, fore vt ante mortem suam restituatur in ciuitatem. l. intercidit, quinquagesimanona. de conditione & demonstratione. Nulla ergo ratio est protrahendæ donationis, quæ facta est in casum mortis ad casum deportationis. Et multò rectiùs Constantinus in dicta l. res vxoris, ad finem, ex eo quòd dixerat non dissolui matrimonium per deportationem, infert, Donationem igitur manere in pendenti oportere in tempus vsque mortis mariti qui donauit, vt si decedat ille in eadem voluntate, confirmetur ex die mortis donatio, sin minùs, infirmetur. Quanquam, vt iam dixi, non de mortis causa donationibus Constantinus quicquam cauit, sed de iis tantùm quæ inter viuos factæ sint, & quæ si inter alios quàm inter coniuges factæ essent, valerent vtique, nec vlla confirmatione indigerent. Sed & in eo valde incautus fuit Tribonianus, quòd Constantinianæ legis verba secutus, quasi eum ipsum casum quem Constantinus, ac non penitus diuersum tractaret, vsus est verbo illo *Confirmari*, non animaduertens verbum hoc non conuenire donationibus causa mortis: quæ cùm ab initio valeant, confirmari nec possunt, nec debent, ne quidem per mortem, sed morte tantùm perfici dicuntur, quod longè aliud est, sed conuenire tantùm donationibus inter viuos, quæ cùm ab initio non valeant inter coniuges, numquam

possunt esse nisi inutiles, si non ex postfacto confirmentur. Nec paruus erroris istius effectus est, cùm ex eo alius sequatur longè absurdior. Cùm enim confirmata dicatur siue donatio siue alia quælibet voluntas, ea demum quæ desinit posse reuocari, (siquidem nec firma esse potest quæ est reuocabilis, nec confirmata, quæ nondum est firma) Tribonianus tamen hanc ipsam donationem à marito causa mortis factam, quam per deportationem non minus quàm per mortem confirmari ait, vult posse reuocari etiam post deportationem, si maritus qui & donauit & deportatus fuit, donationem reuocare malit, quàm in eadem voluntate perseuerare. Sic enim subiicit, *ita tamen vt non adimatur licentia marito eam reuocare, quia & mors eius expectanda est, vt tunc plenissimam habeat firmitatem quando ab hac luce fuerit subtractus, siue reuersus, siue adhuc in pœna constitutus.* Quæ verba siquis exactiùs perpensa non statim nobiscum dicat esse Triboniani non Vlpiani, vix mihi persuadebit se in legendis Vlpiani cæterorúmque prudentum scriptis & Iustiniani constitutionibus vel mediocriter esse versatum. An non verò pugnat euidenter hæc adiectio cum eo quod immediatè præcedit donationem, hanc tali exilio confirmari *tanquam si mortuo marito rata habebatur.* Nam & sic idem Triboninaus loquitur, pro eo quod dicere voluit & debuit, *quemadmodum mortuo marito rata haberetur.* Aut quænam subtilitas illa est, confirmari donationem per deportationem, nec tamen plenissimam habere firmitatem nisi per mortem? Sufficiebat vt Tribonianus diceret hanc donationem deportatione non infirmari, nec oportebat vt diceret confirmari. Quæ non infirmatur potest tandem perfici, licèt quandiu perfecta non est possit etiam reuocari, Sed quæ confirmata semel est ea reuocari postea nunquam potest. Sed & grauior alius Triboniani lapsus in eo est, quod non animaduertit Constantini legem protrahi non posse ad mortis causa donationes secuta deportatione confirmandas, quin illud etiam inducatur, vt possit maritus donare vxori mortis causa in casum publicationis bonorum. Nam ex Constantini lege apparet eam constitutionem ad illum casum pertinere quo bona omnia donatoris publicata sint & ad fiscum peruenerint, quod ostendunt verba illa vltima *fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.* Atqui licèt verum sit posse donationem causa mortis fieri in casum exilij & deportationis, id tamen certum est tunc non obtinere cùm donatoris bona ad fiscum perueniunt, tametsi facta sit donatio eo tempore quo nulla suberat adhuc suspicio pœnæ. Hoc siquidem commune ius est omnium mortis causa donationum, vt remoueantur tanquam imperfectæ quoties donatori viuo bona per pœnam auferuntur, cùm tamen cæteræ donationes inter viuos sine pœnæ suspicione factæ valeant vt scriptum est in l. si aliquis 7. D. de mortis causa donat. iunct. l. post contractum 15. D. de donatione. Vt plurimùm autem deportatio comitem habet publicationem bonorum vel omnium vel pro parte, licèt non semper l. relegatus 14. §. primo & vltimo, & l. sequenti. D. de interd. & releg. Et eo demum casu quo bona deportati publicata non sint, defendi potest donatio causa mortis in casum exilij & deportationis facta non etiam in eum casum quo deportatio futura sit cum

cum bonorum amissione quia id fieri non posset non solùm sine suspicione pœnæ sed nec citra fraudem fisci, quo casu, neque si donatio inter viuos facta esset valere tamen ex Constantini lege posset. Id enim esse videtur, quod Constantinus significare voluit primis illis verbis *in eam ante reatum iure peruenerant. Iure* inquam id est, *sine fraude* vt & sequentia ista probant *&* *donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in vxorem.* Esset namque absurdum confirmatas à Constantino donationes inter virum & vxorem eo casu quo inter alios factæ valere non possent: Nec aliud egit Constantinus nisi vti ne pateretur deteriorem esse condicionem mulieris cui maritus in præmium pudicitiæ donasset, quàm cæterorum quorumlibet donatariorum, at non etiam vt faceret meliorem. Illud etiam perpendo, quod Paulus scribit in l. inter, quadragesima tertia De donatione inter virum & vxorem, inter virum & vxorem exilij causa donationem fieri posse. Ait *exilij* non *deportationis* quia exilium multo lenius est deportatione, & relegationem potiùs quàm deportationem significat, relegatio autem bonorum publicationem non irrogat nisi cùm specialiter ita dictum est dict l. relegatus decima quarta §. primo l. relegati 4. D. de pœn. In eóque proculdubio alius Triboniani lapsus fuit quod Pauli de exilio tantùm locuti sententiam protraxit ad deportationem, non minùs infelici imperitia quàm qua legem Constantini de donationibus inter viuos locutam protraxit ad donationes causa mortis. Etsi enim non nego posse valere donationem mortis causa factam in casum deportationis si deportato bona non fuerint adempta, non minùs quàm si facta esset in casum exilij, hoc tamen interest an de ea loquamur quæ facta sit in casum exilij, an de illa quæ in casum deportationis, quod deportationis nomen sua vi amissionem bonorum includit nisi aliud in sententia expressum sit, exilij verò & relegationis nomen non item. Itaque cùm dicimus fieri posse donationem causa mortis in casum deportationis simpliciter, propositio non magis vera esse potest quàm si diceremus posse fieri donationem in casum ademptionis & publicationis omnium bonorum. At cùm dicimus posse donationem fieri in casum exilij, propositio simpliciter vera est, quamuis futura sit falsa si addas tale esse exilium cui etiam ademptionis bonorum pœna sit adiuncta.

ERROR QVARTVS.

De donatione causa mortis facta inter coniuges, & per donatorem postea deportatum reuocata.

CASVM hunc tractat Baldus in l. executorem. numero 35. C. de execut. rei iudicat. De marito qui timens ne bona sua fiscus inuaderet fecerat donationem causa mortis vxori suæ. Ipsissima enim Baldi verba vsurpare volumus. Demum, inquit ille, contingit quod imaginatio facit casum quia positus est in banno æris & personæ. Modo quæritur Vtrum dicta vxor possit defendere sibi donata ne veniant in fiscum, an verò fiscus possit ea capere

mortis causa donationem, nec addit, quod Baldus, factam fuisse ab eo qui iam tum cogitaret fore vt bona sua quandoque ad fiscum peruenirent. Itaque quamuis verum esset quod Tribonianus contra iuris rationem induxit vt eiusmodi donatio quæ causa mortis facta esset, valeret in casum deportationis, nō esset tamē bona consecutio vt perinde valere deberet in casu l. al. quoniā Tribonianus de ea locutus est quæ facta sit sine suspicione pœnæ. Baldus verò de ea quæ suspicionem pœnæ habuerit pro causa magis quàm mortem. Si enim donationes causa mortis hoc ipso quod mortis causa factæ sunt infirmantur per capitis pœnam superuenientem donatori tum quoque cùm nulla pœnæ suspicio in iis faciendis interuenit d. §. si maritus. l. huius. 7. D. de mort. caus. donat. quantò magis dicendum est non valituram eam quæ & mortis causa facta sit & propter suspicionem pœnæ? Hoc volo dicere, facilius esse vt Triboniano concedamus valere in casum deportationis etiam quæ publicationem bonorum sociam habeat, eam donationem quæ mortis tantùm causa facta sit ab eo qui de casu deportationis nihil cogitauit, quàm vt largiamur Baldo quod ille vult valere mortis causa donationem factam cogitatione futuræ deportationis & suspicione pœnæ ab eo cui postea pœna illa irrogata sit. Priore namque casu fraudaretur fiscus non consilio, sed tantùm re ipsa & euentu, posteriore verò & consilio & euentu, quam fraudis speciem nemo negat esse multò intolerabiliorem. l. si quis cùm haberet 15. & pass. D. quæ in fraud. credit. præsertim verò in donationibus causa mortis, quæ vt inutiles fiant sufficit adesse fraudem euentu, quamuis nihil dolo malo factum sit, quia comparantur legatis vt Vlpianus noster ratiocinatur in d. l. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patron. Apparet igitur falsam prorsus & improbabilem esse sententiam illam Baldi vt donatio causa mortis valeat quæ facta sit & suspicione pœnæ & ab eo qui postea passus sit pœnam deportationis, neque aut errore Triboniani aut Constantini lege nedum Vlpiani responso vllo posse comprobari. Nam ex duobus illis quæ hoc casu interueniunt ad infirmandam donationem alterutrum adesse sufficeret vt donatio non valeret. Sed illud longè absurdius est quod idem Baldus ad alteram à se propositam quæstionem respondet si donator hic post arrogatam pœnā deportationis donationem reuocauerit, penes eum remansuram rem donatam, non penes fiscum ad quem cætera ipsius bona omnia peruenerunt. Quidni enim ad fiscum pertineat quod inutiliter donatum fuit, cùm reuocata donatio pro eo habenda sit ac si facta nunquam esset? An forte vxoris fauor in quam collata fuerat donatio, nocebit fisco, cùm nec vxor ipsa propter donationis reuocationem admittatur? Aut quid stultius quam fauere donatori qui non tantùm legibus & fisco illudere voluerit, sed etiam vxori? Atqui, inquit Baldus, res ista donata non fuit in causa confiscationis. Immo inquam fuit, cùm fuerit in causa bonorum. Nec enim dominium eius adhuc à marito, eodémque donatore discesserat, & quia donatio facta erat mortis causa tantùm & ita vt nunquam marito dominium non transferretur. l. sed interim. 11. D. de donat. inter virum & vxor. & quia etiamsi donatio inter viuos facta fuisset, dominium tamen nisi post mortem donatoris in vxorem transferri non potuisset. Cùm igitur bona omnia mariti per publicationem ad fiscum peruenerint, res verò donata manserit in dominio mariti, consequens omnino

est, vt ea quoque res donata in causam publicationis cedat & ad fiscum deuoluatur. Nec potest huic nostræ sententiæ obiici quod in fine supradictæ legis Constantinianę scriptum est in hæc verba *fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.* Potiùs enim probat hic versiculus, in confiscationem venire illa etiam bona, quæ vxori à marito donata fuerunt. Sensus namque est ea pertinere quidem ad fiscum quandiu donator viuit, necdum confirmata donatio est, sed donatore tandem in eadem voluntate defuncto ita confirmari ex die mortis donationem, vt nullum ab eo tempore ius in iis bonis sibi vindicare fiscus possit. Alioquin quid obsecro attineret dicere *in posterum*, si nullum in iis bonis ius fisci vnquam fuisset? Et verò cur fiscum excluderemus toto eo tempore, quo nullum potest esse ius vxoris cui donatum fuit contra leges? Quod autem lex sic loquitur, *nullam in posterum communionem*, non sic accipiendum est quasi vllum tempus sit in quo dominij communio aliqua inducatur inter fiscum & vxorem donatoris, sed quia dominij communio illa esse videtur solo tempore diuisa cùm vno tempore dominium est ita fisci tantùm vt nullo modo sit vxoris, hoc est, ex die publicationis vsque ad diem confirmatæ per mortem donationis, alio verò tempore ita est vxoris vt nullum in eo fisci ius superfit, id est, ex eo die quo mortuus donator fuit & donatio confirmata. Et errant si qui sunt qui putant ea verba *in posterum* sic accipienda, quasi Constantinus velit post eam legem nullum sibi ius posse fiscum vindicare in bonis donatis, quæ si ea lex non esset ad fiscum peruenire deberent. Nam si verum est, vt est, ante eam legem ita ius fuisse vt bona inutiliter donata perinde ac cætera nõ donata fisco acquirerentur, nec tantum ex die publicationis, sed etiam in perpetuum, Constantinus autem nihil induxit fauore mulieris donatarię, nisi vt à die mortis mariti tanquam exinde confirmata donatione dominium ad mulierem pertineret, nulla prorsus ratio est ita interpretandæ constitutionis vt in quo non fauit mulieri, ius fisci læsisse videatur. Cederet siquidem ea læsio in fauorem ipsius mariti qui certè nullo prorsus fauore dignus videri potest. Illud porrò nouũ non est vt fiscus exequatur ius suum in ea quoq; bona donata quandiu viuit donator necdũ confirmata donatio est, posteà verò desinat habere ius retinẽdorum ex persona & delicto donatoris bonorũ quæ alius quilibet donatoris heres vxori restituere teneretur, vt dici solet cùm ob æs alienum heredis distrahuntur à creditoribus bona quorum alienatio prohibita sit per testatorem. l. peto. 69. §. prædium. de legat. 2. Quanquam in proposito si ea lex Constantini non esset, ius fisci non temporale, sed perpetuum esse deberet, nec intercideret morte donatoris, cum non magis donatio causa mortis quàm alia quælibet vltima voluntas possit fraudi esse fisco vt nec aliis creditoribus. l. filiusfamil. 114. § Diui. 2. de legat. 1. quippe quorum non alia hac parte ratio est quàm fisci, nisi hactenus vt fisco præferantur. l. Statius Florus. 48. §. vltim. D. de iur. fisc. Quod autem Baldus obiicit ex l. si deportati seruo 7. in princip. De legat 3. ad rem certè non facit. Ibi enim Vlpianus hoc tantum scribit, si fideicommissum seruo deportati adscriptum sit, ad fiscum illud pertinere, nisi eum deportatus viuo testatore alienauerit, ante scilicet quàm esset deportatus (nam bona quæ semel fuerunt publicata postea alienare nunquàm potest. l. deportatus 15. D. de interd. & releg.) vel fuerit restitutus: tunc enim, inquit, ad ipsum deportatum debebit pertinere

fidei-

commissum. Nempe quia seruus ipse cui est adscriptum fideicommissum ad eum pertinet, post restitutionem. Itaque hoc casu fideicommissum quoque publicationi quidem cedit cum seruo, seruus autem cum vniuersitate bonorum, quia necesse est vt sequatur fideicõ missum causam dominij serui cui fideicommissum datum fuit, seruus autem proculdubio ad fiscum pertinet, Sed secuta restitutione sicuti seruus qui fuerat publicatus pristino domino restituitur, ita & omnia quæ per seruum fuerant fisco acquisita, vt restitutio tantum reddat, quantum deportatio abstulerat. l. 1. C. de sentent. pass. & restit. At in casu Baldi nullum tempus est ex die publicationis bonorum, in quo res donata possit ad donatorem aut ad vxorem pertinere quandiu donator viuit, & consequenter necesse est vt ad fiscum pertineat: Vbi autem cœpit pertinere, non potest reuocatio sola subsecuta ius fisci tollere quomodo tolleret confirmatio si confirmata donatio fuisset, quia donator deportatus cùm donationem reuocat quam contulerat in vxorem, non tam sibi prodest quàm vxori nocet, fisco autem prodest cui tamen nocuisset si donationem confirmasset, quoniam confirmatio per legem adiuuatur vt etiam ius illud perimat quod fisco fuerat quæsitum: reuocatio autem non similiter adiuuatur, quia nec auxilio vllo indiget vt reuocationis effectum habeat in præiudicium vxoris in cuius persona nunquam constitit donatio. Vt verò etiam fisco noceat ea reuocatio, prosítque donatori contra fiscum, cui non ex donatione sed ex condemnatione ius quæsitum est, extra vim & effectum reuocationis illud est, nouáque lege opus esset, quæ nulla hucusq; in eam rem lata reperitur, nec nisi iniqua ferri talis lex posset in odium fisci & fauorem fraudatoris. Quod cùm de donationibus etiam inter viuos verè dicatur, quæ sui natura si valerent irreuocabiles essent, multo magis de donationibus causa mortis dici potest, quæ inter coniuges factæ nec valent secuta deportatione cum bonorum amissione, & tum quoque cùm valent reuocari tamen ad nutum & arbitrium donatoris possunt, vt proinde tanto faciliùs in præiudicium & donatoris & donatariæ vxoris fisco irreuocabiliter acquirantur, nec donatoris morte ac silentio vnquam confirmentur. Denique nulla ratio est, vt quod Vlpianus respondit in fauorem deportati restituti, in d. l. si deportati, nos cum Baldo protrahamus ad donatorem deportatum reuocantem donationes quas in vxorem contulerat, siue inter viuos, siue mortis causa donauerit, quandoquidem nihil simile habet reuocatio donationis cum restitutione in integrum. Reuocatio donationis nullo modo pertingit vsque ad ius fisci, tantúmque abest vt fisco nocere debeat, vt potius prosit hoc ipso quod nocet vxori. At restitutio in integrum non datur nisi contra fiscum, & consequenter vt prosit donatori, qui alioquin donationem reuocando quam in vxorem contulisset, fisco magis quàm sibi fuerat profuturus.

ERROR V.

De retroactione donationis causa mortis inter coniuges an ratione dominij sit facienda, an ratione fructuum tantum.

PAPINIANVS scribit in l. si mortis 40. D. de donat. cau. mort. Si mortis causa donatio inter virum & vxorem facta sit, morte secuta reduci eam ad id tempus quo facta est, Quod etsi apertam sententiam illam habet, vt donatio mortis causa etiam inter

coniuges facta retrofingatur valuisse ex quo tempore facta est, interpretes tamen nostri quibus hoc durius videtur quàm vt possint concoquere, aliter atque aliter accipiendum esse volunt. Facit iis difficultatem quod vident neque inter viuos neque mortis causa posse sic fieri donationem inter coniuges vt constante matrimonio dominium in donatarium transferatur, quia eo tempore omnis dominii translatio inter coniuges moribus prohibita est l. sed interim 11. D. de donatione inter virum & vxorem. Ita enim fit vt extremum ad quod retrofictio fieri deberet sit inhabile, ideoque non videatur hæc res admittere retrofictionem vt ratiocinatur Bart. ad l. nec vtilem D. ex quib. cauſ. maior. vbi tractans de donationibus inter virum & vxorem etiam simpliciter & absolutè non mortis causa factis quas retrotrahi certum est ad id tempus quo factæ sunt si speciali aliqua voluntate fuerint confirmatæ, vt ostendimus in Error. 3, Decad. 40. ex l. donationes quas parentes 25. C. de donatione inter virum & vxorem negat eas retrotrahi quantum ad dominium sed tantùm quantum ad fructus, Quam sentētiam à cæteris interpretibus probatam, & veram esse scribit Didac. Couarr. in 3. part. rubr. De testam. num. 5. Accursius verò cuius sententiam Paulus Castrens. & alii nonnulli secuti sunt in d. l. si mortis. putat eam legem ad eas tantùm mortis causa donationes pertinere, quæ sic factæ sint vt nullo casu reuocentur, quomodo fieri eas posse constat & sic factas pro iis haberi acsi inter viuos factæ essent l. vbi ita donatur 27. D. de mort. cauſ. donat. Nam donationes factas inter coniuges & inter viuos fatetur Accursius retrotrahi posse ad id tempus quo factæ sunt etiam quod ad dominium non minùs quàm quod ad fructus in l. sub condicione 16. de solut. & in l. sequens quæstio 68. de legat. 2. licet alias idem ille contra putauerit, retrotrahi debere quod ad fructus duntaxat non quod ad dominium, in d. l. donationes & in l. 2. C. de inoff. donat. quæ primum fuit sententia Hugolini ab eodem Accursio relata in l. talis scriptura 30. in glos. vlt. de legat. 1. Sed donationes mortis causa factas inter virum & vxorem, negat Accursius retrotrahi posse neque quod ad dominium neque quod ad fructus, Motus ex d. l. sed interim § 1. vbi disertè scriptum est non retroagi huiusmodi donationes. Didacus verò interpretationem hanc refellit, nec malè, ex eo quòd cùm donatio causa mortis ita fit vt nullo casu reuocetur magis inter viuos quàm mortis causa donatio est ideoque inter coniuges prohibetur d. l. vbi ita donatur. Negari verò non potest Papinianum in d. l. si mortis. agere de ea donatione quæ & causa mortis facta sit, & eo iure valeat, vt neque vlla egeat confirmatione ad hoc vt validetur. Cùm enim de donationibus à coniuge in coniugem inter viuos profectis agimus, prius est vt dicamus eas confirmari vel morte sola & silentio vel speciali aliqua voluntate quàm vt quæramus, vtrum ad id tempus quo factæ sunt, retrotrahantur. At neque omnes quæ morte confirmantur retrotrahuntur vt malè nostri sensisse videntur ad d. l. donationes, sed eæ tantùm quæ speciali voluntate fuerint confirmatæ, quomodo à nobis explicatum & probatum est suo loco. In eoque præcipua differētia obseruāda est donationum causa mortis inter cōiuges factarū & earū quæ inter viuos quod quæ inter viuos factæ sunt nec ab initio valent, nec ullo etiam casu quo morte ac silentio

confirmatæ

confirmatæ sint, tamen retrotrahuntur, nisi confirmatio specialis accesserit: quæ verò mortis causa, & valent ab initio, ita vt confirmari neque debeant neque possint, & retrotrahuntur, etiamsi specialiter confirmatæ non sint. d. l. si mortis. Itaque sola ea dubitatio superest an retrotrahantur quod ad fructus tantùm pertinet an etiam quod ad dominij causam. Sunt verò qui Ioãnem veterem glossatorem secuti distinguant donationes causa mortis ita factas vt dominium ex iis non nisi post mortem transferatur, à cæteris, quæ vel simpliciter fiunt, vel ita vt confestim, quamuis reuocabiliter dominus fiat donatarius. Sic enim Ioannes distinguebat, vt idem Accursius noster refert ad d. l. sed interim. §. 1. neque dubitabat quin donationes omnes causa mortis factæ retrotrahi deberent etiam quod ad dominium, ad id tempus quo factæ essent, exceptis duntaxat iis ex quibus dominij translatio expressim collata esset in id tempus quo donatoris mors esset subsecuta: quasi in hoc posteriore donationis genere voluntas ipsa donatoris repugnet, impediátque ne retrotrahi possint. Addebat Ioannes excipiendas quoque donationes illas in quibus condicio personæ mutaretur vt se euolueret ex ea obiectione quam fieri videbat ex d. l. sed interim. §. 1. & seqq. vbi sex casus proponuntur in quibus donatio causa mortis inter cõiuges facta valet quidem sed ita tamen vt non retroagatur. Sed tamen videtur mihi hæc quoq; distinctio nullam habere rationem. Nam tum quoque cùm ita sit donatio mortis causa, siue expressis verbis, siue tacito intellectu, vt secuta dũtaxat morte donatoris dominium in donatariam coniugem transferatur, nihil tamen fit contra verba donationis, neque contra volũtatem donantis, si secuta donatoris morte donatio ad id tempus quo facta est retrotrahatur, quoniam ea cõuentio siue expressa, siue tacita, ideo tantũ interponitur, ne donator quandiu viuit dominiũ amisisse videatur, vt scilicet tãto liberiorem sibi retineat donationis reuocandæ facultatem, non etiam vt impediatur retroactio, si tandẽ decesserit donator in eadẽ volũtate. Id enim agit qui ita donat vt sibi soli nõ etiã vt suo heredi cõsulat. Quod autẽ post mortem donatoris, qui donationẽ neq; expresse, neq; tacite reuocauit, retroagatur donatio ad tẽpus illud quo facta fuit, soli heredi nocere potest non etiã donatori, etiãsi quod ad dominiũ retroactio fiat. Immo nec video quid heredis interesse possit an retroactio fiat quod ad fructus tãtũ an etiã quod ad dominiũ, cùm totũ rei emolumentũ in fructibus cõsistat. l. cùm filius. 76. §. dominus de legat. 2. Rursum quod idẽ Ioannes dicebat excipiẽdas eas donationes in quibus condicio personæ mutatur, vereor ne nimis generaliter & obscurè dictũ sit: Multi enim possent incidere casus in quibus condicio personæ mutaretur, nec eò minus tamen donatio ad tempus quo facta esset retrotraheretur. Debuerat potius dicere in omnibus illis casibus quos Vlpian. supradicto loco ex Marcello persequitur ideo non retroagi donationẽ quoniã retroactio faceret vt nõ valeret saltẽ eo modo quo donator valere voluisset. Nã qui donat & tradit vxori suæ filiæfamilias, nec inter viuos, sed mortis causa, non id agit vt donatio illa patri acquiratur, si modò mortis tempore, & cùm adhuc reuocare donationem posset si vellet, videat vxorẽ factã sui iuris, sed magis credibile est eũ ideo nõ reuocare donationẽ vt acquiratur illa vxori cui etiã donauit, reuocaturus fortasse si mortis suæ tẽpore habuisset vxorẽ in eius patris potestate, in cuius erat tempore donationis: Quemadmodum è contrario qui donauit vxori suæ eo tẽpore quo erat illa sui iuris, si postmodũ sit

facta ea filiafamilias & ille decedat in eadem voluntate non tam in vxorē quàm in ipsius patrem conferre donationem intelligitur, hoc ipso quod eā non reuocat quam posset si vellet reuocare. Id enim tempus inspiciendum est quo perficitur donatio quàm quo inchoatur. d.l. sed interim §. idem ait & seqq. Nimirum cùm de illo agitur cui acquiratur: at non etiam si disputetur quid & quantum acquiratur. Nec enim dubitari potest quin donator voluerit acquiri quicquid ille tradidit, & quicquid ex die traditionis accessit, id est emolumenrum omne fructuum ex eo tempore. Nam nec in omnibus illis casibus quos Vlpianus tractat mutatio vlla contingit in re donata sed in persona tantùm eius cui donatum fuit. Itaque vt dicam apertiùs donatio causa mortis etiam inter coniuges retrotrahitur semper & omni casu ad id tempus quo facta est in præiudicium donatoris, quoniam ea retroactio non tam donatori nocet quem defunctum esse necesse est priusquàm de retroactione tractari possit, quàm donatoris heredi cui proculdubio nocere & voluit & potuit is qui donauit. Sed non semper ad illud idem tempus quo facta est retrotrahitur in fauorem donatarij, hactenus scilicet vt donationis commodum habeat ipsa persona, quæ habitura esset, si donatio inter viuos ab initio vtiliter facta fuisset, quia quod ad hanc rem attinet cùm nihil aliud inspiciendum sit nisi in quem donator voluntatem suam direxerit, certum est voluntatem illam meliùs colligi ex eo statu qui est personæ donatarij eo tempore quo donator moritur, quam ex eo qui fuit tempore donationis: siquidem donator non alium heredi suo in re donata moriens prætulisse videri potest, quàm eum ad quem vidit peruenturum emolumentum donationis si eam non reuocaret. Hoc ipso igitur quod reuocare noluit cùm posset, in illum ipsum donationis voluntatem contulisse intelligitur. Neque hæc sunt contradictoria vel contraria, Vt retroagatur donatio & non retroagatur, cùm sit vtrumque diuersis respectibus. Quanquam nec illud semper verum est non retroagi donationem quantum ad personam donatarij, sed aliquando retroagitur, aliquando non retroagitur, prout mutatio condicionis in persona donatarij potest inducere vel non inducere diuersitatem voluntatis. Idque Vlpianus ipse docet satis in d.l. sed interim, si iungas §.1. cum §. penultimo eiusdem legis. Nam in §.1. ita scribit *quando itaque non retroagitur donatio* (sic enim legendum est vt in vulgata editione non vt in Flor. *retroagatur*) vt intelligamus, non ergo semper non retroagi. At in § penultim. *Planè*, inquit, *in quibus casibus placeat retroagi donationem*: quæ verba non potuit explicare Accursius, non distinguens retroactionem donationis faciendam in persona donatarij ab ea quæ fit in re ipsa donata in præiudicium heredum donatoris. Hæc posterior semper fit & omni casu, nec ad eam possunt vllomodo accommodari verba illa *in quibus casibus placeat retroagi*. Prior verò neque semper fit neque nūquam sed pro casuum diuersitate. Ex quo apparet totam illam Marcelli & Vlpiani disputationem in d.l. sed interim. de donatione causa mortis ad id tempus quo facta est non semper retrotrahenda, non repugnare sententiæ Papiniani in dict. l. si mortis, vbi scribit generaliter & indistinctè mortis causa donationes quandocunque secuta morte perfectas ad id tempus quo factæ sunt reuocari. Loquitur enim Papinianus de illa tantùm retroactione quæ fiat in præiudicium heredum donatoris, vt quisquis ille

erit cui donationis emolumentum acquiretur, perinde haberi debeat, ac si rem illam donatam ab initio inter viuos & irreuocabiliter habuisset. Cæterùm an retroagi debeat donatio, necne quod ad hoc vt donatio in coniugem collata vel ipsi vel ipsius patri acquiratur, non tractat eo loco Papinianus, de quo solo tamen Vlpianus & Marcellus tractant in d. l. sed interim. Neque huic interpretationi nostræ obstat quod in dicto §. penultimo, Vlpianus ait, si vxor rem quam à marito mortis causa acceperat, alii viuo eo tradiderit, nihil agi ea traditione, quia non ante vltimum vitæ tempus ea res mulieris fuit. Id enim ad eos tantùm casus pertinet in quibus antè dixerat Vlpianus non retroagi donationem fauore mulieris cui donatum erat, vt ex eo intelligimus quod statim sequitur apud Vlpianum, *Planè in quibus casibus placeat retroagi donationem, etiam sequens traditio à muliere facta in pendenti habebitur.* Vt inferamus non stare per eam retroactionem quæ in re donata fieri debet, quominus valeat traditio per mulierem facta viuo donatore, sed per aliam illam retroactionem quę fieri deberet in persona mulieris donatariæ, ad hoc vt traditio à muliere facta efficax fuisse videretur ad dominium transferendum, Quia non sufficit quod iam inde à die traditionis donatæ rei dominium à donatore discessisse retrofingatur, nisi etiam illud concurrat, vt dominium illud quod abscessit à donatore, acquisitum sit mulieri quæ rem illam sibi donatam alij tradidit viuo adhuc marito. Prius enim est vt per retroactionem quæ fit donationis ad tempus quo facta donatio est retrofingatur mulier fuisse domina eo tempore quo tradidit quàm vt possit ipsa retrofingi dominium transtulisse. Quomodo enim posset videri transtulisse dominium quod ipsa nunquam habuisset? Ergo in ea specie non illa ratio impedit effectum donationis & traditionis factæ per mulierem, quòd donatio prior à marito facta non semper retrotrahatur in præiudicium mariti heredúmque ipsius, sed illa potiùs, quòd non retrotrahatur semper in fauorem mulieris, putà si eo tempore quo maritus moritur reperiatur illa in patris potestate, cùm donationis tempore fuisset sui iuris. Hoc enim casu cùm non retroagatur donatio in fauorē mulieris, sed in fauorem patris, retrofingenda est paternam rem inscio patre, ac proinde inutiliter potiùs quàm suam tradidisse. Denique non est dubitandum quin semper retroagatur donatio, & quidem non tantùm in præiudicium donatoris, heredúmque ipsius, sed etiam in fauorem donatarij. Sed an in fauorem huius vel illius donatarij retroagi debeat, id est an hic vel ille donatarius censendus sit, putà an filia, an pater eius, an mulier cui donatum vir voluit, an dominus serui qui fuit interpositus, vt in d. l. sed interim. §. consequenter. incertum est & pendet in diem mortis donatoris: sicut & pendet interdum an valeat donatio, quod cùm euenit, illud etiam pendēre necesse est an retrotrahenda quandoque sit necne, quia non alia retrotrahi potest quàm quæ valeat. Potest autem fieri facilè vt non valeat, quamuis donator voluntatem non mutauerit, Putà si donatio mortis causa facta sit per interpositam personam, & is qui interpositus est etiam posteaquam dederit mulieri decesserit viuo adhuc donatore, Tunc enim donatio euanescit d. l. sed interim §. idem Marcellus, vbi ratio redditur, *quia debeat donatio aliquo momento fieri interposito*, id est ei personæ quæ interposita fuit, & in ea consistere, & sic deinde ad mulierem transire. Personam enim interpositam hîc accipimus, vt & in l. quarta. D. de donat. non eius qui electus sit tanquam nuncius vel

nudus minister, de quo in l. absenti. decima eodem titulo, & l. si quis Titio. decimaseptima. de legatis secundo. sed qui electus sit vt ipse prior rem haberet, deinde in alium eam transferret, vt & in l. profectitia. 5. §. si quis certam. D. de iur. dot. Hæc cùm ita sint, nec iam Vlpiani vel Marcelli autoritas pugnare videri possit cum ea Papiniani sententia, quam nos defendimus, ille tantùm scrupulus tollendus est qui nostros turbauit ne potuerint admittere donationes causa mortis non minus quod ad dominium, quàm quod ad fructus retroagi oportere. Is est, quod in omni retroactione duplex requiratur extremum vnum à quo & alterum ad quod, vtrumque autem habile esse oporteat, vt retroactio fieri possit. Atqui, inquiunt, non potest in proposita specie extremum ad quod esse habile, quia eo tempore quo facta donatio est, cùm adhuc matrimonium constaret, donatio purè & absolutè inter coniuges fieri vtiliter non potuisset, Ergo neque retrofingi potest facta esse. Nos verò respondemus plus posse hoc casu fictionem, quàm veritatem, quoniam rationes quæ faciunt vt donatio non possit inter viuos fieri à coniuge in coniugem, sicut non habent locum in donatione causa mortis, ita neque impediunt quominùs donatio causa mortis vtiliter facta retrotrahatur ad id tempus quo facta est, vt eundem effectum habeat quem habuisset si inter viuos vtiliter facta esset cùm non tam ex eo tempore vim sumat quo facta, quàm ex eo quo perfecta est. Nec absurdum videri debet plus posse fictionem quàm veritatem, cùm ratio impedimenti quæ obstaret ne veritas locum habere posset, non impedit fictionem, vt euenit in proposito casu, in quo non incipit fictio nisi post mortem donatoris, & eo tempore quo verendum amplius non est ne ob mutuum amorem se spolient coniuges qui coniuges esse desierunt, cum & eum qui donauit non donatio ipsa spoliauerit quam viuus fecerat, & quam potuerat reuocare, sed mors ipsa quæ bonis etiam cæteris quamuis non donatis eum spoliauit. Neque rursus absolutè verum est quod vult Bartolus deesse hîc extremum ad quod cùm sit tempus aliquod in quo facta fuit donatio, & in quo illa fieri vtiliter potuisset, nisi illud ipsum ius quod retrofictionem inducit, donationi inter viuos ab initio faciendæ obstitisset propter rationes quæ cessant post mortem donatoris. In summa debet retrofictio ad exemplum veritatis accommodari quoties eadem in vtroque casu vero & ficto ratio est, non cùm diuersa. Eiusdem enim iuris potestate fit, vt & non valeat donatio inter viuos propter certas rationes & valitura fuerit, si rationes illæ non fuissent, & consequenter vt retrofingi possit valuisse si quando rationes illæ cessabunt, quomodo cessant mortuo donatore. Alioqui si tantam in extremo ad quod habilitatem requiras quantam Bartolus requirit, fatendum erit non magis ratione fructuum quàm ratione dominij posse vnquam retroagi donationem siue inter viuos, siue mortis causa factam, quia sicuti nullo casu fieri potest vt dominium rei donatæ à viuo coniuge in coniugem transferatur, ita neque vt donatarius suos faciat fructus perceptos ex re donata quandiu donator viuit, cùm sit ille malæ fidei possessor tanquam qui sciat aut scire debeat alienam esse rem quam possidet ex illicita donatione. l. si vxor filio. decimanona. D. de donat. inter virum & vxorem. malæ verò fidei possessorem certum est nullos fructus suos facere, ne quidem quos consumpsit, l. certum. vigesimasecunda. C. de rei vindicat. l. fructus. quadragesimaquinta. D. de vsur. secundum eam interpretationem illius

illius loci & emẽdat ionẽ quam attulimus libro quarto Conicturarũ, capite decimooctauo. Tam igitur difficile est vt quod ad fructus retroagatur donatio quàm vt quod ad dominium, Aut vt dicamus accommodatius ad rem nostram, tam facile est legi retroagere donationem quod ad dominium quàm quod ad fructus cum acquisitio fructuum in necessarium antecedens præsupponat acquisitionem dominij, quia fructus non seminis sed soli iure percipiuntur, l. qui scit. vigesimaquinta. §. vltimo. D. de vsur. Adeò vt tum quoque cùm lex vult alicui fructuum emolumentum sine dominio præstare, cogatur tamen eum fingere dominum quantum ad causam fructuum acquirendorum, vt in bonæ fidei possessore fit, de quo in l. bonæ fidei. quadragesimaoctaua. D. de acquirendo rerum dominio. bona fide tantundem in hoc præstante quantum veritas præstaret, quatenus lex impedimento non est. l. bona fides. 136. de regulis iuris. Id verò in proposita quæstione tanto maiorẽ habet ratiõnẽ, quod nõ posset dici cuius bono & commodo cedere deberet, nõ retroagi donationẽ quod ad dominiũ siue donatoris vtilitatem inspicias, cui retroactio vlla nullomodo nocere debet, siue heredis, cui necesse est vt noceat ex eo tẽpore quo facta fuit, cùm exinde donator magis di lexerit donatarium in re donata quàm heredem. In bonæ fidei verò possessore si lex quæ habet eum pro domino quod ad fructus duntaxat propter bonam fidem, haberet eum pro domino absolutè, fieret iniuria vero domino qui ea ratione rem suam vindicare prohiberetur, cùm neque vindicatio alij quàm domino competat, neque duo in solidum domini esse possint. Ideoque mirum non est iuris fictionem quæ inducitur pro bonæ fidei possessore esse minùs plenam vt ad fructus tantùm non etiam ad dominij causam pertineat, eam verò quæ inducitur pro donatario siue inter viuos siue causa mortis siue inter coniuges siue inter alios esse pleniorem, vt non minus dominium quàm fructus rei donatæ tribuat donatario. Et ita esse vt donationum causa mortis inter coniuges factarum retroactio fiat, etiam quantum ad dominium, præter ea quæ iam disputauimus constat apertissimè ex eo quod Iauolenus respondit in l. si is seruus. vigesima. D. de donat. inter virum & vxorem. Si is seruus qui vxori mortis causa donatus est, priùs quam vir decederet, stipulatus est in pendenti esse causam obligationis donec vir aut moriatur aut suspicione mortis propter quam donauit, liberetur: quicquid autem eorum inciderit quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque causam stipulationis aut confirmaturum, aut resoluturum. Etsi enim Bartolus ad illum locum in suo errore perstans, & negans retroagi donationem causa mortis quod ad dominium, fatetur & admittere cogitur retroagi non tantùm quod ad fructus, sed etiam vt ipse loquitur quod ad alias commoditates, non video tamen qua ratione posiit effugere quin retroactionem illam fateatur fieri etiam quod ad dominium: Siquidem fieri nullomodo potest vt seruus donatus acquirat mulieri cui donatus fuit, quin ipse priùs mulieri acquiratur. Pendet enim ius stipulationis à seruo interpositæ ex persona domini, cùm stipulandi ius quod totum est ex iure ciuili non possit ex propria persona habere seruus qui iure ciuili incognitus est, tot. ti. D. de stipul. seru. indéq; fit vt non alij possit acquirere quàm domino. l. seruus hereditarius 16.

l.si seruus 18.in princip.l.si ex re 28.§. vlt.eodem. Neque habet ea propositio vllam exceptionem, nisi in fructuario & bonæ fidei possessore quibus per seruum alienum acquiri posse constat, adeoque per hominem liberum si modo acquirat ex re illius à quo bona fide possidetur dict.l. si seruus 18.§. vlt.cum l.seq.eod.l.qui bona fide 23.D.de acquir.rer.domin. Sed exceptio hæc non conuenit seruo donato quia ille ex coniugibus cui donatus fuit neque fructuarius est neque bonæ fidei possessor si tanquam dominus velit facere suos fructus ex re donata pro eo tempore quo donator vixit. Hoc ipso enim faceret se malæ fidei possessorem saltem per retrofictionem si captaret lucrum fructuum tanquam perceptorum ex re sua quam tamen sciret non posse retrofingi suam fuisse. Itaque illa quæstio, An seruus quem vir vxori mortis causa donauit acquirat vxori necne ex ea stipulatione quam interposuerit viuo marito, si postea decesserit maritus in eadem voluntate, non alio pertinet quàm vt inuestigemus an hoc casu dominium retrofingendum sit fuisse mariti an vxoris, quia certum est ei acquisitum iri commodum stipulationis, qui eo tempore quo stipulatio interposita est, dominus serui fuisse retrofingetur. Et consequenter cùm Iauolenus ait esse in pēdenti causam obligationis, perinde est acsi diceret in pendēti esse dominium serui Porrò non alia in pendenti esse dicuntur, quàm quæ vbi casus euenit retrofingenda sunt statum aliquem habuisse: nec suspendi possunt in aliquem euentum ea, quæ post euentum non sunt capacia retrofictionis l. de hereditate 19 §.quid autem si testamentum D.de castr.pecul.l. quædam sunt 15.D.de reb.dub.l.qui res 98.§.rem autem D.de solut. Ridiculè autem Accurs ad d.l.si mortis. Iauolenum intelligit de eo casu quo donatio sic facta sit ne reuocari possit. Quę enim sic facta esset vel non valeret tanquā inter viuos facta & inter coniuges, vel reuocari non posset. d.l. vbi ita donatur 27.D.de mort.caus.don. Atqui Iauolenus non dubitat quin & donatio valeat tanquam quæ mortis causa non inter viuos facta sit, & tamen reuocari possit vel ob hoc ipsum quod mortis causa donatio est. Fatendum igitur est inuito Accursio, non dubitasse Iauolenum quin mortis causa donationes etiam quod ad dominium retrotrahi deberent. Nec multum à supradicto Iauoleni responso distat quod Vlpianus tractat in l.vxori 22. De donat.inter vir. & vxor. Si is qui vxori suæ mortis causa seruum donauerat eundem cum libertate heredem scripserit an valeat institutio. Distinguit enim An eum scripserit heredē hoc animo quod dixerit se donationis pœnitere eamque voluerit reuocatám, an verò non animo adimendæ & reuocandæ donationis Vt priore casu valeat institutio habeatque maritus seruum hunc necessarium sibi heredem: posteriore verò casu præualeat donatio, non secus acsi facta esset post institutionem. Cuius distinctionis non alia certè ratio est quàm quòd hic seruus reuocata donatione non solùm in mariti dominio re vera semper fuerit, sed neque in vxoris dominio vnquā fuisse retrofingatur, qui tamen si reuocata donatio non esset, mulieris iam inde à die donationis fuisse retrofingeretur nec proinde potuisset eo casu fieri heres necessarius marito qui eum mortis suæ tempore in potestate & dominij sui iure non habuisset. Is enim demum necessarius heres fieri & cum libertate instituti potest qui in testantis dominio & potestate testamenti & mortis tempore inuenitur. §.1.Instit.de hered. qualit. & differ. At inepta & superuacua esset distinctio, si seruus hic mortis causa donatus nullo casu

lo casu retrofingeretur fuisse vxoris, id est ne tum quidem cùm reuocata donatio non fuisset. Quid enim posset impedire quominùs omnimodo & omni casu valeret institutio serui, fierétque ille necessarius heres marito? Nam & ob hanc causam Papinianus Iuliani sententiam secutus in l. seruus vxori 76. D. de hered. instit. apertè & indistinctè scribit seruum vxori à marito mortis causa donatum manere mariti, Ideo (sic enim legendum est non vt vulgo *idem*) si accipiat libertatem simul & hereditatem, necessarium heredem viro fore, nec sine libertate aliquid ei legari posse. Non quòd Iulianus & Papinianus in ea fuerint sententia vt putarent donationem causa mortis retrotrahi non debere etiam quod ad dominium (in eo namque nulla vnquam fuit inter prudentes dissensio) sed quia non dubitarunt quin reuocandæ donationis animum habuerit maritus qui seruum à se vxori mortis causa donatum heredem instituit cum libertate, cui scilicet directam libertatem dare non posset si pro seruo alieno eum haberet. Et sanè cùm negari non possit quin hic seruus maneat mariti quandiu maritus viuit, illud etiam fatendum est valere ab initio ipsius institutionem cum libertate factam, Soláque potest ea superesse quæstio, an irrita fiat ex postfacto propter donationem quæ non fuerit reuocata. Sed cùm non priùs quærendum sit de donatione an perfecta sit & non reuocata, quàm donator decesserit, eo autem instanti quo primùm maritus defunctus est, seruus institutus protinus & ipso iure liber fiat ex institutione quam diximus ab initio valuisse, non facilè dici potest quodnam sit instans in quo possit donatio incipere ita valere & perfecta esse vt præualeat institutioni. Nec enim fieri potest vt secuta donatoris morte, dicatur perfecta donatio serui qui iam tum liber & heres necessarius reperitur. Proinde coarctanda videtur contraria Vlpiani sententia ad eum casum quo hic maritus expressim declarauerit instituendo seruum donatum dandóque ei libertatem id se facere salua donatione. Quo casu nec Iulianus & Papinianus ipsi negarent vt arbitror, potiorem fore causam donationis quàm institutionis & libertatis, ita faciente donatoris eiusdémque testatoris voluntate, ex qua pendent omnia, donatio, institutio, & libertas. Alioqui non video qua ratione possit Vlpianus cum Iuliano & Papiniano conciliari, aut quam rationem Vlpiani sententia & distinctio habere possit. Quod & Accursius noster sensisse videtur ad d. l. vxori, cùm ait esse impossibile vt non videatur donationis reuocandæ animum habuisse donator qui seruo donato libertatem dedit, cùm & aliàs pœnitentiæ cōiectura sumi soleat ex eo quod res donata postmodum vel obligata fuerit vel legata l. cùm hic status 32. §. si maritus ea & §. qui quasdam D. de donat. int. vir. & vxor. Nam & inde fit vt si post testamentum in quo maritus seruum suum heredem scripserat cum libertate idem seruus vxori mortis causa donatus sit, præualeat donatio tanquam reuocata institutione d. l. vxori. Semper enim posterior voluntas præualet priori cùm de ea dispositione agimus, quæ speciem habeat vltimæ voluntatis l. Diui 6. §. licet D. de iure codicillorum. l. si mihi duodecima §. vltim. De leg. 1.

ERROR SEXTVS.

De tacita reuocatione donationis causa mortis per oppignorationem aut alienationem subsecutam.

QVEMADMODVM legata & fideicommissa reuocantur facilè ac nuda eius qui dedit voluntate id est non tantùm si expressa illa sit sed etiam si tacita, vt puta ob graues offensas & inimicitias quæ superuenerint l.3.§.vlt.D.de adim.legat. ita & donationes causa mortis æquè facilè qualibet voluntate reuocari posse vulgo creditum est vt testatur Didac.Couarr.in 3.part.rubr.De testam.num.19.post Hippol. de Marsil.sing.136. Proinde sicut in legato vel fideicommisso si quæratur an ademptum sit per subsecutam rei legatæ vel fideicommissæ venditionem, distinguere debemus an voluntaria sit alienatio an necessaria vt si necessaria sit puta ob egestatem testatoris non ideo legatum vel fideicommissum ademptum esse interpretemur, Contra verò si voluntaria, Præterquàm si per donationem alienatio facta proponatur quo casu placet omnimodo extingui legatum etiamsi donatio ipsa sit inutilis, proptereà quòd nemo in necessitatibus liberalis existat l.rem legatam 18.vbi Bartol.l.legatum 24.§. pater hortos D. de adim. legat. l. fideicommissa 11. §. si rem de legat.3. §. si rem suam Inst.de legat.Ita & in donatione causa mortis volunt nostri eam expirare per voluntariam rei donatæ alienationem, aliamve quamlibet dummodo specialem de re donata dispositionem vt supradicto loco tractat Didac.post Din.Bald.Alex.Ias.& alios ad l.Stichum qui meus erit de legat. Iul.Clar.in §.donatio quæst.vlt. Non alia ratione quàm quòd donationes causa mortis sint species vltimæ voluntatis & ad instar legatorum capiantur l.vlt.C.de don.caus.mort.l.illud 37.C.eod.Quod si ita est,consequens fit vt mortis causa donatio non debeat videri reuocata etiamsi donator rem ipsam donatam postea pignori dederit & tradiderit. Siquidem certum est quod ex hac causa legatum non reuocaretur l.3.C.de legat.quomodo valeret etiam si pignoris obligatio ab ipso testatore facta vel quam aliter testator sciuisset,legatum præcessisset l.prædia 6.C.de fideic.l. si res obligata 58. de legat 1.l.verius 21.C.de probat.At videamus ne falsum sit donationē causa mortis per subsecutam oppignorationem non reuocari. Nam cùm oppignoratio illa propriè sit de qua etiam sola nunc loquimur,quę fit per traditionem, donatio autem quam mortis causa.priùs factam esse ponimus per traditionem quoque facta esset(de illa enim quæ per stipulationem fit nondū agimus)an fieri potest aut quomodo vt non reuocetur donatio cùm traditio quæ donatario facta fuerat reuocatur? Aut vt non reuocetur prior illa traditio facta donatario per posteriorem factam pignoratitio creditori? Quænam enim potest apertior esse voluntas reuocandæ donationis quàm si traditio quæ donationem fecerat reuocetur, & ea ipsa res quæ donatario tradita fuerat, alteri tradatur?Scilicet nisi ponas post traditionem factam creditori aliquid factum esse à donatore per quod constare possit voluntatem illius non fuisse vt tradendo eam rem creditori reuocaret donationem, puta si eundem donatarium rursus fecerit possessorem vt in specie l. vltima §. penultimo. D, de donation. aut si ex-

si expressè declarauerit nolle se reuocatam donationem. Non tam enim quid quàm qua mente factum sit inspiciendum est cum actus operari nunquam possint vltra intentionem agentis vulg. l. non omnis 19. D. si cert. pet. Cæterùm in dubio qui rem vni traditam alteri tradit vix alio animo id facere credẽdus est quam quòd eum pœniteat prioris traditionis: cùm duobus eadem res in solidum diuersis temporibus & ex diuersis causis tradi vtiliter non possit siue tales causæ sint ex quibus sola possessio siue tales ex quibus etiam dominium transferatur. Non enim magis fieri potest vt duo sint eiusdem rei in solidum possessores quàm vt domini. l. 3 §. ex contrario D. de acquir. poss l. 5. §. si duobus vehiculum D. commod. Porro fieri non potest vt donatorem pœniteat traditionis factæ donatario quin pœniteat eum donationis factæ per traditionem & quam nec hodie posset facere sine traditione nisi stipulatio interueniret, quam ponimus nullam interuenisse. Nec est quod quis obiiciat nihil obstare quominus manente firma pignoris obligatione donatio quoque perficiatur vt in specie dict. l. vltim. paragrapho pen. D. de donat. Id enim tunc verè dicitur, cùm oppignoratio præcedit donationis perfectionem, & cùm subinde perficitur donatio ex nouo facto donatoris, hoc est cùm res donata nec dum tradita priùs traditur aut citra traditionem nuda pignoris conuentione obligatur creditori, deinde traditur donatario: At non similiter cùm prius traditur donatario postea creditori. Hoc enim casu si fuerit inter viuos donatio, certissimum est non posse valere oppignorationem quæ facta sit post donationem iam perfectam. Si verò fuerit donatio causa mortis imperfectam eam fuisse quandiu donator vixerit, & ideo traditionem à qua cœperat reuocari potuisse, Reuocata vero traditione non posse donationem perfici per mortem postea subsecutam donatoris, quia mors tunc demum perficit donationem causa mortis cum reperit factam eam vel per traditionem vel per stipulationem quæ non fuerit reuocata. Neque rursus ad rem facit si quis dicat donatario causa mortis succurri etiam per actionem data ei Publiciana, tum quoque cùm rei donatæ possessionem amisit l. 2. D. de publician. in rem action. Nam ad eum casum id pertinet, quo donatarius causa mortis alio modo possessionem amiserit quàm facto & voluntate ipsius donatoris traditionem donatario antea factam reuocantis. Inauditum enim est vt donatario causa mortis aliqua detur actio post reuocatam donationem præsertim vero vt agat vel contra donatorem ipsum vel contra eum qui à donatore causam habeat, puta cõtra creditorem, cui donator eandem rem mortis causa donatam oppignorauerit & tradiderit. Nec absurdum videri debet donatorem eandem rem quam donatario tradiderat, alteri tradere, donatarii consensu nullo interueniente, cùm donationis reuocatio pendeat ex solius donatoris voluntate, nec ei necessaria sit actio ad rem repetendam siue per condictionem siue per vtilem in rem actionem ex l. qui mortis 30. D. de mort. causa donat. nisi cum donatarius possessionem suam mordicùs tuetur nec vult rem restituere tametsi reuocatam videat donationem vt necesse sit donatori vel ad vim & ad arma venire vel actionem impetrare. Hoc verò cùm in qualibet mortis causa donatione verum est tum in ea maximè quæ fit inter virum & vxorem

quæ licet hoc simile cum cæteris habeat quod & valet ab initio & reuocari potest, habet tamen hoc dissimile, quod si reuocetur non ob id nascitur condictio, quomodo inter extraneos nasceretur. sed nihil inter coniuges actum id est nulla vnquam donatio facta esse intelligitur, l. si vir vxori 52 in fin. D. de donat. inter virum & vxor. potestate nimirum reuocationis tollente intellectum donationis vt loquitur Papin. quamuis in alia specie in l. si patroni 55. paragrapho vltimo D. ad S C. Trebellianum cùm in donatione facta inter extraneos condictio quæ ex reuocatione nascitur præsupponat non tollat intellectum donationis præcedentis. Est igitur hac in re diuersa ratio donationis causa mortis & legati, siquidem legatum non ex eo solo reuocatum intelligi potest, quod res legata fuerit oppignorata & tradita creditori. d. l. 3. C. de legatis Et ratio diuersitatis non obscura nec tamen ab interpretibus animaduersa illa est, quod non sicuti donatio causa mortis requirit traditionem ab ipso donatore faciendam cùm stipulatio nulla intercedit, ita & legatum vt valeat tradi debet à testatore, Sufficit enim vt tradatur ab herede, qui si tradere non possit, nihilominùs æstimationem legati præstare potest, ideóque non potest videri testator habere voluntatem adimendi legati ob id solùm quod rem legatam oppignorauerit & tradiderit cùm in eo nihil faciat cõtra id quod fecit cũ legauit, quomodo facit donator cõtra id quod fecit cùm donauit, si tradat alii rem quam alteri iam tradiderat ex donatione. Sed & alia ratio addi potest, quæ cum hac coniungenda est, quod ex legato personalis actio nascitur contra heredem, qui vt iam attigi legatum præstare cogitur siue in specie siue in æstimatione, ac proinde siue rem legatam testator alii tradiderit siue non, dum nihil aliud sit ex quo possit colligi factam à testatore ademptionem quæ facta nunquam intelligitur per oppignorationem cùm possit heres luere pignus vt legatum vel fideicommissum præstet. Id enim est quod Iustinianus scribit in d. paragrapho si rem suam, in illis verbis *& ideo legatarium cum herede agere posse vt prædia à creditore luantur*. Et Imperat. Seuerus & Antoninus in dicta lege tertia C. de legatis *& ideo si in personam actio electa est rectè placuit ab herede prædia liberari.* Quibus verbis duo significant quæ pugnare inuicem videntur, nec tamen pugnant quorum alterum est hoc legatum per oppignorationem ademptum non intelligi, Alterum, Fore tamen inutile nisi actio personalis in heredem competeret atque à legatario eligeretur. Nam si eligeret vindicationem contra possessorem eundemque creditorem cui res ipsa tradita esset à donatore, summoueretur eadem exceptione dati pignoris qua ille ipse qui & pignus dedit & legauit si nunc ageret, summoueri posset, cùm obligatio pignoris vtiliter fuerit contracta viuo testatore, atque ita prius quàm legatum deberetur, saltemque cogendus esset legatarius luere pignus & satisfacere creditori vt audiri posset vindicans à creditore rem sibi legatam quia etsi rem teneret quam defunctus nuda conuentione obligasset, hypothecariam pati & vel possessione cedere vel debitum soluere cogeretur. d. l. si res obligata 58 De legat. 1. Qui ergo non posset habere retentionem nisi offerendo quomodo habere poterit actionem? Atqui ex donatione causa mortis nulla competit personalis actio neque contra donatorem qui donauit per traditionẽ neque contra ipsius heredẽ, de quo ne

quidem

quidem cogitatum fuit vt obligaretur sed tantùm vt læderetur & minorem hereditatem nansisceretur, vt probauimus Decade superiore. Fieri ergo non potest vt non sit inutilis & irrita donatio causa mortis, quoties rem donatam tradit donator creditori, saltem sub ea exceptione, Nisi sit ille paratus luere pignus. Quamquam & eo casu quo esset paratus luere, facilius illi prodesse ea res deberet ad pignoris retentionem si fortè precariam haberet possessionem quàm ad rem à creditore auocandam per actionem vt & in specie l.cùm hic status.12.§ si maritus ea quæ donauerit 5.D. de donatione inter virum & vxor.Si enim ex donatione causa mortis nulla nascitur actio contra donatorem ipsum eiusue heredem,quanto minùs dabitur contra tertium & iustum possessorem? Nam nec aliam habere posset quàm vindicationem quæ porrò cùm non detur nisi domino, non potest accommodari donatario causa mortis quippe qui dominus non sit, neque viuo donatore quem ponimus ita donasse mortis causa vt nō statim dominium transtulerit sed dominii translationem contulerit post mortem suam (alioqui non valeret pignus quod à donatore non domino constitutum esset citra donationis reuocationem)neque post mortem donatoris, quia tūc dominii translatio nulla fieri potest nisi per legem, lex autem non transfert dominium in donatarium causa mortis, nisi interueniente traditione, quæ tamen nulla hic interuenisse intelligitur cùm viuus donator eā quam ab initio fecerat reuocauit.Ideo autem consultò locuti sumus de donatione causa mortis facta per traditionem,quia si esset facta per stipulationem, rectiùs æquiparari posset legato,vt quamuis rē donatam oppignorasset donator & tradidisset creditori nihilo magis videri deberet reuocata donatio quæ scilicet non magis quam legatum exigeret traditionem à donatore ipso faciendam,nec rursum minùs quàm legatum pareret actionem personalem in heredem donatoris,cuius actionis vi & potestate pignus luere remque donatam præstare cogeretur.Cùm enim donatio facta est per stipulationem,nihil facit contra donationem stipulator,cùm rem promissam alteri tradit,& oppignorat,siquidem non ideo liberat heredem suum, quominùs ex stipulatu quandoque conueniri possit si nō aliter donatio reuocetur. Aliud esset si eam rem donator viuus alienaret non ex necessitate (nam & natura donationis causa mortis hoc facilè patitur, non minùs quàm legatum,vt res donata alienetur ad subueniendum necessitatibus donatoris salua donatione cùm is qui sic donat malit se habere quàm donatarium,malit autem donatarium habere quàm heredem suum l.1.& l.Senatus 35 §. 1.D.de mort cauf.donat.)sed ex mera voluntate quomodo in legatis distinguimus cùm rei legatæ alienatio fit ex titulo oneroso d.l. rem legatam 18. iunct.l. cum seruus 15.D.de adim.legat.& Paulo lib.4. sentent. tit.1 §.9. Nec enim credibile est quod donator voluerit obligatum manere heredem vt præstaret eam rem cuius præstandæ facultatem omnem ei per alienationem ademerit arg.l.si eum 26.in illis verbis *liberatus erit quia venditor nihil habet quod tradat*.Et quamuis supersit facultas præstandæ æstimationis, prius tamen est vt ex donatione causa mortis debeat heres ipsam rem donatam præstare secundum voluntatem donatoris quàm vt sit vrgendus ad præstandam æstimationem arg.l.si mulier 59.§.ex asse D.de iur. dot. In eoq; apertè diuersa causa est oppignorationis & alienationis:quoniam oppignoratio cùm ius luendi admittat,nō excludit præstandæ rei facultatem quam alie-

natio excludit, quæ nullo iuitionis remedio resolui potest: Et quod scribitur in d. §. si rem suam de legat. alienata re legata nihilominus deberi legatum si non adimendi animo facta alienatio sit non ita debet accipi quasi probari debeat ex parte heredis animus adimendi vt ademptio facta videatur, sed è contrario ita vt ex parte legatarij probandus sit animus non adimendi cum voluntaria alienatio est, acsi scriptum esset apertiùs & verbis tantùm transpositis, si animo non adimendi facta alienatio sit, relata scilicet negatione illa *non* ad verbum *adimendi* cui cohæret, non ad syllabam *si* cui si iungeretur faceret negatiuam condicionem quasi scriptum esset *nisi* quæ tamen pro affirmatiua sumi debet. Denique inter legatum & donationem causa mortis factam per stipulationem nihil interest. At cùm donatio per traditionem facta est sicut in eo differt à legato quod per oppignorationem quæ comitem traditionem habeat reuocata intelligitur nō etiam legatum vt iam probauimus. Ita & in hoc quod rei donatæ venditio non inducit tacitam donationis causa mortis reuocationem, cùm tamen ex rei legatæ venditione legatum ipso iure ademptum esse intelligatur si modo voluntariam causam habuerit venditio, non necessariam: Et, vt dicam generaliùs, per eam alienationem aliámve conuentionem, quę re contrahatur, donatio causa mortis reuocata intelligitur, non per eam quæ sine traditione fiat. Legatum verò per alienationem quamlibet reuocatum creditur, etiam quæ facta sit citra vllam traditionem, non etiam per traditionem quæ sic facta sit vt ex ea non sequatur alienatio cuiusmodi ea est quæ interuenit in oppignoratione. Itaque donatio causa mortis facta per traditionem infirmior est legato vt faciliùs reuocetur, quoties actus subsequens fieri non potest sine traditione. Firmior verò si in eo sequenti actu nulla traditio exigatur. Et ratio diuersitatis est quia is qui rem aliquam mortis causa donauit & tradidit donatario, etiamsi postmodum eam rem vendat, aut leget non ideo tamen potest videri hoc agere vt reuocet donationem quandiu non reuocat traditionem, Imò in singula momenta quibus patitur durare traditionem id est rem semel donatam remanere penes donatarium, tamdiu videtur renouare donationem si non specialiter eam reuocauerit: cúmque ea patientia sit actui sequenti contraria, suúmque effectum iam habeat mirum non est eam præualere. Nam qui vendit se obligat quidem ad tradendum, sed non idcirco tradit nec eo minùs valet venditio etiamsi res non tradatur, quippe cùm perficiatur consensu sufficiátque obligatum esse venditorem vt pręstet quantį interest emptoris l. prima D. de actione empti. l. si traditio quarta. C. eodem. Quam ob causam dicimus alienæ quoque rei venditionem valere l. rem alienam. vigesima octaua. D. de contrahenda emptione. Cur non ergo & rei donatæ à venditore ipsa quoque donatione subsistente? Sic & qui legat heredem suum obligat l. hereditariarum. quadragesima. D. de obligatione & actionib. Non potest igitur bona esse consecutio vt qui legat rem mortis causa donatam hoc ipso donationem reuocare videatur, cùm nihil vetet, & valere donationem & obligari heredem legatario. Et quamuis hoc plus sit in legato quàm in donationē, quod ex eo dominium transferri recta via potest à testatore in legatarium l. à Titio sexagesima

quarta

quarta, in fin. de furt. l. legatum 80. de legat. 2. in proposito tamen casu ea dominij translatio impeditur propter traditionem donatario factam ab ipso testatore, & quam testator numquam reuocauit, quia licèt lex nulla indigeat traditione ad dominium transferendum, non aliis tamen casibus transfert sine traditione, quàm quibus nullum impedimentum est ex parte rei quominùs fieri possit traditio, nisi quia deest persona quæ possit tradere. At cum præcedit mortis causa donatio facta per traditionem nunquam reuocatam, fieri non potest vt eadem res à defuncto donatore iam tradita, iterum per heredem legatario tradatur. Ergo neque illud, vt eius dominium per legem ipso iure in legatarium transferatur, Neque ex eo quod legatum valet bene possis inferre, dominij translationem ipsam ipso iure fieri in legatarium, quia non est necesse ad constituendam legati substantiam & validitatem, vt dominium rei legatæ in legatarium transeat sed illud tantùm vt ad eius præstationem heres obligetur, quemadmodum cernere est non tantùm in legatis per damnationem, ex quibus olim dominium sine traditione non transferebatur, repugnante scilicet vi verborum quibus heres legatum dare, hoc est dominium eius transferre iubebatur: sed etiam in legatis ipsis per vindicationem relictis, si fortè testator rem legatam post testamentum oppignorasset: quo casu valeret quidem nihilominùs legatum, sed tamen hactenus tantum vt legatario superesset actio personalis in heredem, non vt tanquam dominus legati vindicationem habere deberet contra creditorem, etiamsi paratus esset ei offerre, Sic enim accipio, quod satis apertè in hunc sensum meo iudicio scriptum est in dicta l. tertia. C. de legatis. Atque ita esse vt donatio causa mortis nunquam reuocata intelligi debeat ne quidem per specialem de re donata dispositionem, nisi specialis reuocatio facta sit, vel per verba expressa, vel per contrarium actum traditionis, eo casu quo traditio interuenit in facienda donatione, probatur non malè ex l. 2. C. de iur. dot. vbi licèt agatur de donatione quæ per stipulationem non per traditionem facta videatur, si tamen propiùs intueare non ita est, pertinétque ea lex ad donationes traditione factas, quia vt alibi monuimus, ea demum donatio dicitur fieri per stipulationem quæ sic fit vt donatarius à donatore stipuletur, non item illa quæ fit stipulante donatario à debitore donatoris, ex eiusdem donatoris iussu & mandato: Videor enim tibi tradere quod iubeo vel patior te ab alio stipulari ex eo quod vel meum sit vel mihi debeatur. Nisi quod videtur hoc casu facilior reuocatio donationis donatore tantùm stipulationis condicionem pro arbitrio, quod facere potest immutante l. mulier bona. 72. §. vlt. D. eod. quàm si traditio realis facta esset, quo casu longè probabiliùs tentari potest necessarium esse, vt res donata auferatur donatario ad hoc vt reuocata dicatur donatio quæ expressa voluntatis testificatione non fuit reuocata: Et tamen negat Imperator Antoninus in d. l. 2. reuocatam intelligi donationem ex eo solo, quod mater quæ donandi animo passa fuerat filiam stipulari partem dotis dimidiam post mortem matris, heredem postea illam instituerit ex minore quàm dimidia portione, Nempe quòd causa donationis nihil commune habeat cum forma successionis, quamuis non potuerit mater apertiùs declarare, citra expressam donationis reuocationem, quod nollet filiam habere ius agendi pro dimidia, quàm

instituendo eam pro minore parte, si non faceret in contrarium pro filia, quod tametsi agat ex facta sibi per matrem donatione, non tamen agit ex stipulatione materna, seu hereditaria, sed ex propria, cuius formam & legem non immutauit mater eadémque donatrix, etsi potuerat illa immutare si voluisset. Multo minùs igitur videri debet reuocata donatio causa mortis facta per traditionem realem, quàndiu donator patitur rem à se traditam donatario penes donatarium remanere, licèt eam ipsam rem vendiderit vel legauerit, vel institutionis etiam titulo reliquerit, nisi expressè ac specialiter reuocauerit donationem aut traditionē per quam facta fuerat donatio. Nec sanè vlla ratio est vt donatio causa mortis tam facilè reuocetur nuda voluntate atque reuocatur legatum aut fideicommissum, cùm neque fiat nuda voluntate, nec ea rursum quæ verbis expressa sit, nisi traditio etiam interuenerit vel stipulatio. l. si quis argentum. 35. C. de donat. propter quam causam dicimus donationem causa mortis licèt multa cum vltimis voluntatibus similia habeat, propius tamen accedere ad donationes quarum & nomen retinent. Inde namque illud etiam fieri videtur, vt non tam facilè sint reuocabiles, quàm sunt legata & fideicommissa, in quibus præter voluntatem testatoris nihil est ex quo subsistant, nec proinde quod reuocandum sit vt ipsa quoque legata & fideicommissa reuocata intelligantur.

ERROR VII.

De reuocatione tacita donationis inter viuos factæ inter virum & vxorem.

MAGNAM errandi occasionem nostris præbuit vt crediderint donationes causa mortis exemplo legatorum & fideicommissorum tacitè reuocari posse, quod viderūt donationes inter viuos si factæ sint inter virum & vxorem facilè ac ferè quocunque vel minimo voluntatis indicio reuocatas intelligi, vtputa si maritus rem à se donatam pignori obligauerit creditori aut alij legauerit. l. cum hic status 32. §. si maritus ea quæ donauit, & §. qui quasdam res. D. de donat. int. vir. & vxor. Sic enim ferè passim nostros ratiocinari videas, quasi putent parum referre an donatio facta sit à coniuge inter viuos an causa mortis, quod vtraque donationis species non nisi morte confirmetur, vt loquuntur, proximéque accedat ad naturam vltimæ voluntatis. Itaque & has & illas donationes non tantum inuicem æquiparant, sed etiam cum legatis & fideicommissis. Nos sicuti proximo capite ostendimus, non esse bonam hac in re æquiparationem donationum causa mortis, & legatorum aut fideicommissorum, ita nunc probabimus longè aliam rationem constituendam esse donationum causa mortis, aliam earum, quæ inter viuos fiunt inutiliter, ita vt egeant confirmatione. Nam donationes causa mortis cum ab initio valeant etiam inter coniuges, vt iam sæpius diximus, ex l. si eum 9. §. vlt. cum duab. seqq. D. de donat. int. vir. & vxor. siue per traditionem factæ sint siue per stipulationem, sicuti nulla egent confirmatione, sed tantum perfectione quæ iis contingit, sine vlla legis potestate defuncto in eadem voluntate donatore, ita neque tam facilè reuocari possunt. Quæ verò inter viuos fiunt, quemadmodum ab initio inutiles sunt, remanéntque infirmæ quousque legis auxilio, & per Diui Seueri constitutionem confirmentur, ita quandiu infirmæ

sunt & priusquā per legē confirmentur, quod nō fit nisi moriēte demū ante reuocatam donationem donatore, facilè reuocari possunt, cùm ea reuocatio non tā eò spectet, vt quod gestū fuerat infirmetur, quàm vt quod semper infirmū fuit numquam possit conualescere. l. à marito 18. & passim C. de donat. inter v. rum & vxorem. Inde igitur fit, vt si rem à se vxori donatam maritus alii legauerit, hoc ipso videri debeat donationem reuocasse, quamuis legatum non sit ex numero earum alienationum, quæ per traditionem fiunt, quia cum sit titulus habilis ad transferendum dominium ex sola legis potestate, si nihil impediat translationem, non potest impedimentum adferre donatio quæ nunqua n valuit, & quamuis ea donatio talis sit, quæ morte donatoris confirmari potuerit, quia tamen legis auxilium necessarium est, nec fieri potest vt eiusdem rei & legatum & donatio simul confirmetur, præualet causa legati, quippe quod priùs valet quàm donatio, cùm necesse sit valere illud ex tempore facti testamenti, ac proinde viuo adhuc donatore, licèt non nisi post mortem confirmetur hactenus vt deberi incipiat, quia nec priùs testamentum ipsum confirmatur. Donatio verò inter viuos facta, quamuis ex oratione Seueri confirmetur morte, id est eo instanti quo donator moritur, ac proinde vno instanti priùs quàm legatum deberi incipiat, quia tamen non aliter confirmatur quàm si non fuerit reuocata, & potestas constitutionis reperit iam eo tempore factum legatum, & quidem vtiliter ac tale quod per legem duodecim tabularum omnimodo confirmandum sit aliquando, Non potest confirmari morte tanquam quæ non solùm infirma, sed etiam infirmata fuerit priusquàm confirmanda, si tamen quod iam per se infirmum est, infirmari ampliùs potest. Ob eámque causam Iustinianus in Nouell. 162. cui titulus est Sacra form. transmiss. capite primo. cùm ipsis donationibus supra modum & contra iuris veteris rationem fauere vellet, coactus fuit expressim constituere vti ne confirmatio earum impediretur ex eo solùm quòd donator rem donatam vel in hypothecam dederit, vel in pignus tradiderit. Quibus verbis sicuti ostendit differentiam hac parte nullam esse inter pignus & hypothecam, ita significat non obscurè ius antea tale fuisse, vt siue donator pignori rem tradidisset, siue hypothecæ tantùm dedisset, hoc est sine traditione, & nuda conuentione obligasset, donationis confirmatio impediretur, quamuis Vlpianus in dicto §. si maritus, de pignore tantùm loquatur non de hypotheca. Et sanè ita est. Poterat olim sufficere ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem, quod donator eam rem pignori obligasset, tametsi non tradidisset, nec minùs fuit necessaria constitutio Iustiniani in eo casu quo nulla hypothecæ quàm quo pignoris traditio interuenisset, quia licèt verum sit posse vtrumque simul valere, & obligationem pignoris, & donationem, tunc tamen id obtinet, cum & pignus vtiliter contractum est, & donatio valet vt in specie, l. vltima. §. penul. D de donat. At cùm donatio non valet vt in casu proposito, quid attinet dicere, vtrumque valere posse? Valet igitur sola pignus, soláve hypotheca, ideóque impedit ne donatio alioquin inualida per legem confirmetur, quia facilius est vt impediatur confirmatio donationis prorsus inutilis nedum infirmæ, quàm vt quæ iam ipso iure tenet infirmetur, & citra reuocationem expressam pro reuocata habeatur. Hoc ita tamen, nisi eo animo fuit donator vt adhuc post obligatam rem quam donauerat nihilominùs vellet donatum. Hæc enim exceptio subiicienda est ex Vlpiano in d.

§.si maritus. Non quidē eo sensu vt si res vxori donata subinde fuerit tradita creditori vxor quasi facta domina vindicationem habere debeat contra creditorem offerendo saltem ei debitum, sed hactenus tantùm, vt si mulier sit in rei possessione saltem precaria, nec recuset soluere quantitatem pro qua fuerat res obligata debeat habere doli exceptionem, vt lex ait, quod ipsum sic accipiendum est, non vt debeat habere doli exceptionem contra creditorem, (quia quod ad creditorem attinet, nihil potest interesse an donatio valeat, necne, cùm qualiscunque possessor possit eum summouere ac pignoris vinculum dissoluere oblato debito. l. Paulus 12. §. 1. D, quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.) sed vt contra heredem donatoris, qui siue post, siue ante dimissum suis nummis creditorem vellet à muliere rem vindicare. Nam quin summo iure habeat ille vindicationem, dubitari non potest, tum quoque cùm donator voluntatem suam declarauit, quod per traditionem pignoris, donationem reuocatam nollet, siquidem non potest per orationem Seueri donatio ita confirmari vt ex ea dominium transferatur in donatariā vxorem sine traditione eo casu quo nec vera traditio fieri à donatore posset, ne fingatur traditio interuenisse illo casu quo neque re vera interuenire posset, plúsque possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero, contra l. confessionibus 13. D. de interrog. in iur. faciend. Atqui neque donator neq; donatoris heres posset rem iam testatori traditam alij tradere ad dominiū per traditionem transferendum, siue ex causa donationis, siue ex alia qualibet citra dolum malum, qui plerunque deflecteret in crimen stellionatus. l. si is qui 11. §. qui res suas. D. de pignor. l. 3. D. de crimin. stellion. Sed non debet ea res facere quin huic mulieri quæ in possessione reperitur, succurrendum sit per exceptionem doli contra donatoris heredem, si velit ille aduersus voluntatem sui testatoris eripere mulieri quod ei defunctus donatum voluit. Perpetuum namque est vt doli exceptio nocere debeat heredi contra illius cuius heres est voluntatem venienti. Sed & fieri potest vt vno casu sit non solùm vtilis, sed etiam necessaria doli exceptio donatariæ mulieri contra creditorem iure suo pignus persequentem: Nimirum si sit illa parata satisfacere creditori, cui donatoris heres nondum satisfecerit, nec id tantùm assequi velit vt summoueat creditorem, (nulla enim opus esset, vt iam diximus, in eam rem exceptione, sublato extinctóque vinculo pignoris ipso iure hoc solo quod creditor pecuniam sibi oblatam accipere recusaret) sed præterea velit ab eodem creditore extorquere vt mandentur sibi actiones contra heredem donatoris. Nam cùm hoc casu reperiatur illa in possessione rei donatæ, & quidem bona fide propter confirmatam donationem, vtiq; ius hâbet petendi à creditore vt mandet actiones, quod & alius quilibet iustus possessor petere posset, l. mulier. 19. D. qui potior. in pignor. hab. Idque est quod Vlpian. sibi vult iis verbis, *quinimò etsi satisfecisset potuisse eam per doli exceptionem consequi vt sibi mandentur actiones*. Non enim sic accipiendū est, quasi donataria si satisfecerit creditori, non opposita doli exceptione, nec petita actionum cessione, possit ex postfacto eam doli exceptionem opponere, aut qua alia ratione impetrare cessionem actionum, quas amplius creditor nullas habet, cùm fuerint per solutionem extinctæ, l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. Modestinus 76. D. de solut. proindéque extincta quoque doli mali exceptio quæ actionem aliquam in necessarium antecedens præsupponit. Sed hoc significat Vlpianus donatariam hanc si ipsa non heres donato-
ris

ris satisfecisset creditori potuisse in eo tempore solutionis opposita doli exceptione consequi vt sibi mandarentur actiones, quod facere non potest cùm heres ipse donatoris satisfacit, quia eo casu nihil præstare creditor debet donatariæ, à qua nihil ipse accipit, & absurdum esset aliquas actiones eum præstare non solùm ei à quo nihil acciperet, sed etiam contra eum à quo acciperet solutionem. Is verò casus est de quo priùs egerat Vlpianus, nimirum quo creditor solutionem acceperit non à muliere donataria, sed à donatoris herede postea rem illam donatam vindicante iure dominij. Nec repugnāt verba illa *vt parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem.* Nam quemadmodum necessario intelligenda sunt de doli exceptione mulieri contra donatoris heredem accommodanda, vt suprà diximus, ita & de muliere quæ parata sit s[illegible] facere heredi donatoris, eique reddere quod ipse iam præstiterit creditori. Nisi poneres nondum dimisso creditore heredem donatoris agere vindicatione contra mulierem. Tunc enim posset illa heredi obiicere doli exceptionem dicendo se paratam satisfacere creditori, cui nōdum esset satisfactum. Et hic posterior casus magis videtur conuenire verbis Vlpiani. Supponunt enim nondum fuisse satisfactum creditori cùm ponunt mulierem satisfacere paratam: nec quicquam absurdi est opponi exceptionem doli contra heredem donatoris per mulierem, quæ parata sit alij satisfacere, id est creditori, quandoquidem ea satisfactio cedit lucro & commodo heredis, qui alioquin personali actione conuentus, vt creditori satisfacere, cogi posset. Cæterùm quamuis tam infirmæ sint donationes inter virum & vxorem, etiam quæ per traditionem factæ sunt, vt facilè sint reuocabiles, & per solam hypothecæ conuentionem, aut per solum legatum reuocatæ intelligatur quod in donationibus causa mortis etiam inter cōiuges factis diuersum esse ostendimus. In eo tamen assentior Bartolo quod ille tradit ad d. l. rem legatam, ad fin. D. de adim. legat. & Didacus probat d. num. 19. donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum omnium dispositionem, puta obligationem vel heredis institutionem non reuocari, non magis quàm donationes causa mortis: sed per specialem duntaxat de re donata dispositionem, quia vt ait Bart. specialis conuētio magis afficit quàm generalis, & expressa voluntas plerunque efficacior est quàm tacita. l. penul. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. si quis. 6. D. qui sin. manum. ad libert. peruen. l. generaliter. 29. D. qui & à quib. manum. l. 3. C. de seru. pign. dat. manum. Nec sanè capienda facilè est mutatæ voluntatis præsumptio. l. 3. l. eum qui, 22. D. de probat. præsertim verò inter eas personas inter quas durauit eadem affectio & causa voluntatis. Quam in rem videtur mihi accommodatissimus textus, quem à Bartolo & Didaco prætermissum miror in dicta l. secunda. C. de iur. dot. licèt non nisi de mortis causa donationibus ea lex loquatur, quæ difficiliùs reuocantur, vt diximus, quàm quæ fiunt inter virum & vxorem. Sed hoc ipsum tamen quod de generali bonorum omnium obligatione Bartolus, Didacus & alij vulgo tractant, ego non ita generaliter & indistinctè verum esse arbitror. Si enim bona omnia donatoris non tantùm obligata generaliter, sed etiam creditori tradita proponantur, quomodo fieri hodie adsolet per vulgarem clausulam constituti, aut etiam precarij, non dubito quin perinde habenda sit donatio pro reuocata, atque si id quod donatum fuit traditum specialiter

proponeretur, idque siue inter viuos coniuges, siue inter alios quoque mortis causa donatum sit, quia non sicut obligatio consistit in iure, ita & traditio, quæ facti est.l.cum furioso 7.§.vltimo.D.de curat. furios. ideóque non eandem iuris interpretationem recipere potest traditio, quam reciperet obligatio. Nihil prohibet obligari generaliter bona donatoris omnia, & consequenter ipsam quoque rem quæ siue inter viuos coniuges, siue causa mortis donata fuerat cùm manserit in bonis & dominio donatoris eiusdémque debitoris Et tamen valere donationem non quasi ex vniuersitate illa bonorum excipienda sit res donata, quomodo dici solet de iis rebus quas non esset quis verisimiliter obligaturus, generali obligatione pignoris eas non contineri.l. obligatione 6.& sequentibus. D. de pignor. (nec enim posset prohiberi creditor, quominùs in rem donatam sicut in cæteras ius suum exequeretur, ne alioqui decipiatur creditor qui donationem ignorauit, & in debitoris sui patrimonio quod totum intuitus est eam quoque esse rem donatam sciuit.argum.l. hinc quæritur 19.§.primo.ver.cum enim D.de pecul.) sed quia potest vtrumque, & obligatio scilicet pignoris & donatio simul salua consistere d.l. vlt.§.penult.D. de donat. vt saluo iure creditoris donatio defendatur, quæ non paruam adhuc potest vtilitatem adferre donatario tum quoque cùm pignoris luendi gratia creditorem de suo dimittere coactus est, si quod plerunque fit pluris sit pignus quàm debitum pro quo datur. At cùm bonorum omnium non tantùm obligatio, sed etiam traditio facta est, & consequenter illius etiam rei quæ donata fuerat, non potest fieri vt non debeat reuocata videri donatio quæ facta fuerat per traditionem, quemadmodum disputauimus in præcedentibus. Neque hac in re meliorem facio causam donationum causa mortis inter quoscunque factafactarum, quàm earum quæ inter viuos coniuges factæ sint, licèt hæ faciliùs reuocari soleant, quàm illæ, quia cum vtrisque commune illud sit quod fiūt per traditionem, & ita tamen vt non statim dominium transferatur, sed post mortem demum donatoris, illud etiam vtrisque commune esse necesse est, vt reuocata traditione per aliam subsequentem traditionem alij factam, ipsa quoque donatio quæ per traditionem facta fuerat, reuocata esse intelligatur. Itaque quoties ponimus factam esse donationem per traditionem non debemus distinguere quomodo distinguunt interpretes, An donator disposuerit de re donata specialiter, an verò de bonis suis generaliter, sed tantum an illam rem donatam, de qua disposuit, siue generaliter siue specialiter etiam tradiderit, an non tradiderit, Vt si tradiderit dicamus indistinctè reuocatam esse donationem quamlibet siue inter viuos sit, siue mortis causa, siue inter coniuges, siue inter alios, Nisi contraria quoquomodo probetur voluntas donatoris, quod donationem noluerit reuocatam: Si verò ea dispositio siue generalis, siue specialis traditionem nullam habuerit, tunc distingui rursum oporteat, an agatur de donatione inter viuos an causa mortis. Nam si de donatione inter viuos facta & inter coniuges (siquidem inter alios factam quia valeret, donator reuocare non posset etiamsi vellet) cum ab initio non valeat vt diximus, facilè reuocata intelligitur, non quidem per solam pignoris conuentionem, postquàm Iustinianus hac parte ius vetus immutauit, sed per legatum, si fortè eam rem donatam donator alij legauerit, aut quod hodie idem est per fideicommissum reliquerit, itémque si vendiderit, quamuis non tradiderit. Cum

enim

enim plus sit vendere quàm hypothecæ obligare, nulla ratio est cur Iustiniani cõstitutio quæ de pignore & hypotheca tantùm locuta est, ad venditionem producatur, quoniam qui vendit licet non ideo tradat, se tamen obligat ad tradẽdũ l. 1. D. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod. Et quamuis liberum ei esset præstãdo quanti emptoris interesset eximere se ab ea obligatione de qua alibi scripsimus nulla tamen ratio est cur credendus sit vendidisse potiùs vt se obligaret aut heredem suum ad præstationem eius, quod interesset emptoris, atque ita sibi suoque heredi noceret quàm vt ostenderet nolle se donationis perperã initæ voluntatẽ retinere. Nec sanè digna est donatio cuius fauore cõtraria interpretatio capiatur, cũ nõ valet. Quod autem de venditione dicimus idem de cæteris quoque contractibus dictum volumus qui sint habiles ad dominium transferendum saltem interueniente traditione siue traditionem requirant siue consensu nudo contẽti sint vt perficiantur. At si agamus de donatione causa mortis etiam facta inter coniuges, quoniam ab initio valet, nunquam in dubio reuocata videri debet nisi per eam conuentionem quæ comitantem vel subsequentem habeat traditionem: quã tamen qualẽcunque interuenire sufficit id est etiam fictam qualis illa est quæ fit per clausulam constituti, vel precarii, cùm per modos istos quatumuis fictos etiam vera possessio transferatur l. quod meo 18 cum seq. D. de acquir. poss. l. quædam mulier 77. D. de rei vindic. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar. In eamque rem apertus est textus Vlpiani in d. l. cùm hic status §. si maritus, vbi quod fauetur mulieri quæ in precaria possessione reperitur vt habeat exceptionem doli non ideo fit quasi clausula precarii non sit efficax ad transferendam possessionem, sed quia sufficit vt mulier donataria in nuda possessione sit, ad hoc vt cùm per quasi Seruianam conuenitur quæ nudam possessionem auocat. l. si cum venditor 66. D de euict. possit se tueri exceptione doli quam alioqui non posset habere mulier quæ non esset in possessione siquidem exceptio non alii dari potest quàm ei qui conuenitur nec alius conueniri, quam qui rem tenet l. 1. in princip. D. de pignor. Ac quamquam is qui per clausulam constituti factus est possessor hoc plus iuris habere creditur quam qui per clausulam precarii quod non solùm possessionem habet ciuilem vt loquũtur, sed etiam naturalem & realem, in hoc tamen de quo nunc agimus, eodem iure censetur, quia cùm absit ei nudæ possessionis detentatio, & ob id perinde actione quasi Seruiana indigeat similiter quoque potest mulier donataria si sit in nuda illa possessione sibi prospicere per doli exceptionem siue contra donatoris heredem vindicantem, siue cõtra creditorem nolentem ei mandare quas habet in donatoris heredem actiones, si modo sit illa satisfacere parata. Illa verò distinctio quam Bartolus subiungit in d. l. rem legatam in fin. circa rem donatam pignori obligatam, vtrum obligata sit pro tanta quantitate vt non sit verisimile debitorem luere illam velle, an pro multo minore vt luitionis spes aliqua supersit, mihi probabilis non videtur: vt neque vera ea ratio quam adfert quod oppignoratio facta pro ea quantitate quæ nullum penè luitionis commodum relinquat, alienatio quædam esse videatur ex lege antep. de legat. tertia & l. legata 9. § vlt. D. de supellect. legat. Nunquam enim potest res quæ oppignorata tantùm fuit ob hoc solùm haberi pro alienata quandiu superest ius luendi quamuis futura sit luitio nullius aut perexiguæ vtilitatis: Maxi-

mè verò cùm ad alium spectat necessitas luendi pignoris, quàm ad eum qui habuerit ius dominij tempore rei obligatæ, vt in proposita specie contingit. Nam quando res vni donata & tradita alteri obligata nec tradita fuit, cùm donatio per oppignorationem non reuocetur, vt nec legatum, potest defendi donatio & illam adferre vtilitatem donatariæ, vt si malit rem habere quàm eius pretium audienda sit volens retinere rem donatam etiam inuito herede donatoris, quod ei non concederetur quantacunque pecuniam offerenti si donatio non valeret. In legato autem hoc amplius est quàm in donatione, quòd heredem testatoris obligatum habet legatarius actione personali ex testamento vt pignus luat d. l. 3. C. de legat. d. l. si res obligata 57. de legat. 1. vt proinde parum aut potiùs nihil eius intersit an pro magna, an pro exigua quantitate facta oppignoratio sit. In effectu namque perinde est, ac si testator rem nullomodo obligatam legasset, aut heredem suum vt pignus lueret, expressim damnasset, quo vtroque casu dubitari non posset, quin & legatum valeret, & tantam legatario vtilitatem adferret, quantam si nihil testator debuisset. Donationis ratio dissimilis est in eo tantùm, quod donatarius siue inter viuos siue causa mortis nullo casu habeat actionem personalem in heredem donatoris, scilicet cùm per traditionem facta donatio est non per stipulationem, ipseq; pignus luere cogitur si quando fuerit illud rectè ac vtiliter constitutum. Sed hoc tanto magis, non tantominùs facere potest vt donatoris heres boni consulere debeat valere donationem, ex qua saltem id commodi sentiat, vt liberetur ab eo ære alieno, quod alioqui soluere cogeretur. Nec Bartoli distinctionem adiuuat, quod Scæuola respondit in dict. l. antepenultima. De legat. 3. in illis verbis *si modo in proprium patrimonium, quod fere cessante debitore fit, non sint redacta*. Non enim is Scæuolæ sensus est, vt cessare dicatur debitor in luenda re pignorata si tali pretio sit oppignorata vt non sit spes eius amplius luendæ, quomodo Accursius Bartolus & alij interpretantur, sed vt possit pignus redigi in proprium patrimonium creditoris cessante debitore in solutione, non quasi sola cessatio acquirat pignoris dominium creditori, sed quia propter cessationem illam euenire solet, vt vel pignus distrahatur autoritate iudicis, nulloque existente extraneo emptore ipsi creditori vendatur l. secunda. C. si in caus. iudicat. pign. capt. sit vel creditori addicatur impetrato dominij iure secundum formam illam, de qua in tit. C. de iur. domin. impetr. l. magis puto 5. §. si fundus D. de rebus eorum qui sub tutel. Quod cùm factum est cùm dominij ius vtroque modo acquiratur creditori, mirum non est appellatione bonorum quæ creditor habeat, illa etiam quæ pignori aliquando acceperat contineri. Cæterùm antequàm creditor vel pignus emerit tanquam alius emptor extraneus quilibet, vel eius dominium sibi addici curauerit, non potest videri redactum pignus in patrimonium creditoris, quantumcunque sit debitum pro quo pignus datum fuit, sed tantùm spes est redactum iri tum quoque cùm parua spes est luitionis, dummodo luendi facultas aliqua supersit. Quod verò adfert Bartolus ex dict. l. legata 9. in fin. De suppell. leg. multo minùs ad rem pertinet. Neque enim distinguit ibi Papinianus an res obligata fuerit pro magna an pro parua quantitate sed tantùm an argentum oppignoratum in creditoris vsu fuerit ex voluntate debitoris, an verò repositum (sic enim le-

nim lego non vt vulgo *propositum* id est reconditum & sepositum à cæteris rebus quæ in vsu creditoris sunt, Nimirum propter contractus fidem & rei restituendæ vinculum vt Papinianus ait quia fides contractus non patitur vt creditor citra voluntatem debitoris vtatur pignore quin hoc ipso furtum committat l. si pignore 54. D. de furt. perinde ac si recepto debito restitutionem pignoris recusaret. Planè cùm creditor ex voluntate debitoris vtitur pignore, licet non ideo fiat dominus pignoris, voluntatis tamen coniectura sumi potest vt omne argentum suum legando illud quoque quod pignori acceperat legasse videatur, non quidem in præiudicium debitoris, cui dominium rei suæ inuito vel ignoranti auferre non potuit etiam si maximè voluisset, sed in præiudicium heredis vt quod à creditore alioqui soluendum esset creditoris heredi ad luendum pignus, id saltem legato contineatur, quasi hac parte legasset creditor ius pignoris & eam ipsam quantitatem quæ sibi sub pignore debebatur. Totius huius tractatus summa est, Donationes inter viuos coniuges faciilè & plerunque tacite reuocatas intelligi ex nouo & superueniente facto donatoris, At donationes causa mortis per traditionem factas, nunquam, nisi cum donator rem donatario iam traditam alteri rursus tradit, ex quacunque tandem causa, quæ reuocationis species expressa potius quàm tacita dici debet quia quod iam vni traditum fuit alteri ab eodem tradi non potest, quin ei cui prius traditum fuerat, hoc ipso eripiatur. Quod si is qui mortis causa donauerat ob instans aliquod periculum mortis vel conualuerit ex infirmitate vel ab eo periculo aliter liberatus sit, aut si donatarius ante donatorem decesserit: reuocatur quidem tacitè donatio causa mortis in his omnibus casibus, sed ex sui natura tacitaque conditione, vt loquitur l. mortis causa 35. D. de manumiss. non ex actu aliquo qui tacitam donatoris voluntatem, aut voluntatis coniecturam inducat. Ideóque perinde reuocaretur tacitè huiusmodi donatio causa mortis, etiamsi facta esset per stipulationem, vt l. eiic contra Barbat. disputat Didac. supradicto loco n. 23. & seq ex l. mortis causa donatio 34. D. de mort. caus. donat. l. si mortis 29. eod.

ERROR OCTAVVS.

De vsurario manifesto an liberius possit donare causa mortis quàm testari.

TRACTATVR à nostris interpretibus hæc quæstio satis magnis contentionibus. An vsurarius manifestus quem constat non posse testari nisi præstita priùs cautione de vsuris quas indebitè perceperit restituendis ex cap. quamquam 2. vlt. De vsur. lib. 6. liberam habeat mortis causa donandi facultatem, id est non præstita ea cautione quam præstare haberet necesse vt testari posset. Nec desunt Doctores quorum alij affirmatiuam alij negatiuam partem sequantur, vt nec sciri facilè possit in quã procliuior sit quæ frequentior est interpretum schola. Quæstioni causam illud dedit, quod ex vna parte vident cõstitutionem pontificiã iuris communis correctoriam loqui tantùm de testamento, non etiam de donat. causa mortis, ideóq; non facilè producendã extra suos limites, vt dici solet de constitutionib. omnib. correctoriis

esse illas restringendas non ampliandas, tanquàm quæ cùm sint correctoriæ hoc ipso sint odiosæ, licèt ea constitutio fauorabilissima esse existimetur, propterea quòd non tam ad vsurarum odium respicit, quàm ad salutem animarum, qua nihil fauorabilius dici potest: Ex altera verò parte vident regulam generaliter ita conceptam esse vt quisquis testari non potest, is nec mortis causa donare possit, l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration. distr. l. discretis. 10. C. qui testam. facer. poss. Qui affirmatiuam partem sequuntur solent subiicere exceptionem Nisi donatio causa mortis in fraudem fiat, quod præsumi volunt quoties donatio est vniuersorum bonorū ex l. omnes. 17. §. Lucius. D. quæ in fraud. credit. Item inquiunt nisi in testamento fiat hæc mortis causa donatio, quia sicuti non dubitant quin fieri in testamento possit, ita neque quin sit illa inutilis cùm facta est in testamento inutili; si non sit facta per stipulationem. Nam & hanc subexceptionem subiiciunt ad exceptionem vt refert Andr. Fachineus libr. 5. Controuers. cap. 62. post Didacum in 3. parte rubric. De testam. num. 11. Mihi videtur quæstio hæc ex iis quæ in præcedentibus diximus, aut nullam, aut perexiguam habere dubitationem. Etsi enim constitutio summi Pontificis non loquitur nisi de testamento, hoc vnum tamen sufficit vt donatio quoque causa mortis prohibita esse intelligatur, Sicut & fatendum est vsurarium hunc manifestum codicillos facere non posse, ne quidem ab intestato, non quasi codicilli ab intestato facti possint videri pars esse aliqua testamenti quod nullum est, sed quia non alius potest codicillos ab intestato facere quàm qui facere testamentum posset, cùm eo casu testamenti vicem obtineant, l. Diui. 6. §. codicillos. l. conficiuntur. 8. §. codicilli. l. ab intestato. 16. in fin. ff. de iur. codicill. Itaque non modò legatum relinquere nō potest, sed nec fideicommissum is qui testamentum facere non potest, l. 2. De legat. 1. Ergo neque donare causa mortis, cùm donatio causa mortis non minùs quàm legatum aut fideicommissum dicatur species vltimæ voluntatis, l. vlt. C. de donat. caus. mort. l. illud. 37. D. eod. Ac sanè vt argumentantur ij qui partem negatiuam defendunt, quid esset facilius, quàm facere fraudem canoni si ita ius constitueretur vt manifestus vsurarius testari quidem nisi præstita de restituendis vsuris cautione nō posset, at donare mortis causa liberè posset? Neque verò credendus est summus Pontifex tam id egisse vt interdiceret ei factione testamenti, quàm vti ne cum aliqua vltima voluntate illum decedere pateretur: Ne alioquin eueniat vt qui caret minoribus fruatur maioribus, quomodo loquitur Papinianus, licet aliam speciem tractans in l. cùm pacto. 5. D. de seru. export. Plus enim est si subtiliùs intueare, vt iam aliàs monuisse memini, Posse decedere cum vltima voluntate quæ non sit testamentum, quàm posse decedere cum testamento, Non quòd testamentum non sit, quid maius, quàm codicillus, vel fideicommissum, vel donatio causa mortis, cùm per testamentum dari possit hereditas, quæ aliter dari nullomodo potest, l. hereditas. 5. C. de pact. conuent. tam sup. dot. sed quia quo maior solennitas est quæ in testamentis adhiberi debet, vel ob hoc ipsum quod maioris sint momenti, l. Diuus. 24. D. de testam. milit. l. vlt. §. vlt. C. de codicill. eo minùs fauere videtur lex ei cui permittit testari, hoc est decedere cum vltima voluntate tam sollenni. E contrario autem quò minor sollennitas est si sollennitas dici debet quæ in codicillis, epistolis, & mortis causa donationibus adhibetur, eo magis fauetur illi cui permittitur decedere cum vltima voluntate tam parum sollenni: Estque

ni: Estque in eam rem apertius exemplum in testamento militari, quod quia militis nuda voluntate contentum est, nec vllam iuris sollennitatem desiderat, fauorabilius & magis priuilegiatum esse creditur, quàm quod fit secundum regulas iuris communis: Nec dubitandum est quin plus sit posse testari iure militari, quàm posse testari iure communi, adeò vt quisquis iure militari potest testari, multo magis possit etiam iure communi, sed non contrà. Eadem igitur ratione dico, Etiamsi plus sit testari quàm codicillari, quia plus facit qui testatur cùm vniuersalem iuris sui successorem pro arbitrio sibi eligat quod per codicillos fieri nequit, minus tamen esse testari posse quàm posse facere codicillos, Nempe quia cùm fauor legis in eo consistat quod permittitur homini de rebus suis disponere, earúmque dominium transferre in id tempus quo ipse amplius dominus non erit, quanto minus præstat ille ex parte sua vt tanto beneficio dignum se reddat, tanto magis ei fauetur si nihilominùs idem beneficium ei præstetur. At is qui testatur præstat multo plus ex parte sua quàm qui codicillos facit, quoniam se onerat multis adhibendis sollennitatibus, quæ in qualibet alia vltima voluntate vel nullæ vel longè pauciores exiguntur. Minus ergo ei fauetur quàm illi, cui permittitur codicillos facere, & perinde pro arbitrio de bonis suis disponere citra vllam solennitatem. Ideóque cùm ab initio lex XII. tabularū ius testamentorum dūtaxat induxisset, non statim fuit consequens vt & codicilli, & fideicommissa, & mortis causa donationes valerent, sed opus fuit autoritate partim prudentum, partim Imperatorum, vt his speciebus vltimæ voluntatis robur accederet. §. primo. Instit. de codicill. & titul. de fideicom. hered. In summa hoc contendo, Posita concessione facultatis testandi non ideo poni concessionem facultatis codicillandi, vt loquuntur, fideicommittendi, & donandi causa mortis, At ex contrario posita denegatione facultatis testandi, cuiuslibet quoque alterius vltimæ voluntatis facultatem denegatam intelligi, Ex ea rhetoricorum & logicorum regula quæ vult argumentum à minori ad maius affirmatiuè non valere, negatiuè valere. Inde igitur concludo vsurarium manifestum sicuti iure pontificio prohibetur testari, nisi præstita priùs cautione de vsuris restituendis, ita hoc ipso prohibitum intelligi donare causa mortis sub eadem exceptione, vt eadem proportio seruetur inter ea quæ dicuntur secundum quid, quæ seruanda esset inter ea quæ simpliciter dicerentur. Nec me mouet quod vnum obiicere possunt contrariæ sententiæ assertores, filiumfamilias prohibitum esse testari etiam consentiente patre, neque tamen prohiberi donare causa mortis si consensus patris accedat ex l. tam is, vigesimaquinta. § primo. D. de mortis causa donat. Iam enim monuimus suo loco non de alia donatione per filiumfamilias facta intelligi id debere quàm de ea quæ facta sit ex peculio profectitio, quod cùm patris sit magis quàm filij non tam à filio mortis suæ causa & iure vltimæ voluntatis quàm à patre ipso causa mortis filij donatum videatur. Quod autem iidem obiiciunt ex Accursio & Bartolo ad dictam l. tam is, Regulam illam quæ vult, eum qui testari non potest, nec donare mortis causa posse, Non ad alios pertinere quàm ad eos qui ex defectu aliquo naturali testari non possunt, qui nec inter viuos donare possent, quales sunt pupillus & mutus, id quoque nos ibidem refutauimus & ostendimus quàm insulsè dicatur, quamuis Didacus dicto numero II. in

si hoc ipsum tanquã magnũ quidpiã & valde singulare nõtandũ putet. Neq; illa rursum hîc repetenda arbitramur quæ disputauimus contra errorẽ illum interpretum ab eodẽ Didaco inculcatum, à nobis verò conculcatũ, quo putant donationem causa mortis in testamento fieri vtiliter posse, & eo casu censendam iure testamenti, vt si testamentum ex aliqua causa inualidum sit ipsa quoque mortis causa donatio inualida esse existimetur. Nam imò verò si donatio in testamento facta sit etiam quod alioquin valeret, infirmat & corrumpit testamentum, sed ipsa non corrumpitur si modò adsint cætera sine quibus donatio perfici non potest, idest traditio vel stipulatio, Ob idque nec fieri potest vt sequi debeat ius testamenti quod nullum est, vtque ab initio non ipsa valeat quæ propriis viribus subsistit. Verum quanquam hæc ita se habent, puto tamen adhibendam in hac quæstione distinctionem quã in præcedentibus fere omnibus adhibuimus, an donatio causa mortis sic facta sit vt dominium statim transferretur, an verò, ita vt non nisi post mortem donatoris. Nam cùm priore casu donatio causa mortis non tantùm perficiatur, sed etiam impleatur, effectúmque suum plenissimum sortiatur viuo adhuc donatore, ita vt nihil agendum supersit eo mortuo, planè non video in quo videri possit similis legato aut speciem constituere vltimæ voluntatis, nec proinde cur prohibenda sit vsurario manifesto ob id solùm quòd non possit ille decedere cum testamento, aut cum alia vltima voluntate, cùm non sit ei prohibitum donare, aut aliter de bonis suis disponere inter vivos. Hæc siquidem donatio per quam dominium statim transfertur, licèt facta sit causa mortis ne dubitari posset, quin esset reuocabilis, degenerat tamen facilè in donationem inter viuos, vel ob hoc solùm quòd fit irreuocabilis viuo adhuc, id est moriente demùm, necdum mortuo donatore. Non enim dominium rei sic donatæ habet donatarius ob id quòd non sit reuocata donatio, sed ob id quòd ab initio vtiliter facta fuit, ex eaque dominium bene translatum. Quare nec aliud probandum existimarem, etiamsi vniuersa donatoris bona hoc donationis genere alienata proponerentur. Nec enim magis videri posset ita fecisse donator in fraudem pontificiæ constitutionis quàm si bona sua omnia inter viuos donasset, aut vendidisset, quia quamuis faciliores sint hominum voluntates ad donandum causa mortis, quàm inter viuos propter facultatem quam sibi retinent donationis pro arbitrio reuocandæ, paucos tamen reperias tam parum cautos, qui quod donare inter viuos nollent, malint ita donare causa mortis, vt dominium statim transferant in donatarium: cùm possint & debeant cogitare facilè euenire posse vt repentino aliquo siue morbo, siue casu oppressi non reuocent donationem quam fortassis reuocaturi fuerant, si per temporis angustias licuisset: atque ita fiat vt idem prorsus sit effectus donationis qui esset si donatio inter viuos facta fuisset. Quid enim prodest si effectum rei inspicias quod potuerit reuocari, cùm non fuit reuocata? Diuersa ratio est donationum inter viuos coniuges factarũ, quæ quoniã ab initio inutiles sunt, ideoq; indigẽt vt cõfirmentur morte ex oratione Seueri, nõ alio iure censeri possunt quàm vltimæ voluntatis non solùm si expressà voluntate fuerint confirmatæ, sed etsi tantũ silentio & morte donatoris, hactenus saltẽ vt neq; expressè, neq; tacitè cõfirmari possint ab eo ex cõiugibus qui decedere non

possit

possit cùm vltima voluntate. Vnde est quod fideicommissi partibus fungi dicuntur in l. in donationibus 12. C. ad leg. Falcid. nec vnquam degenerant in donationes inter viuos, sicut nec donationes causa mortis inter coniuges factæ, quippe quæ nũquã sic fieri possunt vt ex iis dominium viuo donatore trãsferatur l. sed interim 11. in princip. & §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. Proinde si maritus qui vxori inter viuos inutiliter donauit, proponãtur manifestus fuisse vsurarius non cõfirmabitur eius morte donatio, quæ tamẽ valeret nec vlla cõfirmatione indigeret si & mortis causa facta esset, & ita vt dominiũ statim quãuis reuocabiliter in donatariũ trãsferretur, dũmodo inter alios quàm coniuges.

ERROR NONVS.

De adulto donante mortis causa sine curatoris sui autoritate.

HVIC quæstioni magnã lucẽ adferre vidẽtur, quæ proximo capite disputauimus. Nã quemadmodũ diximus eadẽ testamẽti & donationis causa mortis rationẽ cõstituẽdã esse, in eo vt manifestus vsurarius quẽ põtificia cõstitutio prohibet testari nisi præstita cautione de restituẽdis vsuris, hoc ipso donare quoq; mortis causa prohibit' intelligatur, Ita è cõtrariò cõsequẽter dicendum videtur adultum etiamsi curatorem habeat, sicuti liberam nihilominus etiam sine curatore testandi facultatem habet, consentientibus interpretum omnium votis, sic & donare mortis causa posse, quamuis non interueniente curatoris autoritate. Atque hoc modo ratiocinãtur ex interpretibus nostris quotquot hanc partem affirmatiuam defendunt, quos refert & sequitur Andr. Fachin. lib. 5. Controuers. iur. cap. 61. ex lege cùm hic status 32 paragrapho similes vxori D. de donat. int. vir. & vxor. in illis verbis *nam & mortis causa donare poterit cui testari permissum est.* Itemque ex lege prima paragrapho primo D. de tutel. & ration. distr. vbi non alia ratione prohibetur pupillus donare causa mortis etiam autoritate tutoris accedente, quàm quòd testãdi facultas non sit ei permissa. Cur non ergo licebit adulto donare sine curatore sine quo etiam testari potest? At illi qui contrariam partem defendũt hanc inter testamentum & donationem causa mortis dissimilitudinem adferunt, quòd testamentum ex alieno arbitrio pendere non possit donatio autem causa mortis possit ex lege tam is vigesima quinta paragrapho 1. D. de mort. causa donat. & l. illa institutio 32 D. de hered. instit. Cui rationi posset illa etiam addi, quod donatio causa mortis eo tempore inspecto quo contrahitur propiùs accedat ad contractum quàm ad vltimam voluntatem Sic enim vulgo nostri post glos. & Bart. in l. 2. D. de dot. relegat. Atqui receptissima eorundem vulgarium interpretum traditio est Cõtractus omnes ab adulto, curatorem habente initos sine interuentu curatoris ipso iure nullius esse momenti perinde acsi essent initi, à pupillo sine tutore, propterea quod adultus curatorem habens pupillo & prodigo cui bonis interdictum est æquiparetur ex l. si curatorem habẽs tertia C. de in integr. restit. minor. Iam autem diximus pupillum non posse causa mortis donare ne quidem tutore autore, ex d. l. 1. §. 1. De tutel. & ration. distr. multo igitur minus sine tutoris autoritate. Vnam duntaxat exceptionem addunt isti qui hanc partem negatiuam tuẽtur. Nisi donatio causa mortis per adultum facta iureiurando confirmata proponatur. Quo casu fatentur omnes valere

§.si maritus. Non quidē eo sensu vt si res vxori donata subinde fuerit tradita creditori vxor quasi facta domina vindicationem habere debeat contra creditorem offerendo saltem ei debitum, sed hactenus tantùm, vt si mulier sit in rei possessione saltem precaria, nec recuset soluere quantitatem pro qua fuerat res obligata debeat habere doli exceptionem, vt lex ait, quod ipsum sic accipiendum est, non vt debeat habere doli exceptionem contra creditorem,(quia quod ad creditorem attinet, nihil potest interesse an donatio valeat, necne, cùm qualiscunque possessor possit eum summouere ac pignoris vinculum dissoluere oblato debito. l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypoth. soluit.) sed vt contra heredem donatoris, qui siue post, siue ante dimissum suis nummis creditorem vellet à muliere rem vindicare. Nam quin summo iure habeat ille vindicationem, dubitari non potest, tum quoque cùm donator voluntatem suam declarauit, quod per traditionem pignoris, donationem reuocatam nollet, siquidem non potest per orationem Seueri donatio ita confirmari vt ex ea dominium transferatur in donatariā vxorem sine traditione eo casu quo nec vera traditio fieri à donatore posset, ne fingatur traditio interuenisse illo casu quo neque re vera interuenire posset, plúsque possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero, contra l. confessionibus 13. D. de interrog. in iur. faciend. Atqui neque donator neq; donatoris heres posset rem iam testatori traditam alij tradere ad dominiū per traditionem transferendum, siue ex causa donationis, siue ex alia qualibet citra dolum malum, qui plerunque deflecteret in crimen stellionatus. l. si is qui 11. §. qui res suas. D. de pignor. l. 3. D. de crimin. stellion. Sed non debet ea res facere quin huic mulieri quæ in possessione reperitur, succurrendum sit per exceptionem doli contra donatoris heredem, si velit ille aduersus voluntatem sui testatoris eripere mulieri quod ei defunctus donatum voluit. Perpetuum namque est vt doli exceptio nocere debeat heredi contra illius cuius heres est voluntatem venienti. Sed & fieri potest vt vno casu sit non solùm vtilis, sed etiam necessaria doli exceptio donatariæ mulieri contra creditorem iure suo pignus persequentem: Nimirum si sit illa parata satisfacere creditori, cui donatoris heres nondum satisfecerit, nec id tantùm assequi velit vt summoueat creditorem,(nulla enim opus esset, vt iam diximus, in eam rem exceptione, sublato extinctóque vinculo pignoris ipso iure hoc solo quod creditor pecuniam sibi oblatam accipere recusaret) sed præterea velit ab eodem creditore extorquere vt mandentur sibi actiones contra heredem donatoris. Nam cùm hoc casu reperiatur illa in possessione rei donatæ, & quidem bona fide propter confirmatam donationem, vtiq; ius habet petendi à creditore vt mandet actiones, quod & alius quilibet iustus possessor petere posset, l. mulier. 19. D. qui potior. in pignor. hab. Idque est quod Vlpian. sibi vult iis verbis, *quinimò etsi satisfecisset potuisse eam per doli exceptionem consequi vt sibi mandentur actiones*. Non enim sic accipiendū est, quasi donataria si satisfecerit creditori, non opposita doli exceptione, nec petita actionum cessione, possit ex postfacto eam doli exceptionem opponere, aut qua alia ratione impetrare cessionem actionum, quas amplius creditor nullas habet, cùm fuerint per solutionem extinctæ, l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. Modestinus 76. D. de solut. proindéque extincta quoque doli mali exceptio quæ actionem aliquam in necessarium antecedens præsupponit. Sed hoc significat Vlpianus donatariam hanc si ipsa non heres donato-

ris

ris satisfecisset creditori potuisse in eo tempore solutionis opposita doli exceptione consequi vt sibi mandarentur actiones, quod facere non potest cùm heres ipse donatoris satisfacit, quia eo casu nihil præstare creditor debet donatariæ, à qua nihil ipse accipit, & absurdum esset aliquas actiones eum præstare non solùm ei à quo nihil acciperet, sed etiam contra eum à quo acciperet solutionem. Is verò casus est de quo priùs egerat Vlpianus, nimirum quo creditor solutionem acceperit non à muliere donataria, sed à donatoris herede postea rem illam donatam vindicante iure dominij. Nec repugnāt verba illa *vt parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem.* Nam quemadmodum necessario intelligenda sunt de doli exceptione mulieri contra donatoris heredem accommodanda, vt suprà diximus, ita & de muliere quæ parata sit satisfacere heredi donatoris, eique reddere quod ipse iam præstiterit creditori. Nisi poneres nondum dimisso creditore heredem donatoris agere vindicatione contra mulierem. Tunc enim posset illa heredi obiicere doli exceptionem dicendo se paratam satisfacere creditori, cui nōdum esset satisfactum. Et hic posterior casus magis videtur conuenire verbis Vlpiani. Supponunt enim nondum fuisse satisfactum creditori cùm ponunt mulierem satisfacere paratam: nec quicquam absurdi est opponi exceptionem doli contra heredem donatoris per mulierem, quæ parata sit alij satisfacere, id est creditori, quandoquidem ea satisfactio cedit lucro & commodo heredis, qui alioquin personali actione conuentus, vt creditori satisfacere, cogi posset. Cæterùm quamuis tam infirmæ sint donationes inter virum & vxorem, etiam quæ per traditionem factæ sunt, vt facilè sint reuocabiles, & per solam hypothecæ conuentionem, aut per solum legatum reuocatæ intelligatur quod in donationibus causa mortis etiam inter cōiuges factis diuersum esse ostendimus. In eo tamen assentior Bartolo quod ille tradit ad d. l. rem legatam, ad fin. D. de adim. legat. & Didacus probat d. num. 19. donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum omnium dispositionem, puta obligationem vel heredis institutionem non reuocari, non magis quàm donationes causa mortis: sed per specialem duntaxat de re donata dispositionem, quia vt ait Bart. specialis conuētio magis afficit quàm generalis, & expressa voluntas plerunque efficacior est quàm tacita. l. penul. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. si quis. 6. D. qui sin. manum. ad libert. peruen. l. generaliter. 29. D, qui & à quib. manum. l. 3. C. de seru. pign. dat. manum. Nec sanè capienda facilè est mutatæ voluntatis præsumptio. l. 3. l. eum qui, 22. D. de probat. præsertim verò inter eas personas inter quas durauit eadem affectio & causa voluntatis. Quam in rem videtur mihi accommodatissimus textus, quem à Bartolo & Didaco prætermissum miror in dicta l. secunda. C. de iur. dot. licèt non nisi de mortis causa donationibus ea lex loquatur, quæ difficiliùs reuocantur, vt diximus, quàm quæ fiunt inter virum & vxorem. Sed hoc ipsum tamen quod de generali bonorum omnium obligatione Bartolus, Didacus & alij vulgo tractant, ego non ita generaliter & indistinctè verum esse arbitror. Si enim bona omnia donatoris non tantùm obligata generaliter, sed etiam creditori tradita proponantur, quomodo fieri hodie adsolet per vulgarem clausulam constituti, aut etiam precarij, non dubito quin perinde habenda sit donatio pro reuocata, atque si id quod donatum fuit traditum specialiter

proponeretur., idque siue inter viuos coniuges, siue inter alios quoque mortis causa donatum sit, quia non sicut obligatio consistit in iure, ita & traditio, quæ facti est.l.continuo 7.§.vltimo.D.de curat. furios. ideóque non eandem iuris interpretationem recipere potest traditio, quam reciperet obligatio. Nihil prohibet obligari generaliter bona donatoris omnia, & consequenter ipsam quoque rem quæ siue inter viuos coniuges, siue causa mortis donata fuerat cùm manserit in bonis & dominio donatoris eiusdémque debitoris Et tamen valere donationem non quasi ex vniuersitate illa bonorum excipienda sit res donata, quomodo dici solet de iis rebus quas non esset quis verisimiliter obligaturus, generali obligatione pignoris eas non contineri.l. obligatione 6.& sequentibus. D. de pignor. (nec enim posset prohiberi creditor, quominùs in rem donatam sicut in cæteras ius suum exequeretur, ne alioqui decipiatur creditor qui donationem ignorauit, & in debitoris sui patrimonio quod totum intuitus est eam quoque esse rem donatam sciuit.argum.l. hinc quæritur 19.§.primo.ver.eum enim D.de pecul.) sed quia potest vtrumque, & obligatio scilicet pignoris & donatio simul salua consistere d.l. vlt.§.penult.D. de donat.vt saluo iure creditoris donatio defendatur, quæ non paruam adhuc potest vtilitatem adferre donatario tum quoque cùm pignoris luendi gratia creditorem de suo dimittere coactus est, si quod plerunque fit pluris sit pignus quàm debitum pro quo datur. At cùm bonorum omnium non tantùm obligatio, sed etiam traditio facta est, & consequenter illius etiam rei quæ donata fuerat, non potest fieri vt non debeat reuocata videri donatio quæ facta fuerat per traditionem, quemadmodum disputauimus in præcedentibus. Neque hac in re meliorem facio causam donationum causa mortis inter quoscunque factarum, quàm earum quæ inter viuos coniuges factæ sint, licèt hæ faciliùs reuocari soleant, quàm illæ, quia cum vtrisque commune illud sit quod fiūt per traditionem, & ita tamen vt non statim dominium transferatur, sed post mortem demum donatoris, illud etiam vtrisque commune esse necesse est, vt reuocata traditione per aliam subsequentem traditionem alij factam, ipsa quoque donatio quæ per traditionem facta fuerat, reuocata esse intelligatur. Itaque quoties ponimus factam esse donationem per traditionem non debemus distinguere quomodo distinguunt interpretes, An donator disposuerit de re donata specialiter, an verò de bonis suis generaliter, sed tantum an illam rem donatam, de qua disposuit, siue generaliter siue specialiter etiam tradiderit, an non tradiderit, Vt si tradiderit dicamus indistinctè reuocatam esse donationem quamlibet siue inter viuos sit, siue mortis causa, siue inter coniuges, siue inter alios, Nisi contraria quoquomodo probetur voluntas donatoris, quod donationem noluerit reuocatam: Si verò ea dispositio siue generalis, siue specialis traditionem nullam habuerit, tunc distingui rursum oporteat, an agatur de donatione inter viuos an causa mortis. Nam si de donatione inter viuos facta & inter coniuges (siquidem inter alios factam quia valeret, donator reuocare non posset etiamsi vellet) cum ab initio non valeat vt diximus, facilè reuocata intelligitur, non quidem per solam pignoris conuentionem, postquàm Iustinianus hac parte ius vetus immutauit, sed per legatum, si fortè eam rem donatam donator alij legauerit, aut quod hodie idem est per fideicommissum reliquerit, itémque si vendiderit, quamuis non tradiderit. Cum enim

enim plus sit vendere quàm hypothecæ obligare, nulla ratio est cur Iustiniani cõstitutio quæ de pignore & hypotheca tantùm locuta est, ad venditionem producatur, quoniam qui vendit licet non ideò tradat, se tamen obligat ad tradẽdũ l. 1. D. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod. Et quamuis liberum ei esset præstãdo quanti emptoris interesset eximere se ab ea obligatione de quolibi scripsimus nulla tamen ratio est cur credendus sit vendidisse potiùs vt se obligaret aut heredem suum ad præstationem eius quod interesset emptoris, atque ita sibi suoque heredi noceret quàm vt ostenderet nolle se donationis perperã initæ voluntatẽ retinere. Nec sanè digna est donatio cuius fauore cõtraria interpretatio capiatur, cũ nõ valet. Quod autem de venditione dicimus idem de cæteris quoque contractibus dictum volumus qui sint habiles ad dominium transferendum saltem interueniente traditione siue traditionem requirant siue consensu nudo contẽti sint vt perficiantur. At si agamus de donatione causa mortis etiam facta inter coniuges, quoniam ab initio valet, nunquam in dubio reuocata videri debet nisi per eam conuentionem quæ comitantem vel subsequentem habeat traditionem: quã tamen qualẽcunque interuenire sufficit id est etiam fictam qualis illa est quæ fit per clausulam constituti, vel precarii, cùm per modos istos quatumuis fictos etiam vera possessio transferatur l. quod meo 18 cum seq. D. de acquir. poss. l. quædam mulier 77. D. de rei vindic. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar. In eamque rem apertus est textus Vlpiani in d. l. cùm hic status §. si maritus, vbi quod fauetur mulieri quæ in precaria possessione reperitur vt habeat exceptionem doli non ideo fit quasi clausula precarii non sit efficax ad transferendam possessionem, sed quia sufficit vt mulier donataria in nuda possessione sit; ad hoc vt cùm per quasi Seruianam conuenitur quæ nudam possessionem auocat. l. si cum venditor 66. D de euict. possit se tueri exceptione doli quam alioqui non posset habere mulier quæ non esset in possessione siquidem exceptio non alii dari potest quàm ei qui conuenitur nec alius conueniri, quam qui rem tenet l. 1. in princip. D. de pignor. Ac quamquam is qui per clausulam constituti factus est possessor hoc plus iuris habere creditur quam qui per clausulam precarii quod non solùm possessionem habet ciuilem vt loquũtur, sed etiam naturalem & realem, in hoc tamen de quo nunc agimus, eodem iure censetur, quia cùm absit ei nudæ possessionis detentatio, & ob id perinde actione quasi Seruiana indigeat similiter quoque potest mulier donataria si sit in nuda illa possessione sibi prospicere per doli exceptionem siue contra donatoris heredem vindicantem, siue cõtra creditorem nolentem ei mandare quas habet in donatoris heredem actiones, si modo sit illa satisfacere parata. Illa verò distinctio quam Bartolus subiungit in d. l. rem legatam in fin. circa rem donatam pignori obligatam, vtrum obligata sit pro tanta quantitate vt non sit verisimile debitorem luere illam velle, an pro multo minore vt luitionis spes aliqua superfit, mihi probabilis non videtur: vt neque vera ea ratio quam adfert quod oppignoratio facta pro ea quantitate quæ nullum penè luitionis commodum relinquat, alienatio quædam esse videatur ex lege antep de legat. tertia & l. legata 9. § vlt. D. de supellect. legat. Nunquam enim potest res quæ oppignorata tantùm fuit ob hoc solùm haberi pro alienata quandiu superest ius luendi quamuis futura sit luitio nullius aut perexiguæ vtilitatis: Maxi-

mè verò cùm ad alium spectat, necessitas luendi pignoris, quàm ad eum qui habuerit ius dominij tempore rei obligatæ, vt in proposita specie contingit. Nam quando res vni donata & tradita alteri obligata nec tradita fuit, cùm donatio per oppignorationem non reuocetur, vt nec legatum, potest defendi donatio & illam adferre vtilitatem donatariæ, vt si malit rem habere quàm eius precium audienda sit volens retinere rem donatam etiam intuito herede donatoris, quod ei non concederetur quantacunque pecuniam offerenti si donatio non valeret. In legato autem hoc amplius est quàm in donatione, quòd heredem testatoris obligatum habet legatarius actione personali ex testamento vt pignus luat d.l. 3. C. de legat. d. l. si res obligata 57. de legat. 1. vt proinde parum aut potiùs nihil eius intersit an pro magna, an pro exigua quantitate facta oppignoratio sit. In effectu namque perinde est, ac si testator rem nullomodo obligatam legasset, aut heredem suum vt pignus lueret, expressim damnasset, quo vtroque casu dubitari non posset, quin & legatum valeret, & tantam legatario vtilitatem adferret, quantam si nihil testator debuisset. Donationis ratio dissimilis est in eo tantùm, quod donatarius siue inter viuos siue causa mortis nullo casu habeat actionem personalem in heredem donatoris, scilicet cùm per traditionem facta donatio est non per stipulationem ipséque pignus luere cogitur si quando fuerit illud rectè ac vtiliter constitutum. Sed hoc tanto magis, non tantominùs facere potest vt donatoris heres boni consulere debeat valere donationem, ex qua saltem id commodi sentiat, vt liberetur ab eo ære alieno, quod alioqui soluere cogeretur. Nec Bartoli distinctionem adiuuat, quod Scæuola respondit in dict. l. antepenultima. De legat. 3. in illis verbis *si modo in propriu n patrimonium, quod ferè cessante debitore fit, non sint redacta.* Non enim is Scæuolæ sensus est, vt cessare dicatur debitor in luenda re pignorata si tali pretio sit oppignorata vt non sit spes eius amplius luendæ, quomodo Accursius Bartolus & alij interpretantur, sed vt possit pignus redigi in proprium patrimonium creditoris cessante debitore in solutione, non quia sola cessatio acquirat pignoris dominium creditori, sed quia propter cessationem illam euenire solet, vt vel pignus distrahatur autoritate iudicis, nullóque existente extraneo emptore ipsi creditori vendatur l. secunda. C. si in caus. iudicat. pign. capt. sit vel creditori addicatur impetrato dominij iure secundum formam illam, de qua in tit. C. de iur. domin. impetr. l. magis puto 5. §. si fundus D. de rebus eorum qui sub tutel. Quod cùm factum est cùm dominij ius vtroque modo acquiratur creditori, mirum non est appellatione bonorum quæ creditor habeat, illa etiam quæ pignori aliquando acceperat contineri. Cæterùm antequàm creditor vel pignus emerit tanquam alius emptor extraneus quilibet, vel eius dominium sibi addici curauerit, non potest videri redactum pignus in patrimonium creditoris, quantumcunque sit debitum pro quo pignus datum fuit, sed tantùm spes est redactum iri tum quoque cùm parua spes est luitionis, dummodo luendi facultas aliqua superlit. Quod verò adfert Bartolus ex dict. l. legata 9. in fin. De suppell. leg. multo minùs ad rem pertinet. Neque enim distinguit ibi Papinianus an res obligata fuerit pro magna an pro parua quantitate sed tantùm an argentum oppignoratum in creditoris vsu fuerit ex voluntate debitoris, an verò repositum (sic e-

nim le-

nim lego non vt vulgo *propositum*) id est reconditum & sepositum à cæteris rebus quæ in vsu creditoris sunt; Nimirum propter contractus fidem & rei restituendæ vinculum vt Papinianus ait quia fides contractus non patitur vt creditor citra voluntatem debitoris vtatur pignore quin hoc ipso furtum committat l. si pignore 54. D. de furt. perinde ac si recepto debito restitutionem pignoris recusaret. Planè cùm creditor ex voluntate debitoris vtitur pignore, licet non ideo fiat dominus pignoris, voluntatis tamen coniectura sumi potest vt omne argentum suum legando illud quoque quod pignori acceperat legasse videatur, non quidem in præiudicium debitoris, cui dominium rei suæ inuito vel ignoranti auferre non potuit, etiam ni maximè voluisset, sed in præiudicium heredis vt quod à creditore alioquin soluendum esset creditoris heredi ad luendum pignus, id saltem legato contineatur, quasi hac parte legasset creditor ius pignoris & eam ipsam quantitatem quæ sibi sub pignore debebatur. Totius huius tractatus summa est, Donationes inter viros coniuges facilè & plerumque tacitè reuocatas intelligi ex nouo & superueniente facto donatoris, At donationes causa mortis per traditionem factas nunquam, nisi cum donator rem donatario iam traditam alteri itidem tradidit, ex quacunque tandem causa, quæ reuocationis species expressa potius quàm tacita dici debet quia quod iam vni traditum fuit alteri ab eodem tradi non potest, quin ei cui prius traditum fuerat, hoc ipso eripiatur. Quod si is qui mortis causa donauerat ob instans aliquod periculum mortis vel conualuerit ex infirmitate vel ab eo periculo aliter liberatus sit, aut si donatarius ante donatorem decesserit: reuocatur quidem tacitè donatio causa mortis in his omnibus casibus, sed ex sui natura tacitaque conditione, vt loquitur l. mortis causa 15. D. de manumiss. non ex actu aliquo qui tacitam donatoris voluntatem, aut voluntatis coniecturam inducat. Ideóque perinde reuocaretur tacitè huiusmodi donatio causa mortis, etiamsi facta esset per stipulationem, vt l. ene contra Barbat. disputat Didac. supradicto loco n. 23. & seq ex l. mortis causa donatio 34. D. de mort. caus. donat. l. si mortis 29. eod.

ERROR OCTAVVS.

De vsurario manifesto an liberius possit donare causa mortis quàm testari.

TRACTATVR à nostris interpretibus hæc quæstio satis magnis contentionibus: An vsurarius manifestus quem constat non posse testari nisi præstita priùs cautione de vsuris quas indebitè perceperit restituendis ex cap. quamquam 6. vlt. De vsur. lib. 6. liberam habeat mortis causa donandi facultatem, id est non præstita ea cautione quam præstare haberet necesse vt testari posset: Nec desunt Doctores quorum alij affirmatiuam alij negatiuam partem sequantur, vt nec sciri facilè possit in quã procliuior sit quæ frequentior est interpretũ schola. Quæstioni causam illud dedit, quod ex vna parte vident cõstitutionem pontificiã iuris cõmunis correctoriam loqui tantùm de testamento, non etiam de donat. causa mortis, ideóq; non facilè producendã extra suos limites, vt dici solet de constitutionib. omnib. correctoriis

esse illas restringendas non ampliandas, tanquàm quæ cùm sint correctoriæ hoc ipso sint odiosæ, licèt ea constitutio fauorabilissima esse existimetur, propterea quòd non tam ad vsurarum odium respicit, quàm ad salutem animarum, qua nihil fauorabilius dici potest: Ex altera verò parte vident regulam generaliter ita conceptam esse vt quisquis testari non potest, is nec mortis causa donare possit, l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration. distr. l. discretis. 10. C. qui testam. facer. poss. Qui affirmatiuam partem sequuntur solent subiicere exceptionem Nisi donatio causa mortis in fraudem fiat, quod præsumi volunt quoties donatio est vniuersorum bonorũ ex l. omnes. 17. §. Lucius. D. quæ in fraud. credit. Item inquiunt nisi in testamento fiat hæc mortis causa donatio, quia sicuti non dubitant quin fieri in testamento possit, ita neque quin sit illa inutilis cùm facta est in testamento inutili; si non sit facta per stipulationem. Nam & hanc subexceptionem subiiciunt ad exceptionem vt refert Andr. Fachineus libr. 5. Controuers. cap. 62. post Didacum in 3. parte rubric. De testam. num. 11. Mihi videtur quæstio hæc ex iis quæ in præcedentibus diximus, aut nullam, aut perexiguam habere dubitationem. Etsi enim constitutio summi Pontificis non loquitur nisi de testamento, hoc vnum tamen sufficit vt donatio quoque causa mortis prohibita esse intelligatur, Sicut & fatendum est vsurarium hunc manifestum codicillos facere non posse, ne quidem ab intestato, non quasi codicilli ab intestato facti possint videri pars esse aliqua testamenti quod nullum est, sed quia non alius potest codicillos ab intestato facere quàm qui facere testamentum posset, cùm eo casu testamenti vicem obtineant, l. Diui. 6. §. codicillos. l. conficiuntur. 8. §. codicilli. l. ab intestato. 16. in fin. ff. de iur. codicill. Itaque non modò legatum relinquere nòn potest, sed nec fideicommissum is qui testamentum facere non potest, l. 2. De legat. 1. Ergo neque donare causa mortis, cùm donatio causa mortis non minùs quàm legatum aut fideicommissum dicatur species vltimæ voluntatis, l. vlt. C. de donat. caus. mort. l. illud. 37. D. eod. Ac sanè vt argumentantur ij qui partem negatiuam defendunt, quid esset facilius, quàm facere fraudem canoni si ita ius constitueretur vt manifestus vsurarius testari quidem nisi præstita de restituendis vsuris cautione nõ posset, at donare mortis causa liberè posset? Neque verò credendus est summus Pontifex tam id egisse vt interdiceret ei factione testamenti, quàm vti ne cum aliqua vltima voluntate illum decedere pateretur: Ne alioquin eueniat vt qui caret minoribus fruatur maioribus, quomodo loquitur Papinianus, licet aliam speciem tractans in l. cùm pacto. 5. D. de seru. export. Plus enim est si subtiliùs intueare, vt iam aliàs monuisse memini, Posse decedere cum vltima voluntate quæ non sit testamentum, quàm posse decedere cum testamento, Non quòd testamentum non sit, quid maius, quàm codicillus, vel fideicommissum, vel donatio causa mortis, cùm per testamentum dari possit hereditas, quæ aliter dari nullomodo potest, l. hereditas. 5. C. de pact. conuent. tam sup. dot. sed quia quo maior solennitas est quæ in testamentis adhiberi debet, vel ob hoc ipsum quod maioris sint momenti, l. Diuus. 24. D. de testam. milit. l. vlt. §. vlt. C. de codicill. eo minùs fauere videtur lex ei cui cui permittit testari, hoc est decedere cum vltima voluntate tam sollenni. E contrario autem quò minor sollennitas est si sollennitas dici debet quæ in codicillis, epistolis, & mortis causa donationibus adhibetur, eo magis fauetur illi cui permittitur decedere cum vltima voluntate tam parum sollenni: Estque

ni: Estque in eam rem apertius exemplum in testamento militari, quod quia militis nuda voluntate contentum est, nec vllam iuris sollennitatem desiderat, fauorabilius & magis priuilegiatum esse creditur, quàm quod fit secundum regulas iuris communis: Nec dubitandum est quin plus sit posse testari iure militari, quàm posse testari iure communi, adeò vt quisquis iure militari potest testari, multo magis possit etiam iure communi, sed non contrà. Eadem igitur ratione dico, Etiamsi plus sit testari quàm codicillari, quia plus facit qui testatur cùm vniuersalem iuris sui successorem pro arbitrio sibi eligat quod per codicillos fieri nequit, minus tamen esse testari posse quàm posse facere codicillos, Nempe quia cùm fauor legis in eo consistat quod permittitur homini de rebus suis disponere, earúmque dominium transferre in id tempus quo ipse amplius dominus non erit, quanto minus præstat ille ex parte sua vt tanto beneficio dignum se reddat, tanto magis ei fauetur si nihilominùs idem beneficium ei præstetur. At is qui testatur præstat multo plus ex parte sua quàm qui codicillos facit, quoniam se onerat multis adhibendis sollennitatibus, quæ in qualibet alia vltima voluntate vel nullæ vel longè pauciores exiguntur. Minus ergo ei fauetur quàm illi, cui permittitur codicillos facere, & perinde pro arbitrio de bonis suis disponere citra vllam solennitatem. Ideóque cùm ab initio lex XII. tabularũ ius testamentorum dũtaxat induxisset, non statim fuit consequens vt & codicilli, & fideicommissa, & mortis causa donationes valerent, sed opus fuit autoritate partim prudentum, partim Imperatorum, vt his speciebus vltimæ voluntatis robur accederet. §. primo. Instit. de codicill. & titul. de fideicom. hered. In summa hoc contendo, Posita concessione facultatis testandi non ideo poni concessionem facultatis codicillandi, vt loquuntur, fideicommittendi, & donandi causa mortis, At ex contrario posita denegatione facultatis testandi, cuiuslibet quoque alterius vltimæ voluntatis facultatem denegatam intelligi, Ex ea rhetoricorum & logicorum regula quæ vult argumentum à minori ad maius affirmatiuè non valere, negatiuè valere. Inde igitur concludo vsurarium manifestum sicuti iure pontificio prohibetur testari, nisi præstita priùs cautione de vsuris restituendis, ita hoc ipso prohibitum intelligi donare causa mortis sub eadem exceptione, vt eadem proportio seruetur inter ea quæ dicuntur secundum quid, quæ seruanda esset inter ea quæ simpliciter dicerentur. Nec me mouet quod vnum obiicere possunt contrariæ sententiæ assertores, filiumfamilias prohibitum esse testari etiam consentiente patre, neque tamen prohiberi donare causa mortis si consensus patris accedat ex l. tam is. vigesimaquinta. § primo. D. de mortis causa donat. Iam enim monuimus suo loco non de alia donatione per filiumfamilias facta intelligi id debere quàm de ea quæ facta sit ex peculio profectitio, quod cùm patris sit magis quàm filij non tam à filio mortis suæ causa & iure vltimæ voluntatis quàm à patre ipso causa mortis filij donatum videatur. Quod autem iidem obiiciunt ex Accursio & Bartolo ad dictam l. tam is, Regulam illam quæ vult, eum qui testari non potest, nec donare mortis causa posse, Non ad alios pertinere quàm ad eos qui ex defectu aliquo naturali testari non possunt, qui nec inter viuos donare possent, quales sunt pupillus & mutus, id quoque nos ibidem refutauimus & ostendimus quàm insulsè dicatur, quamuis Didacus dicto numero 11. in

possit cùm vltima voluntate. Vnde est quod fideicommissi partibus fungi dicuntur in l. in donationibus 12. C. ad leg. Falcid. nec vnquam degenerant in donationes inter viuos, sicut nec donationes causa mortis inter coniuges factæ, quippe quæ nūquā sic fieri possunt vt ex iis dominium viuo donatore trāsferatur l. sed interim 11. in princip. & §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor. Proinde si maritus qui vxori inter viuos inutiliter donauit, proponātur manifestus fuisse vsurarius non cōfirmabitur eius morte donatio, quæ tamē valeret nec vlla cōfirmatione indigeret si & mortis causa facta esset, & ita vt dominiū statim quāuis reuocabiliter in donatariū trāsferretur, dūmodo inter alios quàm coniuges.

ERROR NONVS.

De adulto donante mortis causa sine curatoris sui autoritate.

HVIC quæstioni magnā lucē adferre vidētur, quæ proximo capite disputauimus. Nā quemadmodū diximus eādē testamēti & donationis causa mortis rationē cōstituēdā esse in eo vt manifestus vsurarius quē pōtificia cōstitutio prohibet testari nisi præstita cautione de restituēdis vsuris, hoc ipso donare quoq; mortis causa prohibit intelligatur, Ita è cōtrariò cōsequēter dicendum videtur adultum etiamsi curatorem habeat, sicuti liberam nihilominus etiam sine curatore testandi facultatem habet, consentientibus interpretum omnium votis, sic & donare mortis causa posse, quamuis non interueniente curatoris autoritate. Atque hoc modo ratiocinātur ex interpretibus nostris quotquot hanc partem affirmatiuam defendunt, quos refert & sequitur Andr. Fachin. lib. 5. Controuers. iur. cap. 61. ex lege cùm hic status 32 paragrapho si miles vxori D. de donat. int. vir. & vxor. in illis verbis *nam & mortis causa donare poterit cui testari permissum est.* Itemque ex lege prima paragrapho primo D. de tutel. & ration. distr. vbi non alia ratione prohibetur pupillus donare causa mortis etiam autoritate tutoris accedente, quàm quòd testādi facultas non sit ei permissa. Cur non ergo licebit adulto donare sine curatore sine quo etiam testari potest? At illi qui contrariam partem defendūt hanc inter testamentum & donationem causa mortis dissimilitudinem adferunt, quòd testamentum ex alieno arbitrio pendere non possit donatio autem causa mortis possit ex lege tam is vigesima quinta paragrapho 1. D. de mort. causa donat. & l. illa institutio 32 D. de hered. instit. Cui rationi posset illa etiam addi, quod donatio causa mortis eo tempore inspecto quo contrahitur propiùs accedat ad contractum quàm ad vltimam voluntatem Sic enim vulgo nostri post glos. & Bart. in l. 2. D. de dot. relegat. Atqui receptissima eorundem vulgarium interpretum traditio est Cōtractus omnes ab adulto curatorem habente initos sine interuentu curatoris ipso iure nullius esse momenti perinde ac si essent initi à pupillo sine tutore, propterea quod adultus curatorem habens pupillo & prodigo cui bonis interdictum est æquiparetur ex l. si curatorem habēs tertia C. de in integr. restit. minor. Iam autem diximus pupillum non posse causa mortis donare ne quidem tutore autore, ex d. l. 1. §. 1. De tutel. & ration. distr. multo igitur minus sine tutoris autoritate. Vnam duntaxat exceptionem addunt isti qui hanc partem negatiuam tuētur. Nisi donatio causa mortis per adultum facta iureiurando confirmata proponatur. Quo casu fatentur omnes valere

propter potestatem iurisiurandi, cui hanc vim tribuunt vt eum qui re vera minor est repræsentet maiorem Ex authent. sacramenta puberum C. si adverſ. vendit. Ego neque his neque illis assentior, sed puto distinguendum de qua donatione causa mortis loquamur, An de ea quæ per traditionem fiat, an de ea quæ per stipulationem. Nam si de ea quæ per stipulationem fiat, dico valere quamuis nulla curatoris autoritas interuenerit, Non ratione illa quam alij adferunt quod donare mortis causa possit quisquis testari potest, sed quia stipulatio hæc dicenda est quæ animum causa mortis donandi pro causa habeat potiùs quàm mortis causa donatio, vt suo loco probauimus ex l. cùm enim 6. iunct. §. vlt. l. præced. D. de nouat. Certum autem est puberes etiam curatorem habentes rectè sine curatoribus suis obligari. l. puberes 101. De verb. obligat. multo magis si exactio differatur in id tempus quo erit ipse mortuus, vt euenit in stipulatione quæ interposita sit iure donationis causa mortis l. mortis causa donatio 34. D. de mort. cauſ. donat. Nempe quia obligatio personæ adulti per stipulationem nihil commune habet cum administratione bonorum adulti, quæ sola curatori demandata intelligitur. Nec enim ius vllum aut potestatem vllam habet curator in personam sed tantùm in res & bona minoris, in quo differt à tutore qui nō tam bonis quàm personæ pupilli principaliter datur l. quia personæ 14. D. de testam. tutel. l. cùm in vna 17. §. 1. D. de appellat. At si de ea mortis causa donatione loquamur, quam adultus fecerit per traditionem, Nego posse illam valere sine curatoris autoritate, Moueórque ex eo quod traditio bonorum minoris haud dubiè pertinet ad causam administrationis bonorum, siue traditio sic fiat vt dominium statim transferatur, qui casus ideo minorem habet dubitationem quod dominij translatio cùm sit alienatio l. 1. C. de fund. dotal. non solùm administratio sed etiam plus quàm administratio est l. ab agnato 12. D. de curat. furioſ. iunct. l Lucius 46. §. vlt. D. de admi. & peric. tutor. Siue traditio sic fiat vt dominij translatio post mortem conferatur, quoniam traditio nulla esse potest sine alienatione possessionis saltem corporalis, quæ sicut in bonis est, ita non potest alienari citra bonorum administrationem. Porrò in iis omnibus quæ ad causam administrationis pertinent verum est quod interpretes in cæteris quoque ac nimis generaliter recipiendum volunt, adultum qui curatorem habeat pupillo esse comparandum vt nihil omnino quod ex administratione pendeat sine curatore agere possit d. l. 3. C. de in integr. restit. minor. neque aut aliter aut melius ea lex conciliari potest cum d. l. puberes. vt in prima Decadum nostrarum parte à nobis explicatum esse meminimus. Fatendum igitur est mortis causa donationem ab adulto per traditionem fieri sine curatoris autoritate nullomodo posse: in eóque apertè dissimilem esse rationem testamenti & donationis causa mortis. Non quod donatio causa mortis possit magis pendere ex alieno arbitrio quàm testamentum (si enim perpetua esset ea ratio non valeret donatio causa mortis ab adulto facta per stipulationem sine curatore quam tamen diximus valere) sed quòd testamentum nihil habet commune cum administratione bonorū, quomodo habet donatio causa mortis quoties fit per traditionem. Et hoc ita esse colligas non malè ex eo quod Vlpianus tractat in d. l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration. distr. an pupillus mortis causa donare possit autore tutore. Esset enim ridicula quæstio, si donatio causa mortis ex eorum esset genere in quibus alterius autoritas adhiberi

beri numquam posset, quomodo in testamentis numquam adhibetur. Innuit autem Vlpianus, si donationem causa mortis à pupillo factam illa ratio non impediret quod cui prudentum interpretatio ad legem 12. tab. non putauit concedendam esse factionem testamenti, ei nec mortis causa donare permittendum est, non fore dubitandum quin valitura esset ea quoque mortis causa donatio quam pupillus fecisset, at ita demum si tutoris autoritas accederet. Nec enim Vlpianus tam ad id respicit quod tutor pupillo suo in hanc rem accommodare autoritatem non possit, quàm quod non debeat, ob idque vult eum iudicio tutelæ teneri, quia eam præstando autoritatem fecerit id non quod facere non poterat sed quod facere non debebat. Itaque post illam sententiam generalem propositam, In omnibus quę fecit tutor cùm facere non deberet, item in his quæ non fecit cùm facere deberet rationem ab eo reddi in hoc iudicio tutelæ oportere, subiungit conueniéter Vlpianus *unde queritur si tutor pupillo ad mortis causa donationē accommodauerit an tutelæ iudicio teneatur* vt intelligamus esse hanc rem ex earum genere in quibus autoritas administratoris adhiberi potest quidem, sed nó debet, quia mortis causa donationes his personis, quæ testari non possunt, permittendæ non sunt, neque à tutore, neque à iure ciuili, quod hac parte non aliud est. quàm interpretatio prudentum, quæ nimiam illam testãdi licentiam & libertatem quam lex 12. tab. induxerat pro personarum rerúmque varietate, diuersis temperamẽtis coarctauit l. verbis legis 120. De verb. signific. Cùm verò certum sit posse donationem causa mortis ita fieri vt ex ea dominium statim quamuis reuocabiliter transferatur l. 2. l. si mortis 29. D. de mort. caus. donat. miror eos qui volunt donationem causa mortis ab adulto sine curatore factam valere ne quidem hanc donationis speciem excipere, abutentes perpetuò ea testamentorum & mortis causa donationum comparatione quasi non minus permittenda sit adulto alienatio quæ fit per donationem causa mortis, quàm quæ fit per vniuersalem heredis institutionem, Cùm tamen inter has alienationes manifesta sit illa differentia, quod quæ fit per institutionem nullum effectum habet nisi adulto mortuo, ideóque fit solius legis potestate: quæ verò fit per donationem causa mortis interueniente traditione ex qua dominium statim transferatur eã effectum habet, & quidem plenum ab initio licet non irreuocabilem, sed qui tamen fit irreuocabilis viuo etiam adulto eodémque donatore, tũc scilicet cùm adultus decedit non reuocata donatione quam in id vsque tẽpus reuocare potuerat si voluisset, At nemo nescit interdictam esse adulto sine curatoris autoritate alienationem quamlibet. Cur ergo permittetur ei donatio causa mortis per quam res eo adhuc viuo alienetur? Aut cur aliud iuris in donatione quam is inter viuos fecisset constitueremus? quam tamen nemo diceret posse valere factam sine curatoris autoritate. Nam quod hæc donatio sit irreuocabilis illa non item, in quo diuersitatis rationẽ magnam Fachineus supradicto loco constituit, ad causam alienationis & translationis dominij non pertinet, Siquidem tam verè alienatur id cuius dominium transfertur reuocabiliter, quã cuius irreuocabiliter, Ob idq; non magis permittitur cõiugi dominiũ rei suę transferre in cõiugẽ ex tali donatione causa mortis quã ex donatione inter viuos l. se d interim 11. in princ. D. de don. int. vir. & vxor. Quinimò nec accedente curatoris autoritate permissũ est adulto patrimoniũ suũ per donationẽ diminuere ne tum quidẽ cũ iusta de-

nandi & patrimonij diminuẽdi causa subest, nisi decreti quoq; autoritas accedat vt in specie d.l.1.§.sed etsi nõ mortis D.de tutel. & ration. distr. quia nõ in hoc dãtur curatores aut etiã tutores, vt donent diminuãt, perdantq; patrimoniũ pupilli vel adulti, sed vt administrẽt d.l. Lucius 46. §. vlt. l. tutor. 22. De admi. & peric. tutor. l. non omni 16. C. eod. Quanto minus ergo idipsũ ei licebit sine curatore? Deniq; illud semper memoria tenendum est quod sæpius monuimus, donationes istas causa mortis quæ ita fiunt vt dominiũ statim & viuo adhuc donatore transferatur nihil simile aut commune habere cum vltima voluntate, sed propius accedere ad donationes inter viuos siue earum initium inspicias siue finem, qui facit vt viuo adhuc donatore fiãt irreuocabiles, & degenerent in donationes inter viuos. Proinde nõ est quod interpretes à testamẽto ad hanc donationis speciem argumẽtentur. Quamquam nec ad illã quoque quæ sic fiat vt dominij translatio post adulti mortem cõferatur: quia vt suo loco docuimus, etsi donationes ita factæ capiantur ad instar legatorum, non tamen fiunt ad instar legatorum cùm fiãt per traditionem quæ in legatis nulla requiritur, & quæ tamen sola facit vt nõ possit ea donatio fieri sine curatoris autoritate, propter adnexam causam administrationis, quam prorsus nullam habet rerum suarum adultus, qui habet curatorem. Illud vnum fortasse quis obiecturus sit, donationes causã mortis inter coniuges etiam ita factas vt dominium ex iis transferatur, valere, non quidem in eo vt dominium transferri statim possit, sed vt saltem donatore in eadem voluntate mortuo res donata acquiratur donatario d.l. sed interim §.1. Similiter igitur dicendum valere donationem factam causa mortis ab adulto etiam ea lege vt dominium statim transferretur, hactenus nimirum vt mortuo saltem adulto fiat ea translatio, quæ fieri nõ potuit illo viuo. Sed respondeo neque hanc bonam esse comparationem: quoniam inter coniuges sola dominij translatio non etiam traditio prohibita est, vt proinde nihil vetet valere donationem saltem post mortem donatoris, quoniam qui voluit dominium rei suæ statim transferre, multo magis voluit translatum illud intelligi post mortem suam. At in adulti persona non tantùm dominij translatio sed etiam traditio quælibet prohibita intelligitur, quia quoquomodo rem suam tradat siue eo animo vt dominiũ statim transferat siue vt possessionem duntaxat, patrimonium suum administrare intelligitur cuius tamen sine curatore administrandi nullum ius habet. Consequenter cùm non tantùm donatio sed etiam traditio nulla sit quæ tamen valere debuerat viuo donatore, non magis fieri potest vt ex ea dominium transferatur post mortem adulti, quàm si traditio prorsus nulla præcessisset quo casu probauimus in præcedentibus Decadibus ita ius futurum vt ex donatione causa mortis, transferri dominium in donatarium nullomodò posset. Atque ob eam nimirum causam non distinguimus in hac quæstione vt in aliis plerisque distinximus, an donatio causa mortis sic facta fuerit per traditionem vt dominium statim transferretur, an ita vt post adulti mortem tantùm. Sed eas donationes causa mortis quæ per traditionem factæ sint ab aliis per stipulationem factis separamus, & adultum qui habet curatorem ab eo qui non habet, quoniam donationem ab eo factam qui curatorem non haberet, etiam per traditionem valere dicerem siue dominiũ transferre adultus statim voluisset, siue dominij translationem conferre post mortẽ suam, sed ita tamen vt nonnisi post mortẽ inciperet fieri trãslatio, Non

tio,Non aliter quàm quomodo euenire diximus in donatione causa mortis inter coniuges facta, quia nulla lex aut ratio est, quæ faciat ne valeat traditio etiam donandi animo facta per adultum qui curatorem non habet, quamuis ipsa dominij translatio nihilominus impediatur, quæ accedente quoq; curatoris autoritate impediretur. Earum præsertim rerum quarum alienatio per senatusconsultum interdicta est de quo in tit.D.de reb.cor.& in tit.C.de præd.minor.Nam cæterarum rerum alienatio etiam per donationem libera est adulto curatorem non habenti saluo ei auxilio restitutionis sed tot.C.si aduers.donat. non etiam habenti curatorem quia neque is sine curatore posset donare neque curator ei autoritatem præstare ad donandum etiam ex iusta causa si non decreti quoque autoritas interueniret d.l.1.§.2.D.de tutel & ration.distr.

ERROR DECIMVS.

De muliere quæ ex lege municipali non potest contrahere absque consensu duorum propinquorum an possit liberè donare causa mortis.

PLERIQVE terrarum loci sunt maximè in Italia, in quibus contra ius commune municipali lege cautum est vt nullum contractum possit inire mulier absque consensu duorum propinquorum.Inde Doctores nostri præsertim Itali qui toti sunt in statutis interpretandis potiùs quàm in Romanis legibus bene interpretandis, captant occasionem disputandi, frequensque apud eos disputatio ista est An omissa huiusmodi sollenitate possit mulier donare causa mortis. Affirmant multi,post Ludouicum Romanum & Iason.ad legem secun.de legat. primo Alciat. & Socin. ad leg.secun.De verb.obligat.Negant plures immo cæteri ferè omnes quos congerit Tiraquel De legib.connubial.glos.5.num 18.præcipuè Alex. & Rip. ad l.2. de legat.1.Idem Alex.& Aret.in d.l.2 De verbor.obligation. Priorem sententiam licet minùs receptam tuetur Fachineus libro.5. controuers. iur. cap. 60.Moueturque potissimùm ex eo quod cùm statutum hoc sit contrarium iuri quo mulieri non minùs quàm masculo permittitur liberè contrahere absque consensu propinquorum,non potest habere locum nisi in contractibus propriè ac strictè sumptis.Ergo,inquit,non in donatione causa mortis quæ verè ac propriè non est contractus:Siquidem omnes effectus sortitur,quos habent vltimæ voluntates,neque iis ex quacumque parte absimilis esse intelligitur vt Iustinianus loquitur in lege vltima C. de donation. causa mortis.Nemo autem dubitat, quin mulieri pro arbitrio liceat non obstante tali statuto de bonis suis testari aliterue disponere in vltima voluntate etiam consensu & præsentia propinquorum non interueniente. Addit Fachineus, huiusmodi statutorum aliam rationem assignari non posse, quàm ne tam facilè mulier sine propinquorum præsentia contrahendo lædatur, propterea quod fragile sit & infirmum huius sexus consilium,& multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum vt de minoribus scribit Vlpian. in lege prima D.de minor.Atqui ratio hæc non videtur posse accommodari ad mortis caus.donat. quæ scilicet ad nutum & voluntatem donantis quocumque tempore possunt reuocari perinde ac testamenta,& aliæ quælibet vltimæ voluntates. Cessante igitur in iis

ratione statuti, ipsum quoque statutum cessare necesse est, cuius quippe vim & potestatem ex ea ratione quæ statuentes mouerit semper æstimari oportet vulg. l. adigere 6. §. quamuis D. de iur. patron. l. cùm pater 77. §. dulcissimus De leg 2. Speciosæ quidem rationes sunt, sed non veræ. Longéque meliùs sicut sentiunt ij qui negant in proposita specie permittendas mulieri donationes causa mortis nisi adhibita ea sollennitate, quæ in alio contractu quolibet requireretur, Ita & argumentantur, cùm dicunt donationes, causa mortis inspecto eo tempore quo fiunt, naturam habere contractuum magis quàm vltimarum voluntatum, ideóque contractibus magis quàm vltimis voluntatibus esse comparandas & adscribendas. Omnes enim nobiscum consentiunt non aliter posse illas fieri quàm vel per traditionem vel per stipulationem, nisi quod addunt *aut etiam per pactum nudum* quod postremum nos non admittimus. Vltimæ autem voluntates neque traditionem vllam exigunt neque stipulationem, vt notissimum est, nec rursus pactum nudum idque omnes fatentur. Inspecto igitur eo tempore quo fit donatio causa mortis non potest vlla probabili ratione censeri iure vltimæ voluntatis, Idque tam apertum est in ea præsertim donatione quæ per stipulationem fiat, vt miter Fachineum hanc saltem non adhibuisse distinctionem an de illa donatione causa mortis loquamur quæ per stipulationem facta sit an de illa quæ per traditionem Vsque adeò enim donationem non tantùm causa mortis sed etiam quod magis est inter viuos quæ per stipulationem facta sit contractum esse verum est communi quoque interpretum omnium consensu, immo nihil aliud esse quàm stipulationem, vt neque testium quinque sollennitatem requirant ne tum quidem cùm non sunt insinuatæ quamuis legitimam summam excedant neque si in testamẽto facta sit iuxta inueteratum illum errorem interpretum quo obtinuit vt in testamento etiam contractus fieri vtiliter possit, alio tamẽ quàm contractus iure censeantur vt ex recepta interpretum sententia tractat Didacus in 3. part. rubr. De testam. num. 11. post Decium cons. 196. Ex quo etiam fit vt cùm dici soleat & verum sit nullam ex donatione inter viuos nasci actionem ciuilem l. interdictum 14. D. de precar. l. eum qui 14. §. is qui precario D. de furt. tamen ex huiusmodi stipulatione interposita donandi animo siue inter viuos siue causa mortis nascatur ciuilis actio non tanquam ex donatione sed tanquam ex stipulatione quemadmodum suo loco probauimus. Cur ergo ex generalitate verborum statuti prohibentis ne possit mulier contrahere absque præsentia duorum propinquorum excipiemus stipulationem eo solo prætextu quod facta sit per donationem causa mortis? An fortè aliqua stipulatio est quæ possit videri non esse contractus? Quod si donatio causa mortis non per stipulationem facta sit sed per traditionem quamquam hæc donationis species est quæ minùs videtur accedere ad contractum, neque verò contractus vllomodo dici potest cùm inter viuos donatum fuit quia nullum negotium inter donantem & donatarium gestum esse intelligitur l. si prædia 58. D. de donat. int. vir. & vxor. l. Aristo 18 D. de donat. tamen cùm mortis causa donatio facta est, negare nõ possumus quin aliquod negotium geri intelligatur, non ex qua parte donator cogitat de exercenda in donatarium liberalitate (nam ex hoc latere omnes donationes sunt similes quia sunt æquè liberalitates) sed qua parte cogitat de se ipso, & vult aliquo casu ad se reuerti donationem vt eleganter Paulus noster

tractat

tractat in l.Senatus 35.§.ergo qui mortis D.de mort. causs.donat. Vnde euenire diximus cùm hac de re magis ex professo disputabamus vt ex donatione causa mortis nascatur ciuilis actio,non quidem pro donatario cùm per traditionem facta est non per stipulationem,sed pro donatore si fortè contingat casus quo ad eum debeat reuerti res donata siue ex pœnitentia siue ex conualescentia siue ex qua alia causa prout feret lex ab initio donationi dicta l. qui mortis 30.iunct.l.præced.& l.si alienam 13 §.1 eod tit. Etsi enim volunt nostri donationem causa mortis non posse ita fieri vt nullo casu reuocetur,de quo etiam tractauimus ad l.vbi ita donatum 27. eod tit.fatentur tamen quod negare non possunt,& ad quod non aduertit Fachineus posse sic eam fieri vt reuocari non possit pro arbitrio & ex sola pœnitentia donatoris dummodo supersit aliquis casus vel vnus quo possit reuocari. puta si conuenerit vt donatore ex illo præsenti periculo in quo tempore donationis reperitur moriente donata res omnino non reddatur vt post glos. & Doctores omnes ad d.l.si alienam 13 §.1.concludit per illum textum Didac. vbi supra num.23.in fin. Quo admisso quis non videt interesse quàm maximè vtrum hoc vel illo modo fiat donatio causa mortis per mulierem qua parte mulier se cogitat non donatarium, id est qua parte negotium gerere & cum donatario contrahere intelligitur: Cumque pro diuersitate pactorum in donatione appositorum euenire necesse sit vt vel facilius vel difficilius reuocetur donatio,& res donata ad mulierem quæ donauerat reuertatur,nec alia ratione possit mulieri consuli quæ proculdubio quatenus donat læditur,quàm prouidendo vt pluribus casibus reuocabilis sit donatio ac si fieri possit,vt potest quoties ita vult persona quæ donat ex sola donantis pœnitentia potiùs quàm ex euentu qui sit positus in incerto: Siquidem tanto minùs læditur,quisquis donat,quanto facilius ei est donationem reuocare ,Nihil autem ei facilius esse potest quàm vt reuocare possit donationem quandocumque velit,quod ipsum licet ei liberum futurum sit etiam nulla in eam rem facta conuentione quia donationis causa mortis natura illa est vt eam tacitam habeat condicionem l.mortis causa 15.D.de manumiss. fieri tamen poterit vt non sit ei liberum si fortè tam parum cauta fuerit vt conuenerit expressim cum donatario,nec donatio reuocari vllo casu posset nisi eo quo mulier ex illa infirmitate conualesceret,Aut si malis, Nisi eo quo donatarius ante mulierem donatricem moreretur. Quis verò non fateatur faciliùs persuasam iri mulierem à donatario vt ita donet si permittatur ei donare causa mortis absque consensu propinquorum quàm si consensus ille adhibeatur? Mulieris ergo interest & Reipublicæ quoque ne mulier tam facile decipiatur & lædatur,vt propinquorum consensus interueniat, quorum consilio & prudentia fiat vt vel donatione omnino abstineat mulier, vel si in eo pertinax erit vt velit mortis causa donare saltem reuocandæ donationis potestatem in sua retineat voluntate. Eaque res totam Fachinei ratiocinationem destruit, non in eo solùm quod supponit donationem quamlibet causa mortis perinde reuocari posse ad nutum & arbitrium donantis,atque testamentum ad nutum,& arbitrium testatoris, sed in illo etiam quod vult donationem causa mortis nulla ex parte absimilem esse vltimæ voluntati,quod vtrumque falsum est. Nam quod Iustinianus iisdem quidem verbis sed non eode sensu scribit in d.l.vlt.C.de donat.caus. mort. sic omnino accipi debet,vt respectu donatarij consequentis effectum do-

nationis comparanda sit donatio vltimæ voluntati, quoniam eo respectu non potest donatio causa mortis videri contractus, cùm nullum negotium ex ea parte geratur inter donantem & donatarium vt diximus, At non etiam vt respectu donantis mulieris idem dici debeat quoniam qua parte illa de se cogitat reuera negotium aliquod gerit, & eo respectu donatio causa mortis verè contractus est, nec habet quicquam simile cum vltima voluntate in qua numquam videas euenire vt testatori actio vlla danda sit contra heredem suum vel contra legatarium aut alium quemlibet qui aliquid consequatur ex vltima ipsius voluntate. Atqui cùm disputamus an in donatione causa mortis facta per mulierem adhibendi sint propinqui non ad illam donationis partem respicimus quæ donatarij commodum sed ad eam quæ mulieris vtilitatem respicit, vt scilicet mulieri ipsi non vt donatario consulamus. Ergo decidenda hæc quæstio est non ex qua parte donatio causa mortis omnimodo similis est vltimæ voluntati, sed ex qua omnino dissimilis est, vereque contractus dici & potest & debet. Itaque non est quod nobis obiiciatur verba statutorum propriè ac strictè esse interpretanda. Sume namque strictè & propriè quantum voles, Dico donationi causa mortis etiam hodie post Constitutionem Iustiniani in dict. l. vltima conuenire nomen contractus non quidem ex parte donatarij sed ex parte mulieris quæ donat & ita donat vt aliquo casu rem donatam ad se reuerti velit. Sed etsi proprietas verborum statuti contra nós faceret, quod negamus, fatendum tamen esset statuentium voluntatem probabilem attendendam fore potiùs quàm nudum corticem verborum, vt non tam quid dictum quàm quid actum sit inspiciamus, quomodo in stipulationibus quoque obseruatur quamuis ita strictè accipiantur, vt in iis quicquid expresse dictum non est pro omisso sit habendum l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur. iunct. l. quicquid 99. De verb. oblig. Porrò negari non potest quin eorum qui statutum de quo agimus condiderunt, ea mens fuerit, vt mulieribus consulerent ne tam facilè periclitarentur si liberam bonorum suorum administrationem haberent. Quis verò magis periclitatur, aut quis peius res suas administrat quàm qui donat cùm hoc ipso profundere ac perdere dicatur. l. filiusfamilias 7. D. de donat. Quid igitur absurdius quàm vt dicamus prohibendam mulierem ex huiusmodi statuto ne rem suam vel minimam magno etiam precio vendere possit aut fundum locare quantumuis ampla mercede nisi interuenientibus propinquis, res verò suas donare posse illum & perdere sine propinquis? An non faciliùs ei permittendum esset vt venderet sine propinquis quàm vt donaret? quomodo de filiofamilias liberam peculij administrationem habente scriptum est in dict. l. filiusfamilias. Deinde quæro an huic mulieri permittendum sit vt donet inter viuos sine consensu propinquorum? Vtique consequens est opinioni aduersariorum nostrorum, vt non sit hoc ei permittendum, quia neque reuocari potest donatio inter viuos ex sola pœnitentia donatoris, neque habet quicquam simile cum vltima voluntate: atque ita cessant in ea rationes quibus vtuntur illi aut potiùs abutuntur, vt in donatione causa mortis contrà respondeant. Alioqui sunt ridiculi qui proponant quæstionem in donatione causa mortis si in qualibet donatione id est etiam quæ inter viuos facta sit idem respondendum arbitrantur. Atqui donatio inter viuos nullomodo contractus est neque ex parte dona-

tarij

tarij neque ex parte donantis, in quo postremo differt vt ostendimus, à donatione causa mortis, quæ hoc plus habet quàm donatio inter viuos quod ex parte donantis & de reuocatione cogitantis verè contractus est & quidem innominatus. Ergo concludendum est vel vsque adeò inciuiliter & rigidè verba huius statuti esse interpretanda vt donationem inter viuos non comprehendant, quod penitus absurdum fuerit vel si ad donationem inter viuos quæ nullomodo contractus est aptari possunt multo magis aptanda esse ad donationem causa mortis quæ saltem ex vna parte contractus est. Et certè conuenit hæc interpretatio statuentium voluntati quæ alia esse non potuit quàm ne liberam haberet mulier in vita sua rerum suarum administrationem. Atqui traditio omnis rerum mulieris, præsertim quæ facta sit animo transferendi siue statim siue quandoque dominij pertinet ad causam administrationis, tum quoque cùm sic facta donatio est mortis causa, vt sit reuocabilis ad nutum & arbitrium donantis vt superiore capite disputabamus. Non est igitur mulieri permittendum vt donet per traditionem non magis quàm vt per stipulationem siue inter viuos siue mortis causa, nisi accedente consensu propinquorum vt sollennitati statutariæ votóque statuentium satisfiat. Postremò quid si donatio causa mortis sic fiat vt dominium statim transferatur in donatarium nec reuocationis casus contingat, & ita reuocatio nulla fiat. Quid est obsecro in hac donatione causa mortis quod vltimæ voluntati simile videri possit, cùm adhuc viua muliere quæ donauit, non modò plenissimum sed etiam irreuocabilem effectum sortiatur, vt suo etiam loco à nobis disputatum & probatum est. Quidni ergo in hac saltem specie fatentur aduersarij statutum hoc ad mortis quoque causa donationes pertinere? Sed esset error leuior si distinctionem tantùm aliquam omisissent. At error multo grauior ille est quod in quæstione nullam admittente distinctionem responderunt indistinctè pro validitate donationum causa mortis, contra quas in hac specie respondere debuerant indistinctè.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM
ET INTERPRETVM IVRIS
Decas XLVII.

ERROR I.

De donatione absenti facta siue inter viuos, siue mortis causa.

CONSTANS vox est pragmaticorum nostrorum & interpretum iuris, Donatarij præsentiam requiri in quacunque donatione siue inter viuos siue mortis causa donatũ proponatur, ex l. absenti 10. D. de donat. l. inter mortis 38. De mort. caus. donat. in omnib. rebus 55. D. de oblig. & act. Adeò vt ne quidem eas donationes excipi placeat quæ in ecclesiam ipsam vel in quam aliam piã causam conferuntur. Iuxta opinionem communiter approbatam gloss. in l. illud 19. C. de sacros. eccles. nec eas rursum quæ in infantem l. si quis in emãcipatum 26. C. de donat. vbi dicitur si quis emancipato minori donare quid velit, priusquàm possit ille fari aut rei quæ sibi donatur habere adfectum, posse quidem vtiliter fieri donationem, sed ita vt transigatur per eum seruũ quem idoneũ esse constiterit, id est qui vel ipsius infantis seruus sit, vel publicus l. 2. D. rem pupill. salu. for. vt per eũ infanti acquiratur. Iidem tamen hoc sic accipiunt, non vti ne possit valere donatio si donatarius re integra quamuis donatore absente donationem agnoscat, sed vt quãdiu eam donatarius non agnouit liberum donatori sit pœnitere, donationémq; quasi adhuc imperfectam & inualidam reuocare, Improbata sententia Romani qui consil. 295. respondit ad cõualidandam donationẽ hanc sufficere donatarij acceptationem quandocunq; secutam donationis vtcunque ab initio factę. Quòd si vt plerũque fit notarius quispiam absentis nomine donationẽ acceptauerit, consentiunt omnes excepto nemine donationẽ valere, déque eo solo dubitant, vtrum ex ea stipulatione danda sit actio directa an vtilis donatario etiam sine cessione. De quo sequenti capite dicemus. Nunc videamus an verum sit quod illi volunt donatarij præsentiam necessariã esse. Ac sanè fateor non inuitus necessariam olim fuisse in vtraq; specie donationis siue inter viuos fieret siue causa mortis vt probãt supradicti loci sumpti omnes ex eo iure quod ante Iustiniani tempora obtinebat, cùm donatio non aliter tunc fieri posset quàm si vel traditio vel stipulatio interueniret vt plerisq; superiorũ Decadũ locis tractatũ à nobis probatúmq; est. Traditionem enim certum est non posse fieri absenti, nec tutius contrahi stipulationem inter absentes l. 1. D de verb. obligat. Etsi inter stipulationem & traditionẽ hac parte differẽtia illa est quod traditio fieri potest per interpositã personã, & consequẽter donatio cùm fit per traditionẽ l. 4. D. de donat. at stipulatio non potest, quoniã alteri stipulari nõ possumus, possessionẽ verò adeóq; per possessionem dominiũ acquirere possumus l. 1. C. per quas pers. nob. acquir.

l.stipulatio ista 38.§.alteri D.de verb. obligat.l. per procuratorem 8.C. de acquir.possess.At postquam placuit Iustiniano in l.si quis argentum 35.§. sed si quidem C.de donat.vt donatio inter viuos neque traditionem exigat, neque stipulationem, at neque pactum nudum, sed qualicunque voluntatis testificatione contenta sit vt suo loco probauimus, consequens fit vt nihil iam prohibeat quominùs donatio inter viuos possit valere quamuis in absentem conferatur, dummodo constet serium donandi animum habuisse illum qui dixit aut scripsit se donare. Qui animus tam facilè certoque probari potest ex iis quæ gesta sunt absente donatario quàm si præsens ille fuisset. Præsertim verò si eam voluntatem suam donator publico alicuius notarij scripto testatam voluerit, sed ita tamen vt notarii stipulatio nulla interuenerit, eiusque opera ob id tantùm vti donator necesse habuerit vt rei gestæ veritas in futurum constaret, quæ causa plerumque est conficiendarum scripturarum l.4.D.de pignor.l.4.D.de fid.instrum. Nihil enim aliud requirit Iustinianus nisi vt donator dixerit se donare, quam in rem neque præsentia neque acceptatio donatarij aut alterius vllius pro donatario necessaria est. Pendet enim id ex sola voluntate donantis de qua tamen legitimè constet. Nec proinde iam dici potest de donatione quod Iauolenus scribit in d.l.in omnibus, Non aliter valere donationem quàm si animus vtriusque consentiat & concurrat affectus ex vtraque parte, donantis scilicet ac donatarij. Tunc enim id verè dicebatur cum donatio non nisi inter duos fieri poterat, aut saltem cùm inter duos præsentes fiebat, Quomodo etiam hodie si ego pecuniam quasi donaturus tibi dedero tu quasi mutuam accipias verum est nec donationem esse nec mutuum, adeòque nec accipientis nummos fieri cum alia mente acceperis quàm qua tibi dedi l.si ego 18. D. de reb.credit.quia nihil agitur quoties eorum omnium inter quos negotium aliquod geritur affectus non cõcurrit. Sed cùm hodie donatio fieri possit ex sola voluntate donatoris, non est necesse vt concurrat affectus donatarij, sed sufficit vt non repugnet. Non repugnat autem quoties absenti quis donat & ignoranti: Planè si donatarius sciens collatam in se donationem respuere illam maluerit quàm agnoscere tunc demum fateor inutilem fore donationẽ propter defectum voluntatis in donatario, cui facilius est vt acquiratur actio ignoranti quàm vt inuito. Remanet siquidem incorrecta vetus illa iuris regula, quę negat liberalitatem nolenti acquiri posse l.hoc iure 19.§.non potest D.de donat.& inuito beneficium dari l.inuito 69. l.inuitus 156.in fin.De regul.iur. Nam & similiter dicimus actiones quæ pro legatis & fideicommissis singularibus competunt ignorantibus quidem acquiri, sed non inuitis l.filiusfamilias 16 §.1.D. qui testam. facer. poss.l. cùm pater 77.§.surdo De legat.2.l.ei qui 13.D.de condic.instit.l.legatarius 38.in princip.De leg.1. Quidni enim bona sit æquiparatio legati & donationis cùm legatum quoque sit donatio l.legatum est donatio 36 De legat 2.& vtrique commune illud sit quod ei cui acquiritur damno esse nunquam potest.l.si hereditatem 32.D.mandat. Quamquam illa etiam hodie differentia manet inter legatum & donationem quòd non tantùm legati actio ignoranti acquiritur, sed etiam dominium rei legatæ, licet non irreuocabiliter, quia tametsi acquiratur purè non sub illa condicione si legatarius voluerit, acquiritur tamen ita demum, Nisi legatarius noluerit, quod longè diuersum est leg. fideicommissa.11. paragrapho sic fideicommissum

& seqq. de legat.3. At dominium rei donatæ non acquiritur donatario ignoranti, sed sola actio condictitia ex constitutione Iustiniani in d. §. sed si quidem. & à Iustiniano ipso sic dicta in Nouell. 162. sacr. form. transmiss. cap. 1. de donat. §. & sancimus in fin. quoniam id vnum egit Iustinianus, vt actionem daret donatario contra donatorem eiúsve hæredem ad hoc vt rem donatam tradere, eiúsque dominium in donatarium transferre cogeretur, non etiam vt ignoranti donatorio dominium sine traditione acquireretur. Nec tam facile fuit Iustiniano hoc quàm illud facere, nisi totam iuris rationem peruertere voluisset, cùm facilius multo sit vt ignoranti actio quàm vt dominium acquiratur. Vt cernere est in legatis per damnationem, & in fideicommissis, quorum nomine licèt actio ignoranti legatario & fideicommissario acquiratur, dominium tamen ante traditionem legatario non acquiritur, fideicommissario autem ne quidem per traditionem. l. tertia. D. si vsusfr. pet. l. si quis. 29. D. de vsufr. legat. Cæterùm cùm Iustiniani constitutio non nisi de donatione inter viuos loquatur, nec hodie magis quàm olim possit donatio causa mortis aliter fieri quàm per traditionem aut per stipulationem, relinquitur vt hodie separanda in eo sit donatio inter viuos à donatione causa mortis, quòd cùm donatio causa mortis in absentem conferri non possit, donatio tamen inter viuos potest. Itaque quod nostris placet donationem inter viuos collatam in absentem nulla notarij stipulatione interueniente reuocari posse à donatore quandocunque ante acceptationem, euidenter falsum est, cùm actio quam Iustinianus donatario competere voluit, non ex donatarij, sed ex solius donatoris facto & voluntate proficiscatur, Semel autem competens non possit sola eiusdem donatoris voluntate auferri donatario ignoranti nedum inuito. l. si seruum. 91. §. nunc videamus. D. de verb. obligat. l. vlt. D. de pact. Certi enim sunt modi obligationum vt contrahendarum, ita & vndecunque proficiscantur dissoluendarum. l. obligationum ferè, 44. §. 1. ff. de oblig. & act. inter quos nunquam est sola voluntas eius qui est obligatus, quandoquidem in eius arbitrio esse non debet, vtrum debeat necne. l. sub hac condicione. 8. eod. l. 2. §. Scæuola, D. de eo quod cert. loc. Neque de hoc dubitassent interpretes si nouæ constitutionis potestatem percepissent, & obseruassent Iustinianum ea constitutione non magis requirere pactum nudum quàm stipulationem ad perficiendam donationem, sed contentum esse sola pollicitatione, quemadmodum suo loco explicauimus exemplo eius quod à Theodosio iam olim fuerat constitutum de pollicitatione dotis in l. ad exactionem. 6. C. de dot. promiss. Sed putarunt interpretes satis superque faueri donationibus inter viuos, si ius ita constituatur, vt possit hodie fieri donatio pacto nudo, quæ olim non poterat fieri nisi per stipulationem, nulla interueniente traditione. Indéq; sumpserunt occasionem existimandi non minùs hodie quàm olim necessariam esse donatarii præsentiam, aut saltem acceptationem, vt donatio valeat irreuocabiliter, quia licèt pactum in hoc differat à stipulatione, quod etiam inter absentes fieri potest vt & cætera omnia quæ nudo consensu contrahuntur. l. 2. D. de pact. l. qui autem. 14. §. vlt. D. de const. pecun. non priùs tamen pactum dici potest quàm duorum consensus interuenerit, in quo differt à pollicitatione quæ solius est offerentis promissio. l. 3. D. de pollicit. Et ego quoque cum ipsis sentirem si viderem Iustinianeæ constitutionis verba ad pactum nudum potius, quàm ad pollicitationem pertinere. Sicut ergo in

hoc

hoc falluntur quod de pacto nudo somniant, ita & in iis omnibus falli eos necesse est quæ ex tam falsa præsuppositione colliguntur.

ERROR SECVNDVS.

De actione vtili quam dant interpretes ex stipulatione donationis inter viuos per notarium facta absentis nomine.

TESTANTVR plerique ex nostris interpretibus, tam veteribus quàm recentioribus, generali ferè totius terrarum orbis consuetudine, receptum esse, vt notarius publici autoritate constitutus stipulari possit cuilibet non tantùm interueniente mandato, sed etiam citra mandatum. Cui consuetudini vt & aliis permultis causam dedit error ille veterum glossatorum, quo putarunt notarios iis seruis publicis, quorum plerisque Pandectarum locis mentio fit esse comparandos, quasi sint serui publici qui modica mercede suas operas omnibus ex scripto contrahere volentibus locant. Vnde & alius ille error fluxit quod non tantùm ignobiles,, sed quod multo intolerabilius est infames huius condicionis homines existimantur, quasi honoris capaces non sint, nec proinde dignitatum ii qui serui sunt publici, de quibus in l. prima. §. exigere. D. de magistr. conuen. & in l. secunda. D. rem pupil. saluam fore. Quæ comparatio si recta est, miror cur non illud æquè stultè inferant iidem interpretes, Notarium caput nullum habere in ciuitate, vt nec habet seruus, siue publicus ille sit, siue priuatus, qui & ciuili & prætorio iure, & extra ordinem pro nullo computatur. l. nullomodo. septima. D. ad leg. Cornel. de fals. l. quod attinet. trigesimasecunda. De regul. iur. Sed de quæstione illa, Vtrum notarii itemque procuratores infames sint, aut ignobiles, (nam de procuratoribus quoque eodem errore idem tradunt quod de notariis) alio loco videbimus. Nunc admittamus bonam esse comparationem notariorum & seruorum publicorum, vt perinde possit hodie acquiri actio ex notarii stipulatione etiam citra mandatum interposita, atque olim ex stipulatione serui publici acquirebatur. Hinc nimirum inferunt ex notarii stipulatione absentis donatarii nomine interposita actionem acquiri donatario, sed vtilem non directam, verùmtamen sine cessione, dummodo eam stipulationem donatarius aliquando ratam habeat. Ita vt etiam nulla dum ratihabitione secuta, in donatoris tamen potestate & arbitrio non sit donationem reuocare. Sic enim ex communi aliorum sententia Didac. Couarr. in tertia parte rubric. De testam. numero decimotertio. Ex dicta l. secunda. vbi Bart. iunct. l. quarta. D. rem pupil. saluam fore, vbi scriptum est, seruum publicum si pupilli nomine stipuletur Rem ipsius saluam fore non ipso iure acquirere pupillo actionem, sed vtilem duntaxat ex stipulatu pupillo dandam esse, Quod vulgo sic intelligitur vt detur illa sine cessione, vt & ea de qua in l. prima. in fine. Cod. de magistr. conuent. & in l. secunda. D. quand. ex fact. tutor. At nos defendimus, quod consequens est iis quæ proximo capite disputauimus, Donatione inter viuos redacta in scripturam notarii, vt de illa quin facta sit dubitari non possit, etiamsi neque cessio neque stipulatio interuenerit competere donatario directam actionē, nō quidē ex stipulatione notarii, nec si aliqua interposita sit, multò min⁹

si nulla, sed ex Iustiniani constitutione in dict. l. si quis argentum 35. §. sed si quidem C. de donat. Soli enim Iustinianeæ legi hanc vim damus vt actioné talem possit producere quæ condictitia, vel quod idem est, condictio ex lege appellatur in d §. sed si quidem & Nouell. 162. cap. 1. §. & sancimus non etiam stipulationi notarij, quæ an interuenerit necne nihil prorsus interesse arbitramur, Vt nec valde curamus an adhibitus sit Notarius an non, nisi vt tanto minus dubitari possit quin animum donationis etiam in absentem conferendæ habuerit is qui coram notario ac testibus voluntaté suam testari volunt. Si enim poneres de eadem seria donandi voluntate constare per testes aut aliter citra notarij scripturam, æquè dicerem actionem condictitiam directamque donatario contra donatorem dari oportere. Nam quid egemus stipulatione notarij pro donatario cùm ipsius donatarij stipulatione non indigemus? Quid rursum præsentia notarij ad expediendum id quod neque donatarij præsentiam requirit, neque aliud quicquam præter donatoris voluntatem? Quòd si notarii stipulatio esset omnino necessaria ad acquirendum ignoranti donatario actionem, vt nostri volunt, in eóque sequendum esset exemplum stipulationis per seruum publicum interpositę, Dicendum esset omnino contra quàm placeat interpretibus, non permitti notario quicquam stipulari pro donatario alióve ignorante, Tantùm abest vt ei permittatur actionem ignoranti etiam vtilem quærere, præsertim verò sine cessione, Quia nec vspiam reperias permissum olim fuisse huiusmodi seruis publicis vt pro vllo ignorante stipularentur & citra mandatum si excipias eum casum quo interponenda sit stipulatio pro infante qui non magis mandare possit quàm loqui, Quo casu fauor sanè infantis cui alio remedio consuli non potest, hoc ius extorsit interponendæ per seruum publicum infantis nomine stipulationis, sed tamen cum hoc temperamento, vt prætoris alteriúsve magistratus ad quem pupillorum cura pertineat, mandatum in eam rem interuenire necesse sit, neque tamen eius mandati autoritas etiam coniuncta cum fauore infantis possit facere vt alia quàm vtilis actio infanti acquiratur d. l. 2. & 4. D. rem pupilli salu. for. d. l. 1. §. exigere D. de magistr. conuen. Alterius igitur quàm infantis nomine non posset seruus publicus alteri stipulari sine mandato priuatæ illius personæ cui stipulari vellet (prætor verò cur se interponeret ad mandandum pro eo qui ipse vel stipulari vel saltem mandare posset?) & si absque mandato stipularetur, proculdubio non magis vtilem quàm directam actionem ei acquireret, cùm seruus is publicus nullius priuati seruus sit, quomodo nec cæteræ res quæ ciuitatis & reipublicæ sunt, dici possunt res singulorum l. 1. D. de rer. diuis. l. sicut 7. §. 1. D. quod cuiusque vniuers. nomin. Vt proinde non possit de eo dici quod acquirat ignoranti domino & inuito quomodo dici solet de seruis priuatorum domino stipulantibus l. seruus vetante 62. De verb. obligat. l. etiam 32. D. de acquir. rer. domin. Non potest igitur bona esse ratiocinatio à seruo publico stipulante infantis nomine Rem pupilli saluam fore mandante prætore ex cuius autoritate ac iurisdictione stipulatio illa tanquam prætoria interponitur, ad notarium publicum stipulantem puberi, ignoranti, nullo mandante magistratu, & de ea re quæ non prætoriam sed conuentionalem stipulationem faciat, qualis ea stipulatio est quę pro donatione interponitur, Nec enim ad prætoris curam pertinent donationes

tiones. Esse verò ius hoc valde singulare quod pro infantibus constitutum est vt iis per seruos etiam publicos acquiri possit nec facilè trahendum ad consequentias vt ad alias quoque personas quaslibet porrigatur, intelligi non obscurè potest ex d. l. si quis in emancipatum 26. C. de donat. in illis verbis *Quod ius per eum seruum quem idoneum esse constiterit transigi placuit vt per eum infanti acquiratur.* Nam tametsi ea verba velis intelligere non tantùm de eo seruo qui sit proprius infantis sed etiam de seruo publico, præseferunt tamen id receptum esse contra iuris rationem & fauore infantis pro quo alia etiam multa singulari iure sunt constituta l. si infanti 18. C. de iur. delib. l. 1. D. de bonor. possess. furios. infant. Sed neque infanti vsque adeò hac parte fauetur, vt passim liceat seruo publico acquirere illi actionem, at ita demum si neque seruum vllum proprium infans habeat, neque vnde possit tutor ei comparare. Omnia enim illa tentanda sunt priùs quàm iuris ratio tam apertè violetur vt infanti per seruum qui alienus sit hoc ipso quod publicus est, actio acquiratur. Igitur etsi admitteremus bonam esse infantis & alterius extranei cuiuslibet itémque notariorum nostri temporis, & seruorum publicorum comparationem, non ideo tamen permittendum esset, quod tam facilè interpretes permittunt vt notarii cuiuslibet stipulatione cuilibet etiam ignoranti actio acquiratur, illúdque primum esset requirendum vt constaret absentem illum neque per se neque per interpositam personam aut donationem accipere aut aliter contrahere potuisse. Quod ipsum tamen vt contingat, & probetur difficile est, cùm si quando ex causa aliqua impeditur quis ne per se aut per interpositam personam contrahat impedimentum illud sit dicendum ex difficultate magis quàm ex naturæ impossibilitate proueniens, cuius ratio haberi in iure non solet, ne alioqui tota iuris ratio ex huiusmodi difficultatibus quibus plena sunt omnia hominum negotia, confundatur, perturbetur. l. continuus 137. §. illud D. de verb. obligat. At ne infans possit ipse aut per se aut per interpositam personam stipulari aut aliter contrahere natura ipsa impedimento est, quæ nec eum loqui posse permittit. Non igitur quæ ratio succurrendi infanti fuit, eadem in aliis personis locum habere potest. Rursum inter notarium & seruum publicum euidens hac parte differentia illa est, quod seruus publicus cùm sit & seruus, & eius vniuersitatis seruus ex qua pupillus est, ex earum personarum numero est per quas alii potest acquiri saltem vniuersitati & quidem ipso ac summo iure l. 1. §. vlt. & l. 2. D. de acquir. possess. & quæ tamen nihil sibi possunt acquirere. Seruus enim publicus perinde incapax est acquirendi sibi, atque si esset seruus priuati. Proinde illo casu quo permittitur seruo publico vt stipuletur siue pro infante siue pro alio si quis est pro quo stipulari possit, locus fieri quæstioni non potest an actio illa quæ per talem stipulationem quæritur sit directa an vtilis, nec rursum an competat sine cessione, an verò cessionem interuenire oporteat. Quis enim tam stupidus esset qui putaret fieri posse vt per seruum qui proprius non esset, actio aliqua directa non domino acquireretur? An non satis supérque fauetur infanti in hoc quod permittitur vt ei actio vtilis ex serui publici stipulatione acquiri possit? Quis rursum possit hic tractare de cessione actionis, id est an seruus publicus qui infanti stipulatus fuit cedere & præstare actionem aliquam debeat,

cùm nulla ei acquisita sit neque acquiri potuerit? At in notariis nostri temporis omnia sunt diuersa. Sunt enim illi & ignobiles & infames, quantum volent interpretes, Numquam tamen negabitur esse illos homines liberos, & consequenter acquisitionis capaces. Sicut ergo ea res tantò magis facit, vt non possint illi cuiquam stipulari, quoniam iuris regula repugnat, ne per stipulationem hominis liberi nisi qui bona fide pro seruo possideatur, acquiri quicquam possit, Ita & facere debet, vt iis tanquam stipulantibus acquiratur directa actio, ac proinde vt quæri possit vtrum cedere debeant cùm habere possint, quod possint cedere. Nec cessionis faciendæ necessitatem excludere illud deberet quod stipulentur alieno nomine. Nam præter id quod sine mandato stipulantur, constat etiam procuratorem qui alieno mandato & tanquam procurator stipulatus est non eo minùs cogendum iudicio mandati vt ea actione cedat quam sibi quæsiuerat per stipulationem l. possessio 49. in fin. D. de acquir. poss. iunct. l. in causæ 27. §. vltim. cum l. seq. D. de procur. Cur non ergo etiam cedere cogetur notarius, qui & liber homo est, & stipulatus fuit sine mandato? Cur ab eo casu in quo nihil est quod cedi possit inferre volumus ad hunc in quo est quod cedi & possit, & debeat, vt perinde vtroque casu negemus cessionem vllam actionis fieri oportere? Ita concludimus, magis nos fauere donatario inter viuos absenti & ignoranti, cui damus actionem directam non quidem ex stipulatione notarii sed ex lege Iustiniani, quàm faueant interpretes, qui non dant ei nisi vtilem ex ea notarii stipulatione: Minùs tamen quàm interpretes in eo, quod non patimur vt ex stipulatione liberi hominis quem non habet in potestate acquirat sibi actionem aliquam, nec magis vtilem quàm directam, præsertim ignorans id est & sine mandato, & sine cessione quantumuis postea ratam habeat stipulationem. Vnde fit vt cùm supradictam Iustiniani legem de donationibus citra stipulationem ac traditionem conficiendis non putemus ad mortis causa donationes pertinere nullam prorsus actionem neque directam neque vtilem, neque per cessionem neque sine cessione donatario causa mortis pro quo absente & ignorante notarius stipulatus fuerit, aut competere, aut dandam esse arbitremur nec si donatarii acceptatio & ratihabitio re integra sequatur, nisi eodem ratihabitionis tempore concurrat voluntas noua donatoris & quia numquam poterimus euincere vt plus possit hac in re iuris ratio, quàm erronea illa consuetudo quæ induxit vt notarius etiam citra mandatum ignoranti stipulari possit, quemadmodum inuiti hoc eis concedimus vt valeat talis stipulatio, Ita vicissim hoc nobis concedi volumus vt ex tali stipulatione non actio vtilis acquiratur donatario causa mortis sine cessione, sed directa soli notario, quam ipse postmodum præstare eaque cedere debeat donatario cui fuit stipulatus, non actione mandati vt in d. l. possessio 49. in fin. De acquir. poss. sed actione negotiorum gestorum quæ solet competere cùm deficit actio mandati l. mandasti 46. D. de negot. gest. l. ex mandato 20. §. 1. D. mandat. Nam quod in persona procuratoris contrà scriptum videtur in l. in causæ 27. §. vltim. directam actionem quæ procuratori ex propria stipulatione competit penitus tollendam esse, solamque vtilem domino dandam, quem sensum aut quam rationem habeat, & Triboniano potiùs quàm Vlpiano cuius ea lex est adscribi oportere alibi docuimus.

ERROR

ERROR TERTIVS.

De donatione in absentem ac ignorantem collata stipulante notario & ante donatarij ratihabitionem reuocata.

SVPPOSITO errore illo interpretum quòd ex notarij stipulatione acquiratur donatario etiam ignoranti vtilis actio, & quidem sine cessione, solet inter eos controuerti, Vtrum donatori permittendum sit vt ante absentis donatarij ratihabitionem possit donationem reuocare. Nam illi ipsi qui volunt actionem illam vtilem vsque adeò acquiri absenti vt neque scientia neque cessio exigatur, fatentur tamen necessariam esse donatarij ratihabitionem, vt tractat Didac. Couarr. d. part. 3. rubr. De testam. num. 13. post Bald. in l. nec ei 17 §. satisdatio quæst. 6. D. de adopt. & alios quamplures ibi relatos. Per textum quem Didacus vt optimum laudat in l. si ego 24. D. de negot. gest. vbi Paulus scribit, Si hac mente pecuniam dem procuratori vt ea creditoris mei fieret, proprietatem quidem per procuratorem non acquiri creditori, sed posse tamen creditorem etiam inuito me ratum habendo pecuniam suam facere, quia, inquit, procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit, & ideo creditoris ratihabitione liberor. De illo itaque tantùm dubitant nostri An possit ea donatio ante absentis ratihabitionem reuocari pro arbitrio donatoris necne, Plerisque existimantibus solam donationis reuocationem non posse impedire quin vtiliter sequatur acceptatio quæ fuit sententia Philippi Cornei consil. 50. & cons. 2. lib. 4. Ant. Rub. cons. 117. num. 4. & Haliaula in rubr. De verb. obligat. quam & veram & communem esse ait Carolus Molin. ad Decium in l. cōtractus num. 22. D. de fid. instrum. Aliis contrà defendentibus ante secutam ratihabitionem donatarii posse donationem reuocari pro arbitrio donatoris etiamsi ficta traditio interuenerit quæ hodie passim solet interuenire per clausulam constituti quam vix notarius quisquam nisi qui valde imperitus sit prætermittit, cum hac tamen adiectione Si modo non tantùm liberalitatem reuocauerit donator, verùm etiam eandem rem donatam alteri donauerit, & reuera tradiderit, Quod sensit Paul. Castr. cons. 295. col. 4. & post eum Decius cons. 598 col. 2. & cons. 226. & ad d. l. contractus num. 16. De regul. iur. Andr. Tiraq. more suo innumeros congerens in tract. De constituto part. 3. limit. 30. num. 8. & 51. Nam si donator in solo reuocationis actu steterit, nec ad actum nouæ donationis alteriusue alienationis peruenerit, fatetur Didacus supradicto loco receptiorem esse illorum sententiam qui volunt stipulato notario absentis nomine etiam ante ratihabitionem adeo quæri ius absenti, vt nec donatio nec venditio reuocari possit sola voluntate donatoris aut venditoris, Quod & idem Didacus defendit lib. 1. variarum resolut. cap. 14. num. 11. Mihi adhibenda videtur ea distinctio quam superiore capite adhibuimus An loquamur de donatione inter viuos an de ea quæ facta sit causa mortis. Nam si de donatione inter viuos siue notarius pro donatario stipulatus sit siue non sit, Dico teneri donatorem actione condictitia ex lege Iustiniani, nec posse actionem illam donatario

semel quæsitam ei aufferri facto & voluntate donatoris, neque magis si eandem rem iam donatam idem donator alij donauerit & tradiderit, quàm si donationem simpliciter reuocauerit. Siquidem vt in præcedentibus disputauimus, nunquam permittendum est ei qui semel fuit vtiliter obligatus,& contra quem cœpit actio competere,vt se ab ea obligatione & actione liberet inuito eo cui obligatus est.Illud certè non nego, Si donator hic rem à se iam absenti donatam necdum traditam alij donauerit & tradiderit,potiores fore partes posterioris donatarij in dominij quæstione,sicut & eadem re pluribus vendita præfertur in vindicatione is non cui priori fuit vendita, sed cui priori tradita.l.quoties.15.C.de rei vindic.l. qui tibi. 6. C.de hæred. vel action.vendit.l.siue autem. 9.§.si duobus.D.de publician. in rem action.Sed aliud est dicere, Secundum donatarium præferendum esse priori in causa dominij, Aliud verò priorem donationem reuocatam esse propter posteriorem. Nihil enim vetat & potiorem esse donatarium secũdum, quippe qui prior factus sit dominus per traditionem à domino factam, & nihilominus priorem donationem subsistere hactenus vt ex ea sit obligatus donator, ad rem ipsam quæ donata est, vel saltem ad eius æstimationem præstandam: Iustinianus enim hoc fecit in d.l. si quis argentum. 35 §.sed si quidem.C.de donat.vt quisquis dixit se donare,licèt neque tradiderit, neq; stipulanti promiserit,cogendus sit vt tradat, non autem vt ex sola causa donationis sine traditione dominium in donatarium transferatur. Quòd si poneres priorem donatarium factum esse possessorem non per veram traditionem,sed per fictam,putà per clausulam constituti,diceremus vtique præferendum priorem posteriori etiam in dominii quæstione, sed ita demum si factus esset possessor ante traditionem posteriori factam,quod tamen vix est vt ante ratihabitionem contingat vt sequenti capite dicemus. At si agamus de donatione causa mortis in absentem collata, quamuis stipulante notario, Dico non prohiberi donatorem quominùs pro arbitrio reuocet donationem,etiam nuda reuocatione,nec vlla in alterum secuta traditione, adeóque quod magis est,etiamsi donatarius qui stipulationis tempore absens fuit,ratam habuerit notarii stipulationem ante reuocationem, si modò ratihabitionis tempore non interueniat, concurrátque voluntas noua donatoris,vt proximo capite dicebamus,quia cùm ea donatio nullius omnino sit momenti,si rationem iuris inspicias, quæ nullam donationem valere patitur,nisi quæ per traditionem facta sit, vel per stipulationem, nec magis quàm olim possit hodie subsistere ex Iustiniani constitutione in d. l. si quis argentum.§.sed si quidẽ. quam toties iam negauimus ad mortis causa dona. pertinere, quid obsecro impedire potest ne donator quod vni donauit inutiliter,idipsum vel reuocet simpliciter, vel etiam cùm hoc mauult alteri donet vtiliter? At supponamus errorem illum interpretum qui huic quæstioni locum facit, valere scilicet stipulationem à notario factam absentis nomine, adeò vt ex ea possit acquiri actio saltem vtilis citra cessionem, secuta quandocunque ratihabitione, An dicemus posse reuocari donationem ante ratihabitionem,an verò posse ratihabitionem sequi etiam inuito donatore,qui rebus omnibus adhuc integris donationem reuocauerit? Difficile sanè est bene ad eam quæstionem respondere, quæ tam manifesto errore nitatur. Sed tamen respondeo probabiliorem videri mihi eorum sententiam qui sentiunt pro reuocatione contra ratihabitionem,Non ob id solùm

quod

quod propius accedit ad veri iuris rationem, quæ donationes & stipulationes istas non admittit, sed etiam quia cùm illi ipsi interpretes qui ex notarii stipulatione actionem vtilem acquiri volunt donatario etiam causa mortis citra cessionem, exigant vt sequatur ratihabitio, non possum videre quid iuris habeat iam quæsiti donatarius ante ratihabitionem, propter quod prohibeatur is qui donauit eam donationem siue simpliciter, siue per aliam donationem reuocare, Aut quonam colore permittendum sit donatario vt inuito donatore ratam habeat iam reuocatam donationem. Ratihabitionem enim certum est si necessaria sit, nunquam nisi integris omnibus fieri posse, non esse autem integra omnia, si iam reuocata sit donatio quam donatarius velit ratam habere. Fefellit nostros quod scriptum est in d. l. si ego. 24. D. de negot. gest. dum procuratori comparant notarium alieno nomine stipulantem, quamuis sine mandato: vt quemadmodum pecuniam mihi debitam & procuratori meo solutam possum meam facere habendo ratam solutionem inuito quoque debitore meo, id est, quamuis vellet ille solutionem à se factam reuocare, ac pecuniam quasi quæ adhuc sua maneret vindicare. Ita donatarius cuius absentis nomine stipulatio per notarium interposita est, possit eam stipulationem ratam habere inuito etiam donatore, Eadem ratione quam Paulus vsurpat in d. l. si ego, quòd sicuti procurator meus accipiendo solutionem debitæ mihi pecuniæ meum duntaxat negotium gessit, ita & solius donatarij negotium non suum gesserit donatarius, qui pro absente stipulatus est. At negandum est bonam esse comparationẽ, non ob id solùm quod procurator mandatum aliquod habeat, notarius verò nullum, sed ob id etiam quod per interpositam personam solutionem accipere prohibitum non est, cùm nihil referat an mihi soluas quod mihi debes, an alij mea voluntate. l. vero. 12. l. solutam. 49. D. de solut. l. mulier. 41. & seq. D. ad SC. Trebell. At per liberam personam quæ nostro iuri subiecta non sit stipulari non possumus, quia obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt, vt sibi vnusquisque acquirat quod sua interest, vt autem alij acquiram non interest mea, sicut nec notarij vt donatario acquiratur. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. D. de verb. obligat. Deinde solutio non fit ad obligandum soluentem, sed ad liberandum, & ad agnoscendam præstandámque bonam fidem: in quo negotii genere nulla ratio est vt ei qui fecit quod iure naturali & gentium & ciuili facere debuit, locus vllus pœnitentiæ relinquatur, Et quemadmodum sola naturalis obligatio sufficit ad impediendam condictionem soluti, cùm per solutionem dominium translatum fuit. l. naturales. 10. D. de oblig. & action. l. fideiussor. 16. §. naturales. D. de solut. ita & sufficere debet ad impediendam vindicationem illo casu quo pecuniæ solutæ dominium remanserit penes soluentem. Eadem namque ratio est impediendæ repetitionis, repetitio autem fit æquè per vindicationem atque per condictionem. l. interdum. 29 D. de condict. indeb. Stipulatio autem præsertim quæ ex donationis causa interponitur, non fit ad liberandam fidem, sed ad obligandum donatorem, qui porro non potest videri obligatus saltem vtiliter & efficaciter quandiu donatarius ratam non habuit interpositam à notario stipulationem. Non igitur prohibendus est donator idémque promissor quominùs reuocet promissionem, si eum pœniteat liberalitatis antequàm cœperit esse obligatus, multóque facilius est vt solutionem procuratori suo factam possit ratam habere creditor etiam inuito debitore, quàm vt donatarius possit ratam habere interpositam à notario stipulationem inuito etiam creditore. Nisi fortè ad supradictam Iustiniani constitu-

tionem respicere volumus, quæ induxit vt quisquis semel dixit se donare, licèt neque ad traditionem, neque ad stipulationem processerit, cogendus tamen sit actione illa condi[c]tia implere quod promisit. Quanto enim magis cogendus est is qui non contentus dixisse etiam promisit per stipulationem quamuis inutilem? Constat enim plus esse promissum quàm dictum. l. sciendum. 19. §. dictum. D. de ædilit. edict. Verùm non ita est. Qui enim donandi animo promittit stipulanti, non aliter vult aut donationem valere, aut se obligatum esse, quam si valeat stipulatio. Ideóque si qua ratione sit inutilis, donationem quoq; inutilem esse necesse est, vt ne quidem in vim pacti defendatur stipulatio, Siquidem certum est inutilem stipulationem pactum in se vtile non habere. l. 1. §. cum qui inutiliter. D. de constit. pecun. l. 1. § si quis ita. D. de verb. oblig. Estque in ea re proprium ius acceptilationis, vt quamuis fiat per stipulationem, si tamen inutiliter facta sit, contineat vtile pactum de non petendo. l. an inutilis. 8. D. de acceptilat. fauore nimirum liberationis ad quam semper debemus esse propensiores. l. Arrianus. 41. D. de oblig. & action. vt bene Cuiacius docuit ad d. §. si quis ita Neque sanè dici potest Iustiniani propositum illud fuisse vt quicquam noui constitueret in fauorem earum donationum quæ factæ essent per traditionem vel per stipulationem, sed tantùm vt eas adiuuaret quæ nec traditionis nec stipulationis adminiculo niterentur, quas iuris veteris ratio ad agendum valere non patiebatur, neque si per nudum pactum factæ essent, multò minus si per nudã pollicitationẽ. Nec rursũ acceptilatio inutilis semper vim habet vtilis pacti. Quid enim si is qui per stipulationẽ inutilem acceptò tulit, sciebat inutilẽ fore stipulationẽ, ob idq; facilis fuerit ad promittendũ, quòd sciebat nihil se agere? Nihil actũ videbitur, quia nihil agere pro missor voluit, d. l. an inutilis. Eodẽ igitur modo, si tanquam tibi donaturus promiserim centũ notario pro te stipulãti, & ideo promiserim, quia sciebã nõ posse nõ inutilẽ esse stipulationẽ quam pro te interponeret liber homo, præsertim qui mandatũ à te nullum haberet, nulla causa est cur ex Iustiniani cõstitutione perinde vrgeri debeã ad implẽdã donationẽ, acsi promisissem tibi citra stipulationẽ, quia non possum videri habere animũ donãdi, qui nõ nisi eo modo quẽ inutilẽ fore sciebã donare volui. At quoniã nõ esset hodie audiẽdus donator qui hoc diceret postquã ea tãtopere inualuit consuetudo vt notario cuilibet liceat cuiuslibet etiã ignorãtis nomine stipulari, admittam⁹ nõ deesse animũ donãdi in eo qui patitur notariũ pro alio stipulationẽ interponere, at nõ admittamus quod numquã patietur iurisprudẽtia, valere stipulationẽ. Illa semper ratio faciet inutilẽ donationem, quod cùm facta sit per stipulationẽ, adeóq; nõ tam donatio quàm stipulatio sit. l. cùm enim. 6. D. de nouat. fieri non potest vt valeat stipulatione inutili existente, ne alioqui fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiscitur, si donatio quam nõ nisi per stipulationem facere donator voluit, defendatur etiam sine stipulatione. Quod si ad hũc quoque casum constitutionem Iustiniani porrigere quis vellet, ac donatorem qui per inutilem stipulationem donasset obligare vt rem donatam tradere cogeretur, fieret sanè consequens vt non esset permittendum donatori ab ea voluntate resilire. Id enim est quod Iustinianus constituit, atque ita falsum esset non solùm quod volumus posse donatorem pœnitere, præsertim ante ratihabitionem, indistinctè, sed etiam quod interpretes, posse pœnitere eo demum casu, quo eandem rem vni sic donatã alii donauerit & tradiderit. Relinqueretur autẽ vera prima illa opinio,

nio, quam nos omnium falsissimam esse arbitramur, quæ indistinctè vult ratam haberi quandocumque posse huiusmodi stipulationem, etiam post reuocationem. An ergo notariorum vsum tantopere necessarium tollere volumus è Republica? Minimè verò. Sed vt & publicæ vtilitati consuleretur, & iuris rationi satisfieret, vellem adhiberi notarios ad scripturas duntaxat de aliis stipulationibus conficiendas, vt rei gestæ veritas in futurum tempus constare posset, quomodo scriptum est in l.4.D.de probat.l.4.D.de fid.instrum. Non vt illi ipsi pro aliis, præsertim absentibus & citra mandatum stipularentur: quæ res licet multum vtilis existimetur, nullarum tamen litium materiam præbet quibus via præcluderetur, si certissimam iuris rationem, vt par esset, pro inuiolabili lege sequeremur. Certè si poneres donatarium præsentem fuisse, quamuis tacẽtem, minus esset dubitandum valere donationem etiam citra notarij stipulationem, vt supradicto loco concludit Didacus, contra Decium in Rub. C. de pact. & Tiraquell. in l. si vnquam verb. libertis num.54.C.de reuoc. donat. Non quidem iure vetere inspecto, quod vel traditionem vel stipulationem requirebat, cùm sola præsentia coniuncta cum taciturnitate neque traditio, neque stipulatio dici possit, Sed inspecto iure nouo, quod solam donatoris voluntatem, non etiam donatarij præsentiam requirit. In quo haud dubiè decipitur Didacus, & ceteri ab eo citati, qui requirunt præsentiam donatarij, vt tacens ille videatur consentire in iis quæ ad ipsius cõmodum spectant ex l. qui patitur. D. mandat. Quæ sententia pugnat cum vtroque iure, & vetere & nouo. Cum vetere quod requirebat præsentiam donatarij non vt taceret, sed vt vel rem ex traditione acciperet, vel stipularetur. Cum nouo, quod nullomodo requirit præsentiã donatarij, ne quidẽ vt taceat. Illud potius mirari debuerũt interpretes circa setẽtiã d.l. si ego. cur nõ acquiratur creditori meo proprietas pecuniæ quã ego ipsius procuratori soluerim ea mẽte vt fieret ipsa creditoris. Cõtrariũ enim videtur quod ex Neratio scribitur in l. si procurator.13.D.de acq rer.dom. Si procurator rẽ mihi emerit ex mãdato meo eique sit tradita meo nomine dominiũ mihi hoc est proprietatẽ acquiri etiã ignorãti. Sicut & tutor pupilli pupillæque emendo nomine pupilli, vel pupillæ proprietatẽ illis acquirit, etiã ignorãtib᾽. Quod ipsũ rursũ pugnare videtur cũ eo, quod scriptũ est ex Callistrato in l. res ex mãdatu.59.D.eod.tit. rem ex mãdatu meo emtã nõ prius meã fieri, quam mihi tradiderit is qui emit. Nec desũt qui putẽt Iurecõsultos in quæstione ista dissẽsisse. Ego sic cõcilio vt res ex mãdatu meo emta si nõ sit etiã tradita meo nomine nõ prius mea fiat quã tradiderit mihi is qui emit d. l. res ex mãdatu. Si verò & mãdatu meo emta sit & meo procuratori nomine meo tradita statim mihi acquiratur quãuis ignorãti d. l. si procurator. At si meo quidẽ nomine tradita sit, id est, hac mẽte vt mea fieret, sed nullo tamẽ speciali mãdato meo in eã rẽ interueniente, licet tradita sit ei qui in aliquo negotio meus erat procurator necessaria sit ratihabitio mea, vt mihi acquiratur. d.l. si ego. Vt enim dominiũ acquiratur necesse est eodẽ tẽpore cõcurrat affectus ex parte vtriusque & transferentis & eius in quem transfertur l. in omnibus rebus quinquagesimaquinta D.de oblig.& act. qui affectus ex vtraque parte non aliter potest concurrere, quam si & tradatur res ea mente vt mihi acquiratur, & eã meo nomine accipiat is, cui mãdauerim vt

meo nomine acciperet. Nec multû ab hac nostra interpretatione discrepant, quæ Accurs. tradit ad l. qui mihi. 13. D. de donat. & l. per seruum. 37. D. de acquirend. rer. dom. l. 2. C. de his qui à non domin. manumiss. sunt.

ERROR QVARTVS.

De donatario qui donationem in absentem se collatam vult ratam habere post mortem donatoris.

NON potest nasci error ex errore quin nascatur quæstio ex quæstione. Iam diximus eam esse receptiorem interpretum nostrorum traditionem, vt in absentem collata donatio, siue inter viuos, siue mortis causa valeat, sed ita demum si adsit notarii stipulatio pro absente quamuis ignorante, hoc etiam addito vt absens ille donatarius ratam habeat notarii stipulationem, priùs quàm ea res donata, rursum alii donata & tradita sit Indeq; quærunt, si donator hic ante ratihabitionem decesserit, an nihilominùs permittendum sit donatario vt ratam habeat donationem. Primus, vt referunt, Paulus Castrensis consil. 195. col. 3. lib. 2. respondit non posse donationem hanc à donatario acceptari post mortem donatoris, Ratione illa quod iam alteri hoc est donantis heredibus res acquisita sit, atque ideo in præiudicium iuris alteri quæsiti donationis acceptatio fieri nequeat. ex l. si ego. 9. §. si res. D. de iur. dot. l. 2 §. sed si quis. D. de donat. Eámque sententiam deinde ex recentioribus secuti sunt Anton. Rub. consil. 132 Chassan. cons. 7. num. 38 Andr. Tiraq. in tract. de constituto limit. 30. num. 73. quos refert Did. c. d part. 3. rubr. De testam. num. 13. versic. illud profectò. Vbi tamen recedit ille ab hac sententia, veriúsque putat acceptari posse donationem per donatarium etiam mortuo donatore. Motus ex eo solo quod ante absentis acceptationem præstata donati perfecta omnino sit quod ad donatorem, nec reuocari ab eo possit licèt absenti quæsita non sit. cap. si tibi absenti. De præbend. in 6. l. Aristo. 18 D. de donat. l. per fundum. 11. D. de seruit. rustic. præd. Ergo inquit, & quod ad heredes donantis perfecta donatio censeri debet, cùm illi personam defuncti repræsentent l. 2. §. ex his. D. de verb. obligat. nec sit iis permittendum vt possint reuocare donationem quam defunctus ipse si viueret reuocare non posset. Nec turbari se ait quod ante acceptationem ius dominii fuerit in re donata quæsitum alteri, quoniam id præcederet, inquit, quando ex titulo aliquo speciali esset dominium rei donatæ translatum in alterum, velut in singularem successorem. vt in l. quoties 15. C. de rei vindicat. Decius cons. 226. At diuersum est vbi ante acceptationem dominium translatum fuerit in successorem donatoris vniuersalem qui saltem actione personali teneatur omnino conuentiones & donationes à defuncto factas adprobare. Ego Didaci sententiam probo, sed longè alio sensu, aliáque ratione quàm ipse senserit. Etsi enim cum eo conuenio in ratione illa quòd non sit permittendum heredi donatoris, vt reuocet donationem quam donator ipse si viueret reuocare non posset, si tamen quæras à Didaco, cur non sit permittendum esse donatori vt reuocet donationem, Respondebit sine dubio, quia valet stipulatio per notarium interposita pro donatario etiam absente & ignorante, quam si non valere putaret, haud dubiè contra donatarium, non modò pro donatoris heredibus, qui procuidubio sunt fauorabiliores, sed etiam pro donatore ipso responderet. Atqui nos negamus valere huiusmodi stipulationem, siue iuris communis regulas, siue Iustiniani constitutionem inspiciamus. Et tamen nolumus

nolumus reuocari posse donationem, neque à donatore, neque ab heredibus donatoris. Qua igitur ratione? Illa nimirum quod quamuis stipulatio nullius omnino sit momenti, adeò vt neque taciti pacti iure defendatur, ipsa tamen donatio valet post Iustiniani constitutionem in l. si quis argentum. 35. §. sed si quidem. C. de donat. quæ induxit vt donatio neque stipulationem hodie requirat, neque pactum, sed cõtenta sit sola testificatione voluntatis donatoris, dummodo agatur de donatione illa quæ sit inter viuos, non causa mortis, Ita vt cogi possit donator ad rem tradendam, non secus acsi ex stipulatione vtili esset obligatus. Proinde non magis permittendum est donatori vt proprio suo facto liberet se ab actione illa condictitia qua eum teneri Iustinianus voluit, quàm ei permittendum esset vt se liberaret ab actione ex stipulatu si per vtilẽ stipulationem donatio facta fuisset. Porro quo casu donator obligatus est certáq; actione siue ex stipulatu siue cõdictitia cõueniri potest ad rẽ tradẽdã, certũ est eandẽ actionẽ in ipsius etiã heredẽ trãsire, nec minoris in heredẽ donatoris quã in donatorẽ ipsũ potestatis esse debere. Nõ igitur quod præmortuus sit donator facere debet vt eò min' possit donationem acceptare donatarius, qui nec vlla indiget acceptatione, dum ne omnino respuat ius sibi quæsitum. Neque ad rem facit quod rei donatæ dominium interim & medio tempore peruenerit ad heredes donatoris. Nam sicuti donatore viuo idem illud dominium erat penes ipsum donatorem, nec eo minùs tamen verum erat valere donationem ex eáque cogi donatorem posse vt rem traderet. Ita & post donatoris mortem licèt dominium quod fuerat donatoris ad ipsius heredes deuoluatur, non tamen bona consecutio est si quis ex eo inferat non esse illos cogendos, vt eandem personalem actionem patiantur, quam defunctus ipse si viueret, pateretur. Ob hoc ipsum enim quod rei donatæ dominium habent, personalis actio in eos exercetur vt rem tradant, quàm tradere possunt, inauditúmque est vt dominij exceptio contra eum detur qui contendit non rem esse suam, sed aduersarium sibi eam rem dare oportere, cùm nihil aliud sit dare quàm dominium transferre. l. vbi autem. 75. §. vlt. l. continuus. 137. §. illud. D. de verb. obligat. Eodem namque iure fit, id est ex eadem potestate legis duodecim tabularum, vt & dominium quod fuit defuncti, & personalis actio illa condictitia ex Iustiniani constitutione quæ in defunctum competebat in heredem transferatur. l. prima. C. si cert. pet. l. fin. & tot. tit. C. de heredit. action. Iam verò quod prioris sententiæ autores obiiciunt ex d. l. si ego. 9. § si res. D. de iur. dot. etsi pro iis pugnare maximè videtur, alienum tamen est à disputatione nostra. Ibi enim tractat quidem Vlpianus de rebus donatis, sed tamen de donatione facta per traditionem, & de rebus traditis in dotem futuro marito ea lege vt non priùs fierent mariti quàm nuptiæ essent insecutæ, & ponit decessisse donatorem ante diem nuptiarum, & consequenter eo tempore quo pendebat adhuc donatio, cùm donationis condicio penderet. Quo casu, cùm donator numquam fuisset obligatus qui neque per stipulationẽ neque alio modo quicquam promiserat, nulla occurrebat quæstio de personali obligatione quæ cõtra donatoris heredẽ cõpeteret, cùm nulla vnquam contra donatorem ipsum competiisset. Donatio enim quæ incipit à traditione nullã secum adfert obligationem, siquidem traditio vt alibi disputauimus, dissoluendæ obligationis modus est potiùs quàm contrahẽdæ: Cúmq; in id cõparata sit vt per eã dominiũ transferatur. l. traditionibus. 20.

C. de pact. l. traditio. 20. D. de acquir. rer. domin. de solo dominio apud Vlpianum quæri poterat, vtrum euenient condicione traditionis & donationis translatum intelligeretur in donatarium, an verò esset aliquid quod eam dominij translationem impediret. Subtiliter autem non minus quàm verè, Vlpianus animaduertit non posse fieri vt euentus condicionis prosit ad transferendum dominium in donatarium, Non quòd iterum possit aut debeat tradi res iam semel tradita, Sed quia dominij translatio fieri non potest nisi ab eo qui in ipso translationis tempore dominus reperiatur, Ne alioqui euenire alterutrum aut potius vtrumque necesse sit vt nec transferat quis ius illud, quod non habet, nec vero domino ignoranti, adeóque inuito res sua aufferatur, quod vtrumque pugnat cum regulis iuris. l. id quod nostrum. 11. l. nemo plus iuris. 54. De reg. al. iur. In ea verò specie quam Vlpianus tractat dominium rerum donatarum & traditarum quod à donatore traditionis tempore non abscesserat quia donator noluerat, mortuo donatore ideo transferri non potest in donatarium quamuis existente iam traditionis cõdicione, quod tum reperitur dominium esse heredis, cuius proinde voluntas exquirenda est, quamuis heres sit ex causâ hereditaria, & tanqum heres. Non enim id ei nocere debet, cùm nulla sit obligatio hereditaria ex qua possit ille eodem iure conueniri: Quamuis concludatur tandem eo loco nihil minùs cogẽdum heredem vt impleat traditionem quam defunctus inchoauerat, fauore scilicet dotium aut potiùs mulierum, ne in tali casu indotatæ constituantur. Si tamen ea conclusio Vlpiani est ac non Triboniani, vt superioribus Decadibus ostendimus. At in eo casu de quo nunc agimus adest obligatio personalis, non quidem ex stipulatu quomodo vult Didacus, sed condictitia quæ contra donatorẽ ipsum nata ex die donationis, & cõtra eum quandiu vixerit exerceri potuit, & contra heredem ipsius perinde potest. Quid igitur attinet dicere dominium rei donatæ penes heredem esse, cùm nõ cõtendat donatarius dominiũ illud ad se pertinere nulladum traditione facta, sed per traditionẽ à donatoris heredibus faciendã in se trãsferri oportere. Atq; ita respondendũ est ad Vlpiani locũ illum, nõ quomodo respondet Didacus vbi suprà, loqui eo loco Vlpianũ de donatione cõdicionali. Parum enim referret an donatio cõdicionalis esset an pura si modò sic facta esset vt ex ea personalis aliqua obligatio contra donatorẽ & consequenter contra donatoris heredẽ nasceretur. Quemadmodum & è cõtrario fieri potest, vt donatio etiã citra stipulationẽ facta sit cõdicionalis, & tamẽ mortuo quoq; ante condicionẽ donatore nihilominùs dominij translatio non impediatur, vt in specie quam Iulianus tractat in l. 2 §. si pecuniam. D. de donat. vbi ait si pecuniam mihi Titius dederit absque vlla stipulatione, ea tamẽ condicione vt tunc demum mea fieret cùm Seius Consul factus esset, siue furente siue mortuo eo Seius Consulatum adeptus fuerit meam fore. Nẽpe quia hoc casu licèt verũ sit dominiũ rei donatæ priùs acquisitũ fuisse heredibus donatoris quàm cõdicio donationis extiterit, illud tamẽ etiã verum est existẽte quãdocunq; cõdicione post mortẽ quoq; donatoris donationẽ haberi pro pura, vt euenit in omnibus cæteris actibus condicionalibus fieri eos ex cõdicionalibus puros quotiescunq; cõdicio existit, acsi condicionem nullã vnquã habuissent. l. potior. 11. in fin. princ. D. qui potior. in pign. hab. l. is cui via. 11. §. heres. D. quẽad. seru. amit. l. & post litẽ. 12. §. res quę. ff. fam. erc. l. ũ fundũ sub cõdicione. 81. De legat. 1. l. si fundũ. 105. D. de cond. & demõstr.

Atqui

Atqui si donatio fuisset ab initio pura nunquam dominium rei donatæ fuisset heredum donatoris. Ergo neque videri debet vnquam fuisse cùm extitit condicio donationis, licet reuera fuerit antequàm condicio existeret. Ac proinde ridicula est distinctio illa Didaci, An pura fuerit donatio an cõdicionalis, cũ nihil prors⁹ intersit postquã extitit cõdicio. Quod cũ ita sit illud poti⁹ mirãdũ est Cur in specie dicti §. si res l. si ego De iur. dot. nihil prosit ei cui traditæ res fuerant, ita vt eius fieret, secutis nuptiis, quod secutæ sint nuptiæ post mortẽ donatoris, cùm perinde videatur hoc casu donatio & traditio purè facta esse, cõdicione nuptiarũ quandocũque existẽte. Sed est quod respõdeatur, factã in ea specie fuisse donationẽ & traditionẽ sub ea condicione quæ nõ simpliciter cõdicio esset, sed quæ præterea diẽ haberet. Id enim est quod Vlpianus ait *quia pendet donatio in diem nuptiarũ*, qui dies nuptiarum quamuis incertus sit antequàm venerit, posteaquàm tamen venit, ita certus fit vt ad præteritum tempus retrotrahi non possit nec fundus videri factus dotalis ab initio & ex die traditionis, quandoquidem neque potuit effici dotalis ante cõtractas nuptias, quippe sine quib⁹ dos esse nõ potest. l. 3. D. eod. tit. neq; nuptiæ dici contractæ ex eo die quo traditus fundus fuit. Itaque inter speciem Iuliani & speciem Vlpiani diuersitas illa est quòd apud Iulianum res fuerat donata simpliciter vt fieret donatarii quamuis nõ nisi sub cõdicione. At apud Vlpianũ fuerat tradita & donata vt dotalis fieret, atque ita non nisi ex eo tempore quo dos esse posset, id est, quo nuptiæ re ipsa secutæ essent. Commodè autem Iulianus in dicta leg. 2. §. sed si quis eod. tit. De donat. aliam speciem subiungit à prioribus illis duabus differentem. Si quis mihi donaturus pecuniam dederit alicui vt ad me perferret & ante mortuus erit donator quàm ad me pecuniam ille pertulerit qui acceperat, ait que non fieri pecuniam dominii mei. Quia nimirum hoc casu translatio dominii facta in me videri non potest priusquam ego acceperim, nec tùm rursus cùm accipio, quia iam non est à quo trãsferatur. Verũ ista omnia ad eas donationes pertinẽt quæ fiũt per traditionẽ, nõ etiã ad eas quæ per stipulationẽ. Ob idq; addidit Iulianus in d. §. si pecuniam verba illa *absque vlla stipulatione* non aliã ob causã nisi quòd interueniente stipulatione frustra quæreretur an dominii translatio facta esset viuo donatore, necne, quoniam quæ ab eo viuo facta non esset eam ab ipsius defuncti heredibus per traditionem vi stipulationis extortam fieri oporteret. Sicuti tamen Iulianus supradictis verbis de ea stipulatione sensit quæ per donatariũ ipsũ interposita esset, ita si cum interpretibus de ea stipulatione loquamur, quã notarius pro absente & ignorãte interposuerit nõ malè videbitur posse cõparari donatio per talem stipulationem facta, cum donatione facta per traditionẽ interposita persona alterius qui ad donatariũ rem perferret quasi per mediã notarii personã stipulatio tãdẽ ad donatarium cui donatio acquiritur perferatur. Sed nõ ita est: Stipulatio enĩ ab initio vel valere necesse est vel nõ valere. Si ab initio valuit, certũ est non posse irritã eã fieri ex promissoris morte ante donatarii acceptationẽ superueniẽte. Si ab initio nõ valuit nulla ratio est vt per donatarii acceptationẽ cõualescat, siue fiat ea acceptatio viuo adhuc siue iam mortuo donatore. Media verò illa sententia quam Didacus inducit vt donatio etiam ante acceptationem omnino perfecta sit quod ad donatorem, & tamen nullum interim ius ex ea donatario acquiratur, nulla prorsus ratione probabilis est. Neque

enim fieri potest vt donatio perfecta sit quod ad donatorem quia donator vtiliter obligatus reperiatur, nec rursus vt sit ille vtiliter obligatus, quin ea obligatio sit donatario acquisita. Nec cōtrarium vllo modo probatur iis iuris locis quos pro se Didacus adducit vt videre cuilibet obuium est.

ERROR QVINTVS.

De donatione collata in absentem donatarium, qui postea decesserit viuo donatore ante ratihabitionem.

EST etiam hæc quæstio sicut superior de donatione in absentem collata notario stipulante, sed in hoc dissimilis à superiore, quod in illa posuimus defunctum donatorem, in ista ponimus mortuum donatarium ante acceptationem relicto tamen herede, & quærimus an possit heres ratam habere donationem, eámque acceptare vt nostri loquuntur. Sunt autem in hac quoque quæstione duæ interpretum sententiæ. Prima contra donatarij heredes non posse illos donationem ratam habere nec si facta sit cum clausula constituti, Quam opinionem tuetur Andr. Tiraquellus in tract. de constituto limit. 30. num. 73. & 74. & Anton. Rub. in l. non solùm §. morte. D. de oper. noui nunciat. Altera pro heredibus donatarij, quam induxit Didacus dict. part. 3. Rubric. De testam. num. 13. ad fin. vers. hinc etiam diffiniri, non quidem hoc sensu, quasi possit ea ratihabitio heredum donatarij facere vt vel dominium vel possessio iis acquiratur, sed hactenus vt donatio valeat nec reuocari possit à donante, vtque actio vtilis sine cessione donatario quæratur. Nam in re, inquit, quæ ad heredes pertinet, potest etiam heres ratum habere quod actum fuerit nomine defuncti. l. si sine. 22. §. si procuratori alias. §. Iulianus. D. rem rat. haber. Cæterum nec Didacus ipse negat neque dominium neque possessionem acquiri posse donatario per huiusmodi ratihabitionem, Non possessionem, inquit, quia heres non potest quod ad possessionem ratificare factum defuncti nomine, quamuis eo viuente id actum fuerit. ex l. tertia. §. acquirere. D. de bonorum poss. l. si is cui. septima. & l. penultima. D. rat. rem haber. Non dominium, quippe quod non nisi per possessionem præcedentem acquiritur. l. per procuratorem. octaua. C. de acquir. possess. In eóque omnes conueniunt. Puto ego quæstionem esse ociosam, frustráque disputari de ratihabitione stipulationis, quæ ipso iure nullius sit momenti, si in ea nihil nisi notarii factum iurísque communis rationem intuearis. Prius enim esse aliquid necesse est quod ratum haberi possit quàm vt de ratihabitione tractetur. d. l. si sine. vers. quòd si procurator per iudicem. D. rat. rem haber. in illis verbis *vel quia nulla res esset quam dominus ratam habere possit.* Ipsam tamen donationem non nego valere etiam inutili stipulatione existente, si de donatione inter viuos agamus non de donatione causa mortis, Scilicet propter eam Iustiniani constitutionem de qua tam sæpe iam verba fecimus in l. si quis argentum. trigesimaquinta. §. sed si quidem. C. de donation. quæ facit vt valeat donatio inter viuos etiam citra stipulationem & traditionem. Sed cùm hactenus valeat, vt ex eiusmodi donatione per quamcumque voluntatis testificationem facta nasci Iustinianus voluerit actionem condictitiam, nec nimis in fauorem heredum

donatarij

donatarij quàm in fauorem ipsius, vt contra, non minùs aduersus heredes donatoris quàm aduersus ipsum donatorem vt verba constitutionis ostendunt, quid obsecro necesse est ratam haberi donationem à donatarij herede? aut se tantopere torquere vt sciatur an ea ratihabitio per donatarij heredem fieri possit, cùm ita ius sit vt citra ratihabitionem ea actio perinde competat & donatario & eius heredi? Itaque cùm ratihabitio illa etiam iuxta Didaci sententiam nō possit prodesse donatarij heredi ratum habenti quod ad acquirendum ei commodum siue dominii siue possessionis, sed tantum ad effectum personalis actionis, consequens est vt inutilis futura sit etiamsi permittatur. Quod verò iidem omnes vno ore probare volunt possessionem quam quis in defunctum transferre voluerit per clausulam constituti non posse acquiri heredi per ratihabitionem ex d. l. 3. §. acquirere D. de bonor. poss. d. l. si is cui 7. & d. l. pen. D. rat. rem haber. nullomodo ex iis locis probatur: in quibus omnibus agitur de iure bonorum possessionis, quæ ad instar & exemplum hereditatis est quæque nomen est iuris prætorii sicut hereditas nomen iuris ciuilis l. 1. 2. & 3. D. de bonor poss. non de illa possessione de qua nūc agimus quæ licet plurimum ex iure mutuetur, tamen facti est l. possessio 49. in princip. & §. 1. iunct. l. 1. §. si vir vxori D. de acquir. poss. l. denique 19. D. ex quib. caus. maior. Ius bonorum possessionis agnoscendæ non transit in heredem vt nec ius hereditatis adeundæ propter eam rationem de qua alibi scripsimus. Sed ius possessionis corporalis adprehendendæ quam defunctus habuit trāsit proculdubio in heredem, licet possessio ipsa corporalis non transeat priùs quàm sit adprehensa l. cùm heredes 23. De acquir. poss. Et quamuis possessio corporalis ea sit quam defunctus nunquam habuerit vt in casu nostro, si tamē ius habuit eius nāciscendæ ex aliquo contractu quidni ius idem habebit heres in quem transit etiam contractus? Aut cur difficilius permittetur heredi ratum habere defuncti contractum ratione possessionis, quàm ratione dominii? Possessio enim licet facti sit postquàm quæsita est ius tamen eius acquirendæ antequàm sit acquisita non potest non esse iuris, ideóque fieri nequit vti ne cum cæteris iuribus omnibus in heredem transferatur. Fateor esse hoc singulare in possessione, vt extra causam peculiarem non acquiratur ignoranti, quoniam & animo & corpore opus est vt incipiat quis possidere l. quemadmodum 8. l. peregre 44. §. quæsitum & seq. D. eod. animus autem ignorantis nullus esse potest. Ideóque non nego ex donatione facta per stipulationem notarii, quamuis adiecta clausula constituti, non posse acquiri possessionem ante ratihabitionem, non solùm si mecum sentias talem stipulationem non valere, sed & si cum interpretibus defendas valere, quia quod stipulatio valeret, facere tantùm posset vt ignoranti posset acquiri actio quæ tota est iuris, non etiam possessio quæ facti est & animi. Verùm hoc contendo sicut heres ius habet ratum habendi contractum defuncti, ad acquirendam sibi actionem secundum interpretes (nam secundum nos nulla hîc opus est ratihabitione) ita nihil prohibere quominùs possit eum contractum ratum habere ad hoc etiam vt acquirat sibi possessionem quam donator transferre voluit in donatarium per clausulam constituti, perinde atque posset eam sibi acquirere donatarius si viueret cùm sit ea pars & cōsequentia contractus, qui non potest ad heredem transmitti pro parte, & pro parte nō transmitti. Nisi fortè velit quis dicere donatorem qui constituit se possidere

nomine donatarij, id tantùm egisse vt donatarium ipsum faceret possessorem non etiam vt heredem eius, cuius nullam omnino fecerit mentionem. Sed præter id quod vix vllam notarij stipulationem reperias siue pro præsente siue pro absente & ignorante facta sit, quę non heredum quoque personas ex vtraque parte comprehendat, illud etiam constat heredis personam tàm quoque cum expressim adiecta non est, tamen pro adiecta esse habendam ex verisimili voluntate omnium eorum qui vel stipulantur vel quoquomodo paciscuntur l. si pactum 9. D. de probat. inciditque hæc quęstio in illam Vtrum clausula constituti transeat in heredem siue ex parte illius qui constituit, siue ex parte eius cui constituitur. De qua dicendum nobis erit fusiùs, cum tractabimus De possessione. Illud nunc monuisse sufficiat, eum qui constituit se alieno nomine possidere duo facere, quorum primum est vt desinat possidere: alterum vt possessorem faciat eum in cuius vtilitatem constituit. Posteriùs non fit ignorante illo de quo possessore faciendo cogitatur: sed prius fit omnimodo, id est etiamsi contractus non valeat, aut si ponamus valere, etiamsi constitutum ignoret is quem vetus possessor voluit facere possessorem. Amittitur enim possessio solo animo licèt nemo sit cui acquiratur l. 3. §. in amittenda D. de acquir. poss. quod in dominio secus est l. si quis vi 17. §. differentia & l. seq. eodem. Itaque quamuis admitteremus eum qui constituit se possidere nomine donatarij solius non etiam heredum ipsius, non alium quàm donatarium possessorem facere voluisse, non tamen ex eo sequeretur possessorem illum ex die constituti etiam in inutili contractu appositi esse non desiisse: quo admisso, nec sanè quicquam impedit, quominus eo quoque inuito donatarij heres ratum habendo contractum defuncti nomine gestum possessionem adprehendat, si non tanquam vel sibi cessam vel defuncto acquisitam, saltem tanquam vacantem, & quæ sit nullius: id est non ex vi clausulæ constituti, sed per occupationem & adprehensionem, cui amissio possessionis ex parte constituentis causam dedisset. Sed tamen non facit ea res vt ratihabitio sit necessaria, neque vt necesse sit dicere contractum valere in quo apposita sit clausula constituti, cùm dici soleat, quod & verum est, ex actu etiam inutili animum declarari l. vltim. D de reb. eor. qui sub tutel. l. licèt transferam 20. l. legatum 24 in fin. D. de adim. legat. Nec sanè indiget actione ex contractu, donatarij heres, cui competit actio condictitia ex lege Iustiniani. Immò si verum amamus neque condictitia illa hoc casu necessaria est, adeòque nec locum habere potest. Ad quid enim competit aduersus donatorem, nisi ad hoc vt ille rem quam donauit cogatur tradere vt Iustinianus loquitur? At nihil iam habet quod possit tradere donator qui per clausulam constituti desiit possidere, quandoquidem traditio nihil aliud est, quam datio possessionis l. 3. D. de action. empt. Ergo neque condictitia eum conueniri posse fatendum est. Ex stipulatione verò notarij, etiãsi valeret, multo minùs, quia nec aliud posset cõpetere quàm vt donator à se donatam rem tradere cogeretur. Quod non satis videtur animaduersum à Didaco cùm scripsit hanc ratihabitionem posse donatarij heredibus prodesse non vt fiant domini vel possessores rei donatæ sed vt actionẽ vtilem sibi acquirant sine cessione. Quid enim vtilitatis potest habere illa actio, per quam donatarij heredes neque possessionem acquirere sibi possunt ab eo, qui per constitutum possessor esse desiit, neque dominium

sine

sine possessione, vt & Didacus ipse fatetur? Debuit igitur ille dicere non cum ceteris interpretibus, non posse hanc notarii stipulationem ratam haberi ab heredibus donatarii, neque contra cæteros posse ideo ratam haberi vt ex ea sibi acquirant actionem sine cessione, sed posse ratam haberi vt ex ea commodum hoc sentiant, vti possessio rei donatæ, quam propria autoritate tanquam vacantem occupauerint, non possit iis auferri, neque à donatore ipso, neque ab alio quolibet, quasi nullo iure possideant, qui possident ex donatione, vt quibus daremus actionem si non possiderent, iisdem possidentibus multò magis demus exceptionem & retentionem contra ipsum etiam donatorem, si rem donatam vindicare velit, quod summo quidem iure facere potest, quippe qui retinuerit amissa etiam possessione dominium quod ex contractu transferre citra traditionem nec potuit nec voluit, Sed repellendus est per exceptionem doli mali, petens id quod si haberet statim reddere & tradere cogendus esset vulg. l. dolo facit 8. D. de doli except. Quid ergo si neque donatarii heres possideat? Non potest ea res dare ipsi actionem neque contra donatorem qui non possidet, neque contra extraneum possidentem qui non contraxit. Aliam enim actionem contra extraneum habere non posset quàm vindicationem, eámque vel dominii vel pignoris. Porrò dominii vindicationem habere non potest, qui nunquã factus fuit dominus, at ne quidem possessor. Vindicationem verò pignoris multò minùs, cum non ponamus fuisse obligatam ei rem donatam: quæ si obligata proponeretur, aliud proculdubio respondendum esset. Ita fit vt clausula constituti apposita in fauorem donatarii, non solùm ei non prosit propter ipsius ignorantiam, neque ipsius heredibus, deficiente in eam rem donatoris voluntate, sed è contrario noceat, impediátque & condictitiam actionem, quam alioqui Iustinianus daret contra donatorem si idem esset possessor, & actionem illam ex stipulatu, quam volunt interpretes donatario acquiri sine cessione, Nec tamen impediat donationem, reique ex donatione retinendæ facultatem, si qua ratione poterit donatarius eiúsve heres possessionem rei donatæ nancisci aliter quàm per eiusmodi clausulam constituti. Nam vt donatio valeat sufficit obligatum esse donatorem vt tradat si quando habebit quod tradere possit, vel vt non possit petere quod alioqui posset. At vt non impediatur actio necesse est aliquid penes donatorem superesse propter quod necessarium vel vtile esse possit contra eum institui actionem. Atqui cùm amisit possessionem per clausulam constituti, etsi nihilominus dominium penes se retinet, non magis tamen eo nomine conueniri potest, vt illud transferat, quàm si nullum haberet, cùm dominium transferre non possit, nisi per mediam possessionem quam tamen amplius nullam habet.

ERROR SEXTVS.

De donatione causa mortis facta alicui & heredibus eius.

DE hac donationis specie quæ mortis quidem causa facta sit alicui, sed adiecta quoque heredum mentione, puta Titio & heredibus eius, disputant nostri vtrũ mortis causa donatio censenda sit inter viuos. Etsi, n. si figurã verborũ quib' cõcepta donatio est inspiciam', nõ potest dubitari quin mortis causa donatio sit cùm donator se mortis causa donare dixerit, alienũ tamen videtur à natura donationis causa

mortis vt præmortuo donatario id est ante donatorem defuncto transmittatur illa in donatarij heredem, Ideóque magis communiter probatum est censendam esse hanc donationem inter viuos, quod primus sensit Bald. ad l.2.C. de iur. dot.& post eum Alex consil.14. vol.1.num.12.Boer.decis.353.n.12.& alij quos refert Didac.in d. part.3.rubric.de testam.nu. 25. versic. erit & alius casus, vbi addit horum opinionem in praxi frequentissimo authorum consensu potiùs obtinere quàm contrariam quæ fuit eiusdem Baldi à seipso, vt plerumque solet, dissentientis consil.391.vol.3. Alciat. in l.non omnis. 19.c. l.3.D.de reb.credit.& Decij cons.470.col.penult. quibus locis defendunt isti esse hanc donationem causa mortis, & vt ad sententiæ contrariȩ obiectionem respondeant, sic donationem interpretantur, acsi adiectio heredum hunc sensum haberet vt præmoriente donatore competeret donatio non tantùm donatario, verumetiam heredibus ipsius. Quæ interpretatio etsi longè tolerabilior est quàm illa quæ donationem verbis expressis causa mortis factam detorquet ac transformat in donationē inter viuos: est tamen & ipsa improbabilis ex qua parte nimis restringit & verba donationis, & voluntatem donatoris, cùm non aliter admittit hæredes donatarij, quàm si donator ante donatarium decesserit. Habent enim verba illa, *Dono Titio & heredibus eius* nescio quid amplius & fauorabilius pro heredibus donatarij, vt possint admitti ad donationem, etiamsi Titius viuo donatore defunctus sit: Nec quicquam causæ video cur is sensus fugiendus credatur, Eo solo prætextu quod mortis causa donatio soleat ipso iure reuocari cùm moritur donatarius ante donatorem. l. si alienam.13. §. 1.l.si mortis. 29.in fin.l.Senatus.35.§.mortis causa D.de mort.caus.donat. Sicut & de donationibus inter virum & vxorem scriptum est in l.etiamsi.6.l. à marito.18. C.de donat.inter virum & vxorem. Etsi enim id verum est, tunc tamen obtinet, cùm non aliter dictum fuit in lege donationis. Est namque illud etiam verum, posse mortis causa donationem sic fieri vt non reuocetur etiamsi donatarium præmori contingat dummodo aliquis casus alius supersit, quo reuocari possit, puta vel ex donatoris pœnitentia vel ex ipsius conualescentia: quemadmodum ex diuerso potest sic donari causa mortis vt neque ex pœnitentia neque ex conualescentia reuocetur donatio, dummodo sit reuocabilis alio illo casu quo donatarius ante donatorem decedat. Non enim de essentia est donationis causa mortis vt certo aliquo modo sit reuocabilis, sed tantùm vt non sit nullo casu reuocabilis, vt constat ex legibus supradictis.iunct.l.vbi donatur.27.eod.tit. De mort.caus.donat. Atqui sic facta donatione *Dono mortis causa Titio & heredibus eius*, etsi donationem sic interpretere vt præmortuo quoque Titio ad eius tamen heredes donatio pertinere debeat, non idcirco fit irreuocabilis donatio vt proinde necesse sit dicere transformatam eam in donationem inter viuos, Cùm supersint multi casus quibus & reuocabilis maneat & reuocetur, siue quod ipsos quoque Titij heredes contingat ante donatorem decedere, siue quod velit donator voluntatem mutare, aut quod à periculo illo mortis fuerit liberatus quod causam dederat donationi: Quorum omnium tamen dici nihil posset si donatio hæc inter viuos facta censeretur. Ex quo apparet quàm absurda sit ea prior sententia quam pragmatici nostri vt verissimam ob id quod pessima & falsissima est sequuntur. Quid enim absurdius, quàm quod quis donauit reuocabiliter, habere pro irreuocabiliter donato, & reuocandæ donationis

libertatem

libertatem omnem eripere donatori qui eam sibi apertissimè saluam & exceptam esse voluit cùm se mortis causa donare dixit? Etsi enim sic donationem intelliges quomodo intelligi volumus vt præmortuo quoque Titio consistat in persona heredum Titij quibus non minùs quàm ipsi Titio donatum fuit, dicet tamen donator malle se hanc interpretationem quæ non faciat quin cæteris casibus donatio sit reuocabilis, quàm si hoc prætextu facias donationem omni casu irreuocabilem. Ipsius namque interest, si sit illa irreuocabilis aliquo casu, vt tamen cæteris casibus reuocabilis maneat, in eóque retineat naturam donationis causa mortis, cuius & nomen habet. Nec potest nobis obiici, secundum hanc nostram interpretationem fieri vt coniunctio pro disiunctione accipiatur, quasi nihil referat an ita vt iam diximus concepta donatio sit an verò hoc modo, *Dono mortis causa Titio aut heredibus eius*. quo casu minorem sanè dubitationem res haberet quin heredes Titij viderentur in hac donatione substituti Titio in casum vulgarem, quippe qui per disiunctionem aptissimè exprimatur, non per coniunctionem, cùm disiunctio ponitur inter eos inter quos ordo aliquis necessariò seruandus est, vt in hac specie, quia numquam fieri potest vt quis cum heredibus suis concurrat, siquidem implicat contradictionem, vt quis sit viuus qualem esse necesse est vt possit concurrere, & præterea vt idem ille eodem tempore habeat heredem. Indéque nimirum ostenditur duos gradus esse. l. cùm in testamento. 37. D. de hered. inst. duo autem gradus fieri non possunt per syllabam *&* cuius est coniungere non separare. l. si ita quis. 76. eod. tit. Nam respondeo non esse nouum vt coniuncta pro disiunctis accipiatur, aut cõtrà, quoties alioquin absurdi quidpiam sequeretur. l. sæpe. 54. de verb. signific. De quo scripsimus lib. 18. Coniect. cap. ad l. Lucius. 86. eod. tit. de hered. inst. Hîc autem si coniunctio pro disiunctione non sumeretur, absurdum illud sequeretur vt Titius aliquo casu vel tempore simul cum suis heredibus admitteretur. Nam si dicas quod verum est posse syllabam *&* retinere vim & potestatem coniunctionis ad personas quidem coniungendas, sed ita tamen vt tempora remaneant distincta, fatebor id quidem, sed erit hoc in effectu illud ipsum quod volo, videri donationem collatam in heredes Titii vt post Titium admittantur, tanquam disiunctim vocati, & sub ea veluti condicione, si Titius ipse priùs moreretur, quàm admitteretur. Nam eo casu quo Titius iam fuisset admissus, quidni succederent in re donata sicut & in cæteris bonis donatarii, cùm rem donatam in ipsius hereditate reperirent? aut quid egerent donatione? nisi fortasse vt viderentur per fideicõmissum substituti ei cuius heredes essent ad hoc vt inuito ipso consequerentur hanc rem donatam, cuius tamen consequendæ ius nullum haberent nisi tanquam heredes? At hoc certè esset ridiculum, implicarétque contradictionem. Superest igitur vt & post Titii mortem admittantur, & in eum casum quo Titius ipse nunquam admissus sit, ne si aliter interpretemur superuacua heredum adiectio relinquatur. Ita autem facta interpretatione apparet, donationem eo quo diximus modo factam nihil aliud esse quàm donationem causa mortis factam Titio cum vulgari substitutione in fauorem heredum eius. Neque enim quisquam dubitat quin possit vulgaris substitutio fieri in donationibus causa mortis perinde atque in hereditatibus, & in legatis ac fideicommissis. l. vt heredibus. 50. De legat. 2. Quod cùm sit tam vulgare vt nihil sit vulgarius, miror in tanta opinionum diuersitate nemini

ex interpretibus nostris vulgaribus, in mentē venisse vt diceret id quod oportuit. Exemplo præsertim eorum, quæ iidem nostri tractāt ad l. Gallus 29. §. quidam rectè De liber. & post. de institutione & substitutione facta *Titij & liberorum*, aūt *heredum eius*, Volunt enim liberos Titii non intelligi vocatos nisi ordine successiuo & in casum vulgarem, Quamquam cū aliquot distinctionibus quæ quales & an veræ sint alio loco disputandum erit. Sed & constat vsumfructum ipsum cui naturale est vt fructuarii morte finiatur repetitum tamen intelligi, quoties legatur Titio & heredibus eius l. repeti. 5 D. quib. mod. vsusfr. am. tt. Quidni ergo similiter dicere liceat repetitam esse duplicemque videri factam mortis causa donationem quæ facta sit Titio & eius heredibus? Vnam quæ collata sit in personam Titii, aliam quæ in heredes ipsius si Titium ante donatorem mori contingeret.

ERROR SEPTIMVS.

De donatione sic facta vt post certum tempus vel post mortem donatarij res donata restituatur alteri tum absenti pro quo nemo fuerit stipulatus.

NON est qui dubitet posse sic fieri donationem vt post mortem donatarii vel post certum tempus id quod donatum est alteri restituatur. Certum enim est licere cuilibet rem suam tradenti præsertim ex causa donationis quā velit legē rei suæ dicere vt ex ea donatarius obligetur l. in traditionibus 48. D. de pact. l. vlt C. de pact. int. empt. & vendit. l. donatio 25. C. de donat. & apertiùs in l. 1. 2. & 3. C. de donat. quæ sub modo. Neque rursus quisquam dubitat quod omnino consequens est, si donatarius non pareat legi donationis quam agnouit, teneri eum donatori actione condictitia per quam liceat donatori rem illā quam per donationem alienauerat condicere & auocare. l. secunda & tertia. l. dictam. 8. C. de condict. ex leg. Nam vt suo loco disputauimus ex donatione quidem quatenus donatio est nulla competere actio potest neque donatori contra donatarium, neque donatario contra donatorem, quia neque obligatio vlla neque contractus est: At cùm facta est certa lege, quia tūc negotium & obligationem continet, actionem quoque parit etiam donatori aduersus donatarium, nec tantùm condictionem de qua in supradictis legibus, sed etiam præscriptis verbis. l. rebus. 6. & l. vlt. C. de rer. permut. l. legem. 9. l. cùm res. 22. C. de donat. l. hereditatem. 28. D eod. De illo quoque dubitari non potest, quin ei cui donator voluit rem donatam restitui, quamuis tunc absenti & ignoranti competat actio aduersus donatarium, non quidem directa sed vtilis. Id enim apertè scriptum est in d. l. 3. C. de donat. quę sub mod. Sed quænam actio illa sit & an ex iuris ratione competat siue notarius, siue donator ipse siue alius extraneus quilibet pro absente stipulatus proponatur, siue nemo, & an donatori liceat pœnitere, siue consentiente, siue etiam reluctante primo donatario, & siue ante siue post factam à donatario restitutionem, siue denique aliqua stipulatio siue nulla pro absente interposita sit: hæc verò sunt de quibus omnibus magna contentione iuris nostri interpretes & veteres & recentiores altercantur. Sunt enim qui putent actionem illam non tantùm personalem actionem esse, sed etiam vindicationem vtilem, quod ex veteribus expressim sensit Specul. in tit. de emphyt. quæstione septuagesima, & ex recentioribus Decius cons. 249. numero octauo. & in l. tradi-

l.traditionibus num.14. C.de pact. Rip.lib.3 respons.cap.1. Alii negant posse realem competere quod mordicus cōtra supradictos defendit Didac.lib.1.var.resolut.cap.14.num.3. Sunt qui dicant eam actionem competere iure singulari fauore donationis quæ cùm sit liberalitas, dignior videtur cui hac parte faueatur. Alii volunt fieri hoc ex ratione iuris communis, Ratione illa generali quod ex contractibus qui re contrahuntur (in quo numero ponunt donationem quoties incipit à traditione) alteri per alterum obligatio acquiratur, ex leg. ea quæ ciuiliter. quinquagesima tertia D.de acquiren.rerum dominio quam vtramque sententiam refert & probat Didac.dict.cap 14 num 2. Sunt qui requirant notarii vel donatoris stipulationem pro absente non ad hoc vt actio vtilis ei acquiratur, sed vt acquiratur irreuocabiliter, ne ad inducendam acquisitionem illam irreuocabilem alioqui necessaria sit ratihabitio aut acceptatio per absentem facienda, quod idem Didacus supradicto loco concludere videtur num.11. & decimotertio versic. secundo loco. Alii neque stipulationem vllam neque ratihabitionem aut acceptationem vllam exigunt, quasi ex solo pacto in donatione apposito ius absenti acquiratur non tantùm vtiliter sed etiam irreuocabiliter. quod sensisse videntur illi qui defendunt non posse donatorem pœnitere contra Bartolum in leg. qui Romæ 122 § Flauius D. de verb.obligat quos refert Didacus vbi suprà numero.7. versicul. tertiò ad idem facit in fin. Alii denique volunt licere donatori pœnitere si donatarius prior consentiat non etiam illo inuito, vt quod vnanimi eorum consensu factum est contrario consensu dissoluatur. Alii cum Bart. in d.§. Flauius, magis probant vt indistinctè pœnitentia hîc locū habeat vt in cæteris contractibus innominatis, quæ præcipua Bartoli ratio est ex l.3. §.1.l. si pecuniam 5.in principio D.de condict.caus.dat.l. Aristo 18.D. de donat. quod Didacus ex cōmuni aliorum sententia impugnat vbi suprà num.9. Alii demq; distinguunt an acceptatio vel ratihabitio aliqua subsecuta sit vel an stipulatio interuenerit siue à notario interposita siue à donatore ipso non etiam si ab extraneo (hanc enim fatentur omnes cùm sit inutilis nullum omnino effectum habere posse, Didacus ibid.numero 13. versicul. tertiò est considerandum) itémque an tempus præterierit intra quod lex donationi dicta impleri debuit: Vt his omnibus casibus intelligatur ius irreuocabiliter quæsitum absenti non etiam si nihil horum concurrat. Alii denique fatentur quidem interueniente acceptatione vel ratihabitione vel stipulatione irreuocabilem esse acquisitionem in fauorem tertii absentis sed non similiter ex solo lapsu temporis quousque res illi tertio tradita sit vt contra Alexandr. Socin. Decium, Iasonem & alios concludit Didacus dict.num.13. versicul. principaliter & versic.quamobrē subiiciens num.14. exceptionem vnam, Nisi talis casus sit in quo possit transferri dominiū sine traditione vt puta si ecclesia illa sit cui rem donatam restituere donatarius debuerit, postquam placuit Iustiniano in l.vlt.C. de sacros. eccles. transire dominium in ecclesiam ipso iure absque traditione. Non possum ego facere, quin mirer tot interpretū & contentiones & distinctiones quæ vereor ne ex magna iuris non valde obscuri ignoratione proficiscantur. Si enim iuris rationem inspiciamus & ea quæ in præcedentibus disputauimus neque donatoris neque notarii magis quàm extranei cuiuslibet stipulatio aut absentis illius tertii acceptatio siue ratihabitio necessaria vel vtilis

esse potest ad faciendum vt ex lege donationis absenti ius quæsitũ adeóq; irreuocabiliter fuisse videatur. Necesse igitur est vt citra vllam siue ratihabitionem siue acceptationẽ siue stipulationem & sola potestate legis ac cõstitutionis de qua in d.l.3.C.de don. quæ sub mod. actio illa absenti donatario irreuocabiliter acquiratur vel vt nũquam null' que casu sit irreuocabilis. Nam post traditionem factam non iam actio est sed ipsa res acquisita & si verum est quod fatentur omnes non solùm ante traditionem illam sed & ante acceptationem acquiri actionem absenti & ignoranti iidem etiam fateantur necesse est tolli eam non posse sola voluntate donatoris cùm actiones semel competentes non nisi certis modis tollantur inter quos nunquam est sola hominis voluntas. Sed veriùs est condicionem tacitam inesse videri si in eadẽ voluntate donator perseuerauerit. l.1.C.si mancip. ita fuer. alie. Iure scilicet vetere inspecto, nam iure nouo aliud esse defendo post l. si quis 35.§.pen.C.de donation. In eoque dissentio non tantùm à Bartolo qui contra indistinctè scripsit saluam esse donatori pœnitentiæ facultatem sed etiam à ceteris qui vt pœnitentiam excludant requirunt acceptationem vel ratihabitionem vel stipulationem indistinctè non separãtes ius vetus à nouo. Moueor ex eo quod iam probaui in superioribus stipulationem quæ in hac specie adhibita sit siue à donatore siue à notario nullius esse momenti si iuris rationem intuearε potiùs quàm erroneam illam consuetudinẽ quæ induxit vbique ferè terrarum vt etiam sine mandato alij cuilibet stipulari possint notarij eique actionem vtilem acquirere sine cessione. Quem igitur effectum habere potest. Acceptatio verò & ratihabitio licet sequi possit cur tamen necessaria videri debeat in eo cui lex prospicit vt etiam ignorans ex pacto donatoris vtilem & efficacem habeat actionem? Dico legem ei prospicere non iuris rationem, quia non ex iuris ratione sed ex Imperatorum constitutionibus primum fit vt hæc vtilis actio absenti detur vt scriptum est in d l.3. Deinde ex noua lege Iustiniani in d.l. si quis argentum.35. §.penult. vbi ille constituit vt donatio inter viuos hodie perficiatur non solùm per traditionem aut stipulationem sed etiam per quamcunque testificationem voluntatis vt donator cogatur tradere quidquid dixerit se donare, quamuis absenti. Actionem porrò illam quam habet secundus donatarius ab Imperatoribus non à donatore licet habeat ob voluntatem donatoris, cur permittatur donatori vt auferat ei siue ignoranti siue inuito? arg. l. si arrogator 22.§ 1.D.de adopt. Dices fortasse, Iustiniani constitutionem illam fauere tantum donatario non etiam ei cui donatarius post certum tempus eam rem donatam restituere debuit ex voluntate donatoris. Verùm respondeo hunc quoque donatarium esse, sed secundum vt probant verba d.l.3. *Si is in quem liberalitatis compendium conferebatur.* iunct. l. vltim. cum ibi not. C.de legat. l. vt heredibus 50. D. de legat.2. & consequenter ad eum quoque extendi fauorem Iustinianeæ constitutionis oportere. De quo non dubitassent fortassis interpretes si eius legis potestatem quam nos in præcedentibus explicauimus bene percepissent quæ illa est vt possit hodie donatio in absentem & ignorantem non minùs vtiliter conferri quàm in præsentem accipientem aut stipulantem. Qui interpretum nostrorum omnium error est quæstionem hanc sic tractantium quasi ex iure vetere semper illud supersit vt absenti donatio fieri non possit ex l. absenti. 10. D.de donat. vt ratiocinatur Didacus d. num. 13. vers. quantum verò, & paulò

paulò ante num.14. Nam si post eam Iustiniani constitutionem posset cogi donator si rem à se alii donatam haberet vt eam secundo donatario traderet quanto minùs ei permittendum est vt liberalitaté suam reuocet quam è contrario implere teneatur? Est autem ea Iustiniani constitutio longè fauorabilior & commodior secundo donatario, quàm prior illa cuius fit mentio in d.l.3. C. de donat. quæ sub mod. Illa enim fauet secundo donatario contra primum duntaxat qui donationem accepit ea lege vt post certũ tempus alii eam restitueret at non contra ipsum donatoré cuius solius volũtate nititur. At Iustiniani constitutio eidem secũdo donatario fauet etiam contra donataré ideoque mirũ nõ est si pl' potestatis habeat ad impediẽdã reuocationé quã prior illa priorũ Imperatorũ quorũ tẽporibus ita ius erat vt non posset secundo donatario prodesse quod in eũ liberalitaté exercere donator voluisset si neq; per stipulationé neq; per traditioné perfecta donatio fuisset quãuis vtili donationi in primũ donatariũ collatę vtiliter ea lex dicta esset quia donator tradẽdo tibi ré donatã ea lege vt post certũ tẽp' eam mihi restituas nõ sibi legé dicit sed tibi ob idque potest mutare volũtaté si nõ te salté me inuito l.3.l. quæsitũ 8.D. de seru. export. iunct. l. Lucius in fin. D. de fideicõ. libert. At nõ tu eo inuito, ideóque Imperatores actioné vtilem dãt secũdo donatario nõ cõtra donatoré quomodo dat Iustinianus sed contra primũ donatariũ, nec proinde id agũt vt impediãt ne possit donator reuocare donationem quam contulit in secundum donatarium quippe quæ cùm perfecta non sit reuocari facile potest pro arbitrio donatoris. Nec eo minus quod secũdus donatarius liberalitaté in se collatã agnouerit. Ea namque acceptatio & ratihabitio cùm neque stipulatio neque traditio sit non perficere potest donationem quæ vt imperfecta ita reuocabilis est. Nec ei constitutioni alia certè ratio causam dedit quàm fauor donationis qui tantus est vt donatoris liberalitatem adiuuari oporteat contra donatarium non faudari. Nam quod Didac. disputat ex contractibus qui re contrahũtur alteri per alterũ actioné acquiri, prorsus absurdũ & commẽtitium est, neque probatur ex d.l. ea quæ ciuiliter. De acquir. rerum dominio. vbi hoc tantùm dicitur differentiam illam esse inter ea quæ ciuiliter & quæ naturaliter acquiruntur, id est vt explicandum arbitror inter ea quæ in iure & ea quæ in facto consistunt quod quæ iuris sunt & ciuiliter acquiruntur, ea per illos tantùm qui in potestate nostra sunt acquirimus vt stipulationem: quæ verò facti sunt & naturaliter acquiruntur vt possessio ea per quamcumque etiam liberam nec iuri nostro subiectã personã acquirimus. Quid autem commune habẽt contractus qui re contrahuntur cum iis quæ naturaliter & ciuiliter acquiruntur? An fortè ideo minus acquiruntur iure ciuili ea quæ acquiruntur ex contractu mutui vel permutationis & aliis similibus qui re contrahuntur? Aut quid attinet tractare hic de contractu qui re perficiatur aut quod faciunt interpretes post Bartolum, de contractu innominato, si donatio contractus nullomodo est neque nominatus neque innominatus, vt à nobis loco suo probatum fuit? Nec quod donatio facta sub certo modo potest dici contractus innominatus ad rem facit, quia vt ibidem docuimus illo etiam casu quo donatio contractus innominatus est, specialis ratio impedit ne possit locus esse pœnitẽtiæ pro donatore quandiu in eo est donatarius vt modũ implere queat, ne quod donator liberaliter dedit malignè reuocet vt ait l. ad res donatas 57. D. de ædilit. edict. Debuerat scribere Didac. in cõtractib' qui re perficiuntur valere pactioné quãlibet in

tradendo appositam d.l.in traditionib.48.D.de pact.l.venditor 13.D.commun.præd.l.ei fundo 19.D.de seruit.Sed ea ratio probaret tantùm, ex eiusmodi pactione dandã actionem donatori qui pactus fuisset non etiam tertio illi absenti cuius gratia pactum adiectum esset,quod ad rem nostram nó pertineret. Non enim de actione donatori competente disputamus sed de illa,quam Imperatores absenti ex pacto donatoris dari voluerunt,quã proculdubio nemo vnquam ex prudentibus dedisset. Vnde est quod in l.cùm maritus 29.§.vlt.D.de pact.dotalib quo potissimũ loco abuti solent nostri vt probent ex pacto vnius acquiri actionem irreuocabiliter alteri,proponit Scæuola non modò pactum adhibitum fuisse ex parte mulieris in fauorem fratris cui consultum volebat cùm dotem marito daret,sed etiam adhibitã stipulationem ex parte fratris ne posset dubitari quin deberet ille actionem habere quã alioqui habere non potuisset,vt & in l.2.C.de iur.dot.Quanquã nec ob id in ea specie irreuocabile est ius fratris,quoniã nō nisi mortis causa stipulatio illa interposita proponebatur vt & in d.l.2.& in l.Seia 11.in fin. D.de dot.releg.in eoq;errarũt veteres glossatores & post eos Didacus existimãtes in specie d.l.cùm maritus §.vlt.quæsitũ irreuocabiliter fuisse ius fratri, quasi nō potuerit soror siue legando siue manumittẽdo seruos donatos nocere fratri. Cùm tamen Scæuola eo loco defectum voluntatis attendat magis quàm potestatis vt latiùs scripsi in Error.2.Decad.45. Nec proinde aut ex ea lege aut ex alia vlla probare possis, ex consentione donatoris siue pactum fuerit siue stipulatio, aliquam actionem irreuocabiliter acquiri ei in cuius gratiam facta est conuentio,vt neque rursum si notarius stipulatus proponatur.Imperatores tamen nulla etiam interueniente stipulatione secundo donatario prospicere voluerunt, vt iuxta donatoris voluntatem haberet vtilem actionem.Sed quam actionem vtrum condictionem an vindicationem habeat,difficilius est dicere, propter multas magnásque rationes nostrorúmque interpretum autoritates quæ hic inuicem confligunt. Nos hinc primùm incipiamus,cætera omnia de quibus tractare instituimus postea ordine peracturi.

ERROR OCTAVVS.

De vtili actione ei competente,cui donatarius rem donatam post certum tempus restituere ex donationis lege debuit.

QVÆSTIO est An vtilis illa actio quam Imperatores dant ei cui ex lege donationi dicta debuit res donata restitui à donatario post certum tempus,de qua in l.quoties 3.C.de donat. quæ sub modo.personalis sit an realis. Nam vt superiore cap.præfati sumus,volunt quidã esse realẽ, alii verò non nisi personalẽ. Quam posteriorẽ sententiam plurib.rationibus firmat Didacus Couarr.lib.1.variar.resol.ca. 14.nu.3.tanquam & veriorẽ & receptiorem.Prima est quod sine traditione dominium ex actu inter viuos non transferatur.l.traditionib.20.C.de pact. Secunda quod verba constitutionis conuenientiùs videantur aptari posse actioni personali, quàm reali cuius mentionem speciale verisimile est facturos Imperatores si de ea sensissent, vt factum est in specie l.1.eod. tit. Tertia,quòd ex resolutione contractus verbis obliquis concepta, quomodo in d.l.3 concipitur,numquam transeat dominium sine traditione, secundum glossã communiter receptam in l.1.D de donat. Quarta,ꝙ etiamsi in contractu donationis resolutio eius pacta foret verbis directis vt Didacus loquitur

quitur, non tamen transiret dominium absq; traditione cùm id speciale sit in pactis legis cōmissoriæ,& addictionis in diem. Ex Bart.in d.l.1. D. de donat.per l.pen.C.de ædilit.action. Vnum duntaxat casum excipit Didac.si ea lex donationi adiecta sit fauore ecclesiæ, cuius nimirum singulare priuilegium illud est vt in eam dominium transferatur absque traditione ex l.vlt. C.de sacrosf.ecclesf.in eamq; rem citat Alex.& Ias.ad l. qui romæ 122.§. Flauius nu.17. De verb.oblig.Socin.ibid.n.14. Verùm has omnes Didaci rationes eludere facilè potest,quisquis cōtrariam opinionem sequi malit. Nihil enim aliud probant nisi,quod facilè concessurus sit quilibet, directā actionem in rem quæ ex iuris ratione cōpetit soli domino, non posse competere secundo donatario,qui dominus nūquam factus est neque fieri potuit nulla interueniente traditione. At nos non de directa actione tractamus, sed de vtili:quam proinde non ex iuris ratione competere affirmamus, sed ex Imperat.constitutione. Contra verò qui defendunt eam constitutionem de vtili in rem actione accipi oportere,quod primus Speculator sensit tit. De emphyteusi qu.70.eúmque postea secutus Decius cons.249.nu. 8. & in d.l. traditionibus 20.n.14.C.de pact.etsi meo iudicio bene sentiunt falsa tamē ratione mouentur. Aiunt enim eandem actionē ab Imperatorib.in d.l.3 dari secundo donatario contra primum quæ datur ipsi donatori. Atqui donatori ipsi competit vtilis actio in rem donatam si donationis placita non seruentur d.l.1.eod. tit. Ergo,inquiunt,etiam donatario secundo eadem illa vtilis in rem actio cōpetit. Huius syllogismi vtraq; propositio falsa est,Cōsequenter quod infertur si bona illatio est,verū esse non potest. Illud primum falsum est,eandē actionē ab Imperatorib. dari secundo donatario quæ datur donatori. Alioquin dicendū esset,dandam esse secundo donatario cōdictionem & repetitionem rei donatę cùm ea donatori detur,vt scriptū est in prima parte dictæ l.quoties.quod tamē euidenter falsum & absurdum est. Condictio enim sicut nūquam datur contra dominū,neq; domino nisi contra furem,ita neq; illi qui dominus nūquam fuit, sed ei qui dominiū quod aliquando habuit amisit,& quod ex aliqua causa ei restitui æquū sit l.indebiti 15.D.de condict.indeb.l.interdū 29.& pass.eod.tit. Illud deinde falsum est,quod in hoc syllogismo assumitur donatori cōpetere vtilē actionem in rem ob non impletam à donatario legē donationis. Nam lex prima C. de donat.quæ sub mod.quæ in hāc sententiā adduci solet,casum habet specialē vt verba ipsa præseferunt fauore alimētorū donatori ipsi promissorū. Quis enim fauorabilior donatore præsertī inope,& qui alimētis indigeat? Quid rursum fauorabilius alimentis maximè promissis? Adeo vt hac ratione moti nōnulli ausi sint adfirmare idem iuris habiturū donatorē etiā cōtra ecclesiā donatariā si morā illa contrahat in præstandis alimētis quę promiserit suo donatori,quod in specie respondit Ludou.Roman.cons.284.quamuis in eo reprehensus à Didaco dict.cap. 14.nu. 6. nec immeritò Ex cap.verum extr. de condict.appos.ex quo loco probari vulgo solet donationē factam ecclesiæ sub modo nūquam reuocari ipso iure ob non impletum modū, sed tantùm agi contra ecclesiam posse vt modus impleatur, Ne alioqui eueniat vt damnum sentiat ecclesia ex prælati siue negligētia siue ingratitudine: Præsertim cùm illud etiam nostris placeat fauorē ecclesiæ facere vt modus donationi aliive contractui cuilibet cum ecclesia inito appositus causam impulsiuam inducat potius quàm finalem vt eodem supradicto loco Didacus

ratiocinatur. Quod etsi apud me non est sine dubitatione, vt pleraq; alia priuilegia quæ in fauorẽ piæ causæ interpretes nostri pro arbitrio comminisci solent contra Iustiniani prohibitionem in l. illud 19. in fin. C. de sacrosf. eccles. in proposito tamen id est circa interpretationem d. l. 1. C. de donat. quę sub mod. non dubito quin tota eius legis ratio, qua parte dat vtilem in rẽ actionem donatori, pendeat ex fauore alimentorum nec ad alios casus sit porrigenda. Nullane igitur ratio adferri poterit pro hac sententia quam & nos probamus quæ vtilem in rem actionem dat posteriori donatario contra priorem? Nulla prorsus si iuris rationem quæras. Non enim iuris rationem habere potest ea actio quæ inducta sit ex sola æquitate benignaq; iuris interpretatione vt lex ait, denique sola Imperatorũ autoritate. Vnde & vtilis appellatur: quæ proculdubio directa esset, dicique deberet si ex iuris ratione induceretur. Nec eo minus tamen probabilis videri debet hæc sentẽtia. Nam neque pro contraria possis vllam rationẽ reperire, quæ suadeat actionem personalẽ donatario secundo dandam esse contra primũ, ex pacto inter alios inito. Aut si qua arte poteris assequi vt eiusmodi personalis actio secundo donatario danda sit contra primũ ex ratione iuris, euinces statim vt nõ vtilis dici ea debeat sed directa: sicque fiet vt alia actio sit quàm ea de qua disputamus quę ab Imperatorib. nõ nisi vtilis appellatur. Quid ergo interesse potest, dicat aliquis, an realis actio sit an personalis, cùm iuris ratio neutri patrocinetur, Imperatorũ verò autoritas tam facilè personalem actionem inducere potuerit quàm realem aut contrà? Resp. quãuis actio vtilis siue personalis, siue realis illa sit, cum ratione iuris cõsentire nequeat, totaque pẽdeat ex voluntate & autoritate Imperatorũ, id tamen semper agere Imperatores quoties nouã actionem inducunt, vt à iuris ratione quàm minimùm fieri potest deflectant. Multo autẽ alienius fore, si vtilis actio in personam primi donatarij secundo donatario detur, quàm si in rem ipsam: quia personalis actio dari non potest nisi in eum qui aliquomodo sit obligatus, nec rursus quisquam obligatus esse nisi vel ex contractu vel quasi vel ex delicto vel quasi, aut proprio saltem quodam iure ex variis causarũ figuris, vt loquitur Caius in l. 1. in princ. D. de oblig. & act. Quorũ omniũ nihil est quod dici possit de primo donatario, cur aut quomodo videri debeat obligatus secundo cui nihil promisit & cum quo nõ contraxit. Nã quod promisit donatori siue stipulãti siue paciscẽti & ea lege donanti, post certũ tẽpus se rem illã donatam alteri restituturũ, obligat quidẽ ipsum sed donatori à quo rem accipit ea lege, non posteriori donatario à quo nihil accipit, maximè verò si ponas fuisse illũ conuentionis tẽpore absentem & ignorantẽ. Quanquã quod ille præsens & sciens fuisset adeóque liberalitatẽ in se collatam expressim agnouisset, rationẽ iuris in eo mutare non posset, cùm donatio ex arte donatarij nõ tantùm præsentiã & scientiã ipsius requirat sed etiam vt vel ei res tradita sit, vel ille ipse fuerit stipulatus, si ius vetus intueare. Non itẽ si nouam Iustiniani constitutionẽ in l. si quis argentũ 35. §. pen. C. de donat. quæ non magis scientiã & præsentiam donatarij exigit, quam traditionẽ & stipulationẽ, sed contenta est sola testificatione voluntatis & animi donatoris. At longè minus à ratione iuris abhorret vt actio in rem vtilis secũdo donatario accõmodetur, quoniam actionib. in rem omnib. siue directæ siue vtiles illæ sint, cõmune illud est vt in eum dẽtur qui nullomodo est obligatus §. 1. Instit. de action. Et quamuis non dentur nisi ratione domini

minij, ob idque directa in rem actio nō alij possit competere quàm qui dominus verè sit iure gentium vel ciuili.l.in rem 23.D.de rei vindic. vtiles tamen in rem actiones constat iis etiam accommodari qui verè domini non sint dummodo sint quasi domini.l.1.D.si ager vectigal.pet. §. namque.Instit. de action.Sed etsi diceremus vtiles in rem actiones non nisi veris dominis competere, quod vtique absurdum esset ac ferè implicaret cōtradictionem, non ideo tamen dicendum esset cum Didaco, donatarium secūdum neque dominum neque quasi dominum esse ob id solùm quod non fuerit ei res tradita. Quod enim supponit pro certo transferri non posse dominium nisi per traditionem tunc verè dicitur cùm dominium ab homine transfertur, non autem cùm à lege, siquidem cùm sex modi sint transferendi dominij, inter quos lex est & traditio vt scribit Vlp. in fragment. tit. 19. De acquisit. rer. non minus potest lex transferre dominium sine traditione, quàm traditio sine lege, vt euenit in hereditatibus & legatis.l.1. D.de publicia. in rem action. Porrò quicquid lex facere potest, id fieri etiam potest imperatoria constitutione, quippe quæ similem legi habet autoritatem.§.quos autem.Instit. de bonor.possess.§.1.D.de constit.Princip. Nihil igitur absurdi est donatarium secundum habere vtilem actionem in rem ex Imperatorum constitutione, quæ eadem hoc ipso fecerit eum quasi dominum rei donatæ nullo traditionis ministerio intercedēte. Eaque ratio est propter quam potuerunt imperatores in proposita specie faciliùs inducere vtilem actionem realem quàm personalem, quia multo difficilius nedum odiosius est vt ignorans quis obligetur per legem (quod vix vnquam fit, si excipias causam suorum & necessariorum heredum, quia obligatio omnis vinculum est quod ciuis Romani libertatem quodammodo imminuit) quàm vt ignoranti dominiū alicuius rei per legem acquiratur, Maximè si ponas, vt in casu nostro nasci actionem ex pacto apposito in traditione rei donatæ. Nam neque ex pacto solet nasci actio, neque pacta inter alios inita aliis prodesse possunt. l. iuris gentium.7.§.sed cùm nulla.l.si vnus.27.§.pacta quæ turpem.in fi.D.de pact. Itaque concurrerent hîc omnia illa specialia, vt ex pacto nasceretur actio, & ex pacto inter alios inito, & in fauórem ignorantis, essétque minùs odiosum vt ex vnius stipulatione alteri cui nominatim stipulatus quis esset actio quæreretur. vt in specie l. quodcunque.45. §. si quis ita. D. de verb. oblig. l. Caius.45. in fin.D.solut.matrim.l.pater.7.C.de pact. conuent. tam sup.dot. qui omnes loci specialem rationem habent propter adfectionem personarum, vt scriptum est in d.l.Caius.in fin. si tamen locus ille Triboniani potius non sit de quo alibi scripsimus. Est igitur probabilior ea interpretatio quæ dat secundo donatario vtilem actionem in rem contra primum donatarium, quàm quæ dat personalem: Neque nouum videri debet, vtilem actionem cùm simpliciter dicitur, eam intelligi quæ sit in rem non in personam. Nam & sic Vlpianus noster locutus & intelligēdus est in l.qui mortis.30.D.de mort.cau.donat. vbi ait eum qui mortis causa donauit ipsum ex pœnitentia condictionem habere vel vtilem actionem. Sicut enim vtraque illa actio datur ad rei donatæ repetitionem, repetitio autem fit duobus modis vel per vindicationem vel per condictionem.d.l. interdum. 29.de condict.indeb.non alio sensu potest Vlpianus adiecisse vtilem actionem, quàm pro actione in rem vt eam opponeret condictioni quæ semper actio personalis est quomodo explicauimus Decad. 44.Error.vlt. Et si quando casus

talis sit in quo actionē vtilē ex æquitate induci oporteat tam in rem quàm in personam priùs inducitur realis quàm personalis non alia ratione quàm quia facilius vt in l.si cùm venderet.13.D.de pignor.act. Denique tum etiam cùm nulla subest necessitas concedendæ actionis realis, puta competente iam actione aliqua personali, si tamē subsit æquitas aliqua quæ suadeat induci realem tanquam quæ plus vtilitatis habitura sit quàm personalis, facilè lex realem accommodat vt in d.l.1.C.de donat. quæ sub modo. Quanto magis igitur dicemus inductam realem constitutione Imperatorum in d.l. 3.eo casu quo personalis nulla competebat neque directa neque vtilis? Idq; apertius fiet si inuestigemus rationem æquitatis & benignitatis qua moueri Imperatores potuerunt vt eam actionem vtilem primùm indulgerent ei cuius fauore donationi dicta lex fuisset. Ratio enim melior afferri nō potest quàm quod donatoris voluntas illa fuerit vt res primo donatario tradita postmodum ab eodem alij traderetur, non ad alium finem quàm vt secundus ille donatarius fieret dominus per traditionem, Et quidem quam alius facere non posset, quàm ipse donatarius, Nimirum donatore non valente, eidem secundo donatario tradere rem quam priori donatario iā tradidisset. Proindeq; cùm & voluerit donator posteriori quoque donatario acquiri dominium per traditionem ob idque obligauerit sibi priorem donatarium de re tradenda posteriori: nec iam in eius potestate sit frangente fidem priore donatario transferre dominium in posteriorem neque per traditionem rei quam ipse ampliùs non possideat, neque sine traditione, quid potuit æquius constitui quàm vt idipsum quod prior donatarius facere solus posset ac deberet, neque tamen vellet, pro facto haberetur potestate constitutionis supplente factum hominis & illud repræsentante vt & in specie l.vlt. C.si mancip.ita fuer.alien. Atqui si traditio facta esset posteriori donatario per priorē dubitari non posset quin actionē in rē etiā directam contra quemcunque possessorem habiturus esset posterior donatarius tāquam effectus dominus per traditionem. Quidni ergo habebit saltem vtilem ex constitutione habente traditionem pro facta quæ re vera facta non est, Cùmque in hanc rem omnino necessaria sit autoritas legis aut constitutionis, annō & commodius est & constitutionis dignitati conuenientius vt sublato circuitu traditio habeatur pro facta, quàm vt per vtilem actionem personalem cogatur rem tradere, & ita per traditionem dominium transferre in secundum donatariū, cui postea vtilis actio in rem competitura sit aduersus quemcunque possessorem? Non solet lex vt neque natura quam imitatur illa quantum potest facere per plura quod æquè commodè facere potest per pauciora vulg. l. dominus.33.D.de condict. indeb.l.videamus.5.D.si cui plus quàm per leg. Falcid. Iam autē diximus non solū æquè facile sed etiam facilius esse vt recta via inducatur vtilis actio in rem quasi facta iam dominij translatione, quàm vt inducatur vtilis in personam donatarij prioris ad obligandum eum vt eandem rem sibi donatam & traditam alteri tradere compellatur, Nec obscura pro hac interpretatione videntur verba illa d. l.3. *iuxta donatoris voluntatem.* Nam si de vtili actione in personam sentirent Imperatores, non donatoris sed donatarij voluntate niti debuissent, cùm longè melior & æquior futura sit ratio illa donatarii prioris obligādi posteriori, quod ipse voluerit se obligatū de ea re posteriori donatario restituēda quàm quòd ea fuerit volūtas donatoris. Quid enim commune habet voluntas donatoris cum ratione

inducen-

inducendæ actionis in personam donatarii. An fortè bona esse potest ratio illa vt quis obligatus sit dare aliquid vel facere ob id quod alius ita voluerit? At erit optima si ad vtilem in rem actionem accommodetur, quia cùm actio illa detur ratione dominii, & donator qui dominus fuit dominiúque suũ transtulit in primum donatariũ eã habuerit voluntatẽ vt illud ipsũ dominium ad secundũ donatariũ perueniret æquissimũ est haberi rẽ illam pro tradita secundo donatario vt habeatur ipse pro domino in præiudiciũ primi propter voluntatẽ illã donatoris, qui primũ donatarium nõ nisi tãquam ministrum & interpositã personã videtur elegisse, nimirũ post tempus illud quo voluit finiri priorẽ donationẽ, cùm placeat donationẽ fieri posse & ad tẽpus & ex tempore l. vlt. C. de legat. l. 2. C. de donat. quæ sub mod. & per interpositã personã l. 4. l. absẽti 10. D. de donat. l. 2. §. Sed si quis donaturus. eod. In eo nãque nulla potest videri facta iniuria primo donatario qui donationem ea lege accepit, & cui non est permittendũ vt donatoris sui liberalitatẽ impune eludat. Alius verò quàm primus ille donatarius multo minùs conqueri potest cur pro facto habeatur quod factũ esset si primus donatarius fidẽ exsoluisset. Nam & si circuitus admittendus esset is rei gerendæ ordo foret, vt donator fidẽ fallente primo donatario nec rem alteri restituẽte dominiũ ei condiceret, rursũmque dominus effectus eandẽ rẽ secundo donatario traderet, atque ita ipsũ quoque dominũ faceret. Quid ergo vetat celeritate coniungendarum actionum vnã occultari, vt scriptũ est in l. 3. §. Sed si debitorẽ D. de donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. D. de reb. credit. & perinde haberi secundũ donatariũ acsi vel à primo donatario rẽ accepisset vel à donatore ipso post condictionẽ? Et hæc de actione illa vtili quam Imperatores dant posteriori donatario contra priorẽ dixisse sufficiat. Videndũ superest An non aliqua etiã directa actio sit, quæ eidẽ posteriori donatario accõmodari debeat. Hoc enim cõsequens videtur ei quod superiore capite dicebamus nõ tantùm constitutionẽ illã Imperatorũ de qua in d. l. 3. facere pro donatario, sed etiã nouã Iustiniani legẽ quæ extat in d. l. si quis argentũ §. penult. C. de donat. cuius solius potestate fieri diximus vt nõ sit hodie in donatoris potestate quod olim erat mutare volũtatẽ & liberalitatis pœnitere etiã ante tẽpus, intra quod res donata debuerat alii restitui ex cõuẽtione. Verùm respõdeo nullã ex ea lege posse directã actionẽ cõpetere secũdo donatario, neque cõtra primũ qui nihil donauit, neque cõtra donatorẽ ipsũ quia licet nõ minùs secundo quàm primo donatario voluerit donatũ, tamẽ nõ potest vrgeri, ad hoc vt tradat rẽ quã non habet, quãque iam alii tradidit. Cõdictitia verò actio illa quã Iustinianus dat contra donatorẽ non ad aliud cõpetit quàm vt donator rẽ donatã tradere cogatur. Nec est cõtrariũ quod alio capite diximus prohiberi ex ea lege donatorẽ ne donationẽ reuocare possit. Nam cùm in Iustiniani constitutione duo sint, quæ induxit, Vnũ vt valeat donatio etiãsi neque traditio neque stipulatio neque pactum interuenerit, Alterum vt contra donatorẽ cõpetat condictio ex ea lege, nihil impedit quominùs cessante posteriore capite supersit prius quod sufficit ne donationẽ reuocare possit donator, qui etiam tradere teneretur si tradendi facultatem haberet.

ERROR NONVS.

De differẽtia donationis inter viuos, & donationis causa mortis cùm alicui res ita donatur, vt post certum tempus alij restituatur.

NOn quæ actio datur ei, cui res donata restitui debuit per donatariũ ex lege adiecta donationi inter viuos, eadẽ dari potest ei cui debuit res donata restitui ex leg. dict. donationi causa mortis. Prior nõ alia est quàm actio in rẽ vtilis de qua præcedenti capite diximus. Posterior verò ea ipsa actio est quæ pro fideicommisso competeret ob idque fideicommissi actio appellatur in l. prima. Cod. de donation. caus. mort. & à nostris passim actio ex testamento. Diuersitatis ratio est, quia donatarius causa mortis fideicommisso grauari potest perinde ac legatarius aut fideicõmissarius quilibet, l. Seia II. in fi. D. de dot. releg. l. cùm pater 77. §. mater filiis. de legat. 2. at donatarius inter viuos nõ potest quippe cui nõ possit donator eripere liberalitatẽ quæ tamen per fideicõmissũ eriperetur. Cõsequẽter nõ quemadmodũ æquitas & necessitas coegit Imperatores in l. 3. C. de donat. quæ sub mod. vt inducerent vtilem in rẽ actionẽ fauore illius cui donatarius inter viuos rẽ donatã restituere debuisset, nec restituisset, Ita eãdẽ actionẽ vel æquũ vel necesse fuit dari cõtra donatariũ causa mortis cõtra quẽ sufficit vt agere possit tanquã ex fideicõmisso. Non dico ex testamẽto vt interpretes nostri loquũtur quia errorẽ illũ qui pro donatione causa mortis dat actionẽ ex testamẽto iã profligauimus in Error. vlt. Decad. 45. lõgẽque aliud est agere ex fideicommisso, aliud verò ex testamẽto, cùm fideicõmissa nõ tantùm in testamẽto relinqui possint, sed etiã ab intestato l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid. Sed & in eo fideicõmisso de quo nunc agimus, id est quod relictũ præstãdũque sit à donatario causa mortis hoc amplius est quod neque in testamẽto relinqui solet quia neque donatio causa mortis in testamẽto fieri potest vt eadẽ Decade probauimus. Illud sanè non nego posse hoc fideicõmissũ relinqui in testamento quia cùm donatio causa mortis etiã quæ per traditionẽ vel per stipulationẽ facta est nõ videatur perfecta priusquàm donatoris mors insequatur l. non videtur 32. D. de mort. caus. donat. certũ est donationẽ quamdiu perfecta non est posse condiciones recipere pro arbitrio donatoris l. perfecta 4. à contr. sens. C. de donat. quæ sub mod. nec proinde referre an in testamento an extra testamẽtũ adiecerit ille onus fideicõmissi, cùm etiam à debitore cui nihil prorsus neque in testamẽto neque extra testamentum fuit relictũ possit relinqui fideicõmissum siue in testamẽto siue extra testamentũ l. si pecunia 77. de legat. 1. l. cùm quis decedens 37. §. pater in fin. De legat. 3. l. Publia 26. D. deposit. Cuius fideicõmissi nomine sicuti nemo dubitat quin actio cõpetat fideicõmissario cõtra debitorẽ ipsũ qui fuit oneratus vt supradictis locis scriptũ est, Ita neque dubitandũ est aut quærendũ an dicenda sit actio ex testamẽto nec si fideicõmissũ tale in testamento relictum sit. Non solùm quod ab intestato quoque relinqui possit vt diximus, sed etiã quia inauditũ est vt actio ex testamento contra aliũ quàm cõtra heredẽ detur eúmue qui heredis loco sit puta bonorũ possessorẽ aut fideicõmissariũ vniuersalẽ. Vnde & illud miror quod à Baldo & cæteris ad d. l. 1. C. de donat. caus. mort. quæri tractarique video An fideicõmissum hoc peti possit si adita non sit hereditas ex testamento, aut etiã ab intestato. Quid. n. eget aditione fideicõmissũ, quod nõ ab herede sed ab alio præstãdũ est? An fortè aditione vlla opus esset ad cõfirmãdũ fideicõmissũ quod & ab intestato & à debitore relictũ proponeretur? Nisi fortè ad id respicere volunt interpretes, quod mortis causa donatio infirmatur si hereditas neque ex testamento

neque

neque ab Inteſtato adeatur. De quo ſcripſimus in Err. 7. Decad. 45. Quoties enim donatio cauſa mortis non valet, fideicõmiſſũ quoque donatario iniunctum non valere neceſſe eſt arg. l. fideicõmiſſũ 78. de legat. 1. Sed quod ad mortis cauſa donationes attinet monuimus ſuo loco diſtinguendũ eſſe an ita ſit facta donatio vt dominium ſtatim transferatur, an quod frequentius eſt ita vt dominii tranſlatio poſt mortem conferatur. Priore namq; caſu cùm donatio perficiatur viuo donatore, ita vt poſt ipſius mortem nihil agendum ſuperſit, propter quod legis autoritas, & aditionis poteſtas neceſſaria videri poſſit, non ob id ſolùm infirmari debet donatio, quod nemo ſit qui hereditatem adire velit aut ex teſtamento aut ab inteſtato, quia huiuſmodi mortis cauſa donatio propiùs accedit ad donationem inter viuos cùm inter viuos perficiatur, quàm ad vltimam voluntaté, cuius propria vis illa eſt vt non niſi patrefamilias mortuo perficiatur. Verùm in eo quoque errant interpretes, quod fideicõmiſſum iniunctum donatario cauſa mortis, habent pro donatione cauſa mortis, indéque ſumunt occaſionem quærendi & diſtinguendi an relictum ſit per ſtipulationé an per nudũ pactũ, an verò iure vltimæ volũtatis, neque pacto neque ſtipulatione interueniẽte. Sic enim idẽ Baldus diſtinguit ad d. l. 1. cõcluditque ſi ſtipulatio interuenerit agẽdum ex ſtipulatu. Si pactum nudum agi oportere condictione ex lege Iuſtiniani in leg. ſi quis argentum 35. §. penult. C. de donat. Si verò neq; pactũ neq; ſtipulatio interceſſerit agẽdum ex teſtamento. Quam diſtinctionem quia iam alibi refutauimus, ſufficiat hic retuliſſe & monuiſſe fideicommiſſum huiuſmodi quod iniunctum ſit donatario cauſa mortis, licet donatio ſit vt & aliud legatum vel fideicommiſſũ quodlibet, quod definitur donatio in l. legatũ 36. de legat. 2. nõ tamen poſſe dici donationem cauſa mortis, vt ex eo intelligimus, quod alioqui nõ valeret collata in abſentem. l. inter mortis. 38. D. de mort. cauſ. donat. eſſétq; neceſſaria vel traditio vel ſtipulatio quarum alterutram toties iam diximus neceſſariam eſſe ad mortis cauſa donationem faciendam: cùm tamen neutra eſſet neceſſaria in faciendo fideicommiſſo. Aliáque ratio eſt ſubſtitutionis vulgariter factæ in donatione cauſa mortis puta in eum caſum quo donatarius cauſa mortis capere non poſſet vt in ſpecie. l. vt heredibus. 50. de legat. 2. Eo namque caſu ſubſtitutus proculdubio fideicommiſſarius non eſt, ſed donatarius cauſa mortis, ideóque ponit illa lex interueniſſe ſtipulationem fauore ſubſtituti, qua nulla eſſet opus fideicommiſſario. Notáque ea eſt differentia inter caſum vulgarem & caſum fideicommiſſi, quod qui ſuccedit in caſum vulgarem, capit non ab eo cui fuit ſubſtitutus, ſed à patrefamilias qui ſubſtituit: qui verò in caſum fideicommiſſi, quamuis capiat ex iudicio illius, qui fideicommiſſum reliquit, capit tamen per manus illius cui ſubſtitutus eſt, ſi ſubſtitutus dicendus eſt qui ex fideicommiſſo admittitur, quod negat Papin. in l. tres tutores. 39. §. heres. D. de adminiſtr. tutor. Quod enim iam alteri quæſitum eſt ſiue donatarius ſiue legatarius ille ſit, nõ poteſt amplius quæri fideicommiſſario niſi per mediam eius perſonam qui priſtinus dominus fuit: qui porrò nullus eſt cùm caſus vulgaris contingit, quia dominiũ recta via tranſit ab eo qui ſubſtituit, in ſubſtitutum. Cæterùm quoties donatione in plures collata donator paciſcitur vt altero defuncto ad alterum portio defuncti pertineat, vt in d. l. 1. C. de donat. cauſ. mort. aut quod idem eſt ab vno ad alterum fideicommiſſi caſus expreſſus videtur non vulgaris

esse potest ad faciendum vt ex lege donationis absenti ius quæsitũ adeoq; irreuocabiliter fuisse videatur. Necesse igitur est vt citra vllam siue ratihabitionem siue acceptationẽ siue stipulationem & sola potestate legis ac cõstitutionis de qua in d.l.3.C.de don. quæ sub mod. actio illa absenti donatario irreuocabiliter acquiratur vel vt nũquam null que casu sit irreuocabilis. Nam post traditionem factam non iam actio est sed ipsa res acquisita & si verum est quod fatentur omnes non solùm ante traditionem illam sed & ante acceptationem acquiri actionem absenti & ignoranti iidem etiam fateantur necesse est tolli eam non posse sola voluntate donatoris cùm actiones semel competentes non nisi certis modis tollantur inter quos nunquam est sola hominis voluntas. Sed veriùs est condicionem tacitam inesse videri si in eadẽ voluntate donator perseuerauerit. l.1.C.si mancip.ita fuer. alie. Iure scilicet vetere inspecto. nam iure nouo aliud esse defendo post l. si quis 35.§.pen.C.de donation. In eoque dissentio non tantùm à Bartolo qui contra indistinctè scripsit saluam esse donatori pœnitentiæ facultatem sed etiam à ceteris qui vt pœnitentiam excludant requirunt acceptationem vel ratihabitionem vel stipulationem indistinctè non separãtes ius vetus à nouo. Moueor ex eo quod iam probaui in superioribus stipulationem quæ in hac specie adhibita sit siue à donatore siue à notario nullius esse momenti si iuris rationem intueare potiùs quàm erroneam illam consuetudinẽ quæ induxit vbique ferè terrarum vt etiam sine mandato alij cuilibet stipulari possint notarij eique actionem vtilem acquirere sine cessione. Quem igitur effectum habere potest. Acceptatio verò & ratihabitio licet sequi possit cur tamen necessaria videri debeat in eo cui lex prospicit vt etiam ignorans ex pacto donatoris vtilem & efficacem habeat actionem? Dico legem ei prospicere non iuris rationem, quia non ex iuris ratione sed ex Imperatorum constitutionibus primum fit vt hæc vtilis actio absenti detur vt scriptum est in d l.3. Deinde ex noua lege Iustiniani in d.l. si quis argentum.35. §.penult. vbi ille constituit vt donatio inter viuos hodie perficiatur non solùm per traditionem aut stipulationem sed etiam per quamcunque testificationem voluntatis vt donator cogatur tradere quidquid dixerit se donare, quamuis absenti. Actionem porrò illam quam habet secundus donatarius ab Imperatoribus non à donatore licet habeat ob voluntatem donatoris, cur permittatur donatori vt auferat ei siue ignoranti siue inuito? arg. l. si arrogator 22.§ 1.D.de adopt. Dices fortasse, Iustiniani constitutionem illam fauere tantum donatario non etiam ei cui donatarius post certum tempus eam rem donatam restituere debuit ex voluntate donatoris. Verùm respondeo hunc quoque donatarium esse, sed secundum vt probant verba d.l.3. *Si is in quem liberalitatis compendium conferebatur.* iunct.l. vltim. cum ibi not.C.de legat.l.vt heredibus 50. D. de legat.2. & consequenter ad eum quoque extendi fauorem Iustinianeæ constitutionis oportere. De quo non dubitassent fortassis interpretes si eius legis potestatem quam nos in præcedentibus explicauimus bene percepissent quæ illa est vt possit hodie donatio in absentem & ignorantem non minùs vtiliter conferri quàm in præsentem accipientem aut stipulantem. Qui interpretum nostrorum omnium error est quæstionem hanc sic tractantium quasi ex iure vetere semper illud supersit vt absenti donatio fieri non possit ex l.absenti. 10. D.de donat. vt ratiocinatur Didacus d. num. 13. vers. quantum verò, & paulò

paulò ante num.14. Nam si post eam Iustiniani constitutionem posset cogi donator si rem à se alii donatam haberet vt eam secundo donatario traderet quanto minùs ei permittendum est vt liberalitatẽ suam reuocet quam è contrario implere teneatur? Est autem ea Iustiniani constitutio longè fauorabilior & commodior secundo donatario, quàm prior illa cuius fit mentio in d.l.3. C.de donat.quæ sub.mod. Illa enim fauet secundo donatario contra primum duntaxat qui donationem accepit ea lege vt post certũ tempus alii eam restitueret at non contra ipsum donatorẽ cuius solius volũtate nititur. At Iustiniani constitutio eidem secũdo donatario fauet etiam contra donatarẽ ideoque mirũ nõ est si pl' potestatis habeat ad impediẽdã reuocationẽ quã prior illa priorũ Imperatorũ quorũ tẽporibus ita ius erat vt non posset secundo donatario prodesse quod in eũ liberalitatẽ exercere donator voluisset si neq; per stipulationẽ neq; per traditionẽ perfecta donatio fuisset quãuis vtili donationi in primũ donatariũ collatę vtiliter ea lex dicta esset quia donator tradẽdo tibi rẽ donatã ea lege vt post certũ tẽp' eam mihi restituas nõ sibi legẽ dicit sed tibi ob idque potest mutare volũtatẽ si nõ te saltẽ me inuito l.3.l.quæsitũ 8.D.de seru.export.iunct.l.Lucius in fin. D.de fideicõ.libert. At nõ tu eo inuito, ideóque Imperatores actionẽ vtilem dãt secũdo donatario nõ cõtra donatorẽ quomodo dat Iustinianus sed contra primũ donatariũ, nec proinde id agũt vt impediãt ne possit donator reuocare donationem quam contulit in secundum donatarium quippe quæ cùm perfecta non sit reuocari facile potest pro arbitrio donatoris. Nec eo minus quod secũdus donatarius liberalitatẽ in se collatã agnouerit. Ea namque acceptatio & ratihabitio cùm neque stipulatio neque traditio sit non perficere potest donationem quæ vt imperfecta ita reuocabilis est. Nec ei constitutioni alia certè ratio causam dedit quàm fauor donationis qui tantus est vt donatoris liberalitatem adiuuari oporteat contra donatarium non faudari. Nam quod Didac.disputat ex contractibus qui re contrahũtur alteri per alterũ actionẽ acquiri, prorsus absurdũ & commẽtitium est, neque probatur ex d.l.ea quæ ciuiliter. De acquir.rerum dominio. vbi hoc tantùm dicitur differentiam illam esse inter ea quæ ciuiliter & quæ naturaliter acquiruntur, id est vt explicandum arbitror inter ea quæ in iure & ea quæ in facto consistunt quod quæ iuris sunt & ciuiliter acquiruntur, ea per illos tantùm qui in potestate nostra sunt acquirimus vt stipulationem: quæ verò facti sunt & naturaliter acquiruntur vt possessio ea per quamcumque etiam liberam nec iuri nostro subiectã personã acquirimus. Quid autem commune habẽt contractus qui re contrahuntur cum iis quæ naturaliter & ciuiliter acquiruntur? An fortè ideo minus acquiruntur iure ciuili ea quæ acquiruntur ex contractu mutui vel permutationis & aliis similibus qui re contrahuntur? Aut quid attinet tractare hic de contractu qui re perficiatur aut quod faciunt interpretes post Bartolum, de contractu innominato, si donatio contractus nullomodo est neque nominatus neque innominatus, vt à nobis loco suo probatum fuit? Nec quod donatio facta sub certo modo potest dici contractus innominatus ad rem facit, quia vt ibidem docuimus illo etiam casu quo donatio contractus innominatus est specialis ratio impedit ne possit locus esse pœnitẽtiæ pro donatore quandiu in eo est donatarius vt modũ implere queat, ne quod donator liberaliter dedit malignè reuocet vt ait l.ad res donatas 57.D.de ædilit.edict. Debuerat scribere Didac.in cõtractib' qui re perficiuntur valere pactionẽ quãlibet in

tradendo appositam d.l.in traditionib.48.D.de pact.l.venditor 13.D.commun.præd.l.ei fundo 19.D.de seruit.Sed ea ratio probaret tantùm, ex eiusmodi pactione dandã actionem donatori qui pactus fuisset non etiam tertio illi absenti cuius gratia pactum adiectum esset,quod ad rem nostram nõ pertineret. Non enim de actione donatori competente disputamus sed de illa,quam Imperatores absenti ex pacto donatoris dari voluerunt,quã procul dubio nemo vnquam ex prudentibus dedisset. Vnde est quod in l.cùm maritus 29.§.vlt.D.de pact.dotalib quo potissimũ loco abuti solent nostri vt probent ex pacto vnius acquiri actionem irreuocabiliter alteri,proponit Scæuola non modò pactum adhibitum fuisse ex parte mulieris in fauorem fratris cui consultum volebat cùm dotem marito daret,sed etiam adhibitã stipulationem ex parte fratris ne posset dubitari quin deberet ille actionem habere quã alioqui habere non potuisset,vt & in l.2.C.de iur.dot.Quanquã nec ob id in ea specie irreuocabile est ius fratris,quoniã nõ nisi mortis causa stipulatio illa interposita proponebatur vt & in d.l.2.& in l.Seia 11.in fin. D.de dot.releg.in eo q; errarũt veteres glossatores & post eos Didacus existimãtes in specie d.l.cùm maritus §.vlt.quæsitũ irreuocabiliter fuisse ius fratri, quasi nõ potuerit soror siue legando siue manumittẽdo seruos donatos nocere fratri. Cùm tamen Scæuola eo loco defectum voluntatis attendat magis quàm potestatis vt latiùs scripsi in Error.2.Decad.45. Nec proinde aut ex ea lege aut ex alia vlla probare possis, ex conuentione donatoris siue pactum fuerit siue stipulatio, aliquam actionem irreuocabiliter acquiri ei in cuius gratiam facta est conuentio,vt neque rursum si notarius stipulatus proponatur.Imperatores tamen nulla etiam interueniente stipulatione secundo donatario prospicere voluerunt, vt iuxta donatoris voluntatem haberet vtilem actionem.Sed quam actionem vtrum condictionem an vindicationem habeat,difficilius est dicere, propter multas magnásque rationes nostrorúmque interpretum autoritates quæ hic inuicem confligunt. Nos hinc primùm incipiamus,cætera omnia de quibus tractare instituimus postea ordine peracturi.

ERROR OCTAVVS.

De vtili actione ei competente,cui donatarius rem donatam post certum tempus restituere ex donationis lege debuit.

QVÆSTIO est An vtilis illa actio quam Imperatores dant ei cui ex lege donationi dicta debuit res donata restitui à donatario post certum tempus,de qua in l.quoties 3.C.de donat. quæ sub modo,personalis sit an realis. Nam vt superiore cap.principio fati sumus,volunt quidã esse realẽ, alii verò non nisi personalẽ. Quam posteriorẽ sententiam plurib.rationibus firmat Didacus Couarr.lib.1.variar.resol.ca. 14.nu.3.tanquam & veriorẽ & receptiorem.Prima est quod sine traditione dominium ex actu inter viuos non transferatur.l.traditionib.20.C.de pact. Secunda quod verba constitutionis conuenientiùs videantur aptari posse actioni personali, quàm reali cuius mentionem specialẽ verisimile est facturos Imperatores si de ea sensissent, vt factum est in specie l.1.eod.tit.Tertia,quòd ex resolutione contractus verbis obliquis concepta, quomodo in d.l.3 concipitur,numquam transeat dominium sine traditione, secundum glossã communiter receptam in l.1.D.de donat. Quarta,quod etiamsi in contractu donationis resolutio eius pacta foret verbis directis vt Didacus lo-

quitur, non tamen transiret dominium absq; traditione cùm id speciale sit in pactis legis cõmissoriæ,& addictionis in diem. Ex Bart. in d.l.1. D. de donat. per l.pen. C. de ædilit. action. Vnum duntaxat casum excipit Didac. si ea lex donationi adiecta sit fauore ecclesiæ, cuius nimirum singulare priuilegium illud est vt in eam dominium transferatur absque traditione ex l.vlt. C. de sacrosſ. eccleſ. in eamq; rem citat Alex. & Iaſ. ad l. qui romæ 122.§. Flauius nu.17. De verb. oblig. Socin. ibid. n.14. Verùm has omnes Didaci rationes eludere facilè potest, quisquis cõtrariam opinionem sequi malit. Nihil enim aliud probant nisi, quod facilè concessurus sit quilibet, directã actionem in rem quæ ex iuris ratione cõpetit soli domino, non posse competere secundo donatario, qui dominus nũquam factus est neque fieri potuit nulla interueniente traditione. At nos non de directa actione tractamus, sed de vtili: quam proinde non ex iuris ratione competere affirmamus, sed ex Imperat. constitutione. Contra verò qui defendunt eam constitutionem de vtili in rem actione accipi oportere, quod primus Speculator sensit tit. De emphyteusi qu.70. eúmque postea secutus Decius conſ.249. nu. 8. & in d.l. traditionibus 20. n.14. C. de pact. etsi meo iudicio bene sentiunt falsa tamẽ ratione mouentur. Aiunt enim eandem actionẽ ab Imperatorib. in d.l.3 dari secundo donatario contra primum quæ datur ipsi donatori. Atqui donatori ipsi competit vtilis actio in rem donatam si donationis placita non seruentur d.l.1. eod. tit. Ergo, inquiunt, etiam donatario secundo eadem illa vtilis in rem actio cõpetit. Huius syllogismi vtraq; propositio falsa est, Cõsequenter quod infertur si bona illatio est, verũ esse non potest. Illud primum falsum est, eandẽ actionẽ ab Imperatorib. dari secundo donatario quæ datur donatori. Alioquin dicendũ esset, dandam esse secundo donatario cõdictionem & repetitionem rei donatę cùm ea donatori detur, vt scriptũ est in prima parte dictæ l. quoties. quod tamẽ euidenter falsum & absurdum est. Condictio enim sicut nũquam datur contra dominũ, neq; domino nisi contra furem, ita neq; illi qui dominus nũquam fuit, sed ei qui dominiũ quod aliquando habuit amisit, & quod ex aliqua causa ei restitui æquũ sit l. indebiti 15. D. de condict. indeb. l. interdũ 29. & pass. eod. tit. Illud deinde falsum est, quod in hoc syllogismo assumitur donatori cõpetere vtilẽ actionem in rem ob non impletam à donatario legẽ donationis. Nam lex prima C. de donat. quæ sub mod. quæ in hac sententiã adduci solet, casum habet specialẽ vt verba ipsa præseferunt fauore alimẽtorũ donatori ipsi promissorũ. Quis enim fauorabilior donatore præsertĩ inope, & qui alimẽtis indigeat? Quid rursum fauorabilius alimentis maximè promissis? Adeo vt hac ratione moti nõnulli ausi sint adfirmare idem iuris habiturũ donatorẽ etiã cõtra ecclesiã donatariã si morã illa contrahat in præstandis alimẽtis quę promiserit suo donatori, quod in specie respondit Ludou. Roman. conſ.284. quamuis in eo reprehensus à Didaco dict. cap. 14. nu. 6. nec immeritò Ex cap. verum extr. de condict. appoſ. ex quo loco probari vulgo solet donationẽ factam ecclesiæ sub modo nũquam reuocari ipso iure ob non impletum modũ, sed tantùm agi contra ecclesiam posse vt modus impleatur, Ne alioqui eueniat vt damnum sentiat ecclesia ex prælati siue negligẽtia siue ingratitudine: Præsertim cùm illud etiam nostris placeat fauorẽ ecclesiæ facere vt modus donationi aliive contractui cuilibet cum ecclesia inito appositus causam impulsiuam inducat potius quàm finalem vt eodem supradicto loco Didacus

ratiocinatur. Quod etsi apud me non est sine dubitatione, vt pleraq; alia priuilegia quæ in fauorē piæ causæ interpretes nostri pro arbitrio comminisci solent contra Iustiniani prohibitionem in l. illud 19. in fin. C. de sacrosf. eccles. in proposito tamen id est circa interpretationem d. l. 1. C. de donat. quę sub mod. non dubito quin tota eius legis ratio, qua parte dat vtilem in rē actionem donatori, pendeat ex fauore alimentorum nec ad alios casus sit porrigenda. Nullane igitur ratio adferri poterit pro hac sententia quam & nos probamus quæ vtilem in rem actionem dat posteriori donatario contra priorem? Nulla prorsus si iuris rationem quæras. Non enim iuris rationem habere potest ea actio quæ inducta sit ex sola æquitate benignaq; iuris interpretatione vt lex ait, denique sola Imperatorū autoritate, Vnde & vtilis appellatur: quæ proculdubio directa esset, dicique deberet si ex iuris ratione induceretur. Nec eo minus tamen probabilis videri debet hæc sententia. Nam neque pro contraria possis vllam rationē reperire, quæ suadeat actionem personalē donatario secundo dandam esse contra primū, ex pacto inter-alios inito. Aut si qua arte poteris assequi vt eiusmodi personalis actio secundo donatario danda sit contra primū ex ratione iuris, euinces statim vt nō vtilis dici ea debeat sed directa: sicque fiet vt alia actio sit quàm ea de qua disputamus quę ab Imperatorib. nō nisi vtilis appellatur. Quid ergo interesse potest, dicat aliquis, an realis actio sit an personalis, cùm iuris ratio neutri patrocinetur, Imperatorūverò autoritas tam facilè personalem actionem inducere potuerit quàm realem aut contrà? Resp. quāuis actio vtilis siue personalis, siue realis illa sit, cum ratione iuris cōsentire nequeat, totaque pēdeat ex voluntate & autoritate Imperatorū, id tamen semper agere Imperatores quoties nouā actionem inducunt, vt à iuris ratione quàm minimùm fieri potest deflectant. Multo autē alienius fore, si vtilis actio in personam primi donatarij secundo donatario detur, quàm si in rem ipsam: quia personalis actio dari non potest nisi in eum qui aliquomodo sit obligatus, nec rursus quisquam obligatus esse nisi vel ex contractu vel quasi vel ex delicto vel quasi, aut proprio saltem quodam iure ex variis causarū figuris, vt loquitur Caius in l. 1. in princ. D. de oblig. & act. Quorū omniū nihil est quod dici possit de primo donatario, cur aut quomodo videri debeat obligatus secundo cui nihil promisit & cum quo nō contraxit. Nā quod promisit donatori siue stipulāti siue paciscēti & ea lege donanti, post certū tēpus se rem illādonatam alteri restituturū, obligat quidē ipsum sed donatori à quo rem accipit ea lege, non posteriori donatario à quo nihil accipit, maximè verò si ponas fuisse illū conuentionis tēpore absentem & ignorantē. Quanquā quod ille præsens & sciens fuisset adeóque liberalitatē in se collatam expressim agnouisset, rationē iuris in eo mutare non posset, cùm donatio ex arte donatarij nō tantùm præsentiā & scientiā ipsius requirat sed etiam vt vel ei res tradita sit, vel ille ipse fuerit stipulatus, si ius vetus intueare. Non itē si nouam Iustiniani constitutionē in l. si quis argentū 35. §. pen. C. de donat. quæ non magis scientiā & præsentiam donatarij exigit, quam traditionē & stipulationē, sed contenta est sola testificatione voluntatis & animi donatoris. At longè minùs à ratione iuris abhorret vt actio in rem vtilis secūdo donatario accōmodetur, quoniam actionib. in rem omnib. siue directæ siue vtiles illæ sint, cōmune illud est vt in eum dētur qui nullomodo est obligatus §. 1. Instit. de action. Et quamuis non dentur nisi ratione dominij

minij, ob idque directa in rem actio nō alij possit competere quàm qui dominus verè sit iure gentium vel ciuili.l.in rem 23.D.de rei vindic. vtiles tamen in rem actiones constat iis etiam accommodari qui verè domini non sint dummodo sint quasi domini.l.1.D.si ager vectigal.pet. §. namque.Instit. de action.Sed etsi diceremus vtiles in rem actiones non nisi veris dominis competere,quod vtique absurdum esset ac ferè implicaret cōtradictionem, non ideo tamen dicendum esset cum Didaco, donatarium secūdum neque dominum neque quasi dominum esse ob id solùm quod non fuerit ei res tradita.Quod enim supponit pro certo transferri non posse dominium nisi per traditionem tunc verè dicitur cùm dominium ab homine transfertur, non autem cùm à lege, siquidem cùm sex modi sint transferendi dominij, inter quos lex est & traditio vt scribit Vlp. in fragment. tit. 19. De acquisit. rer. non minus potest lex transferre dominium sine traditione, quàm traditio sine lege,vt euenit in hereditatibus & legatis.l.1. D.de publicia.in rem action.Porro quicquid lex facere potest, id fieri etiam potest imperatoria constitutione,quippe quæ similem legi habet autoritatem.§.quos autem.Instit. de bonor.possess.§.1.D.de constit.Princip. Nihil igitur absurdi est donatarium secundum habere vtilem actionem in rem ex Imperatorum constitutione,quæ eadem hoc ipso fecerit eum quasi dominum rei donatæ nullo traditionis ministerio intercedēte. Eáque ratio est propter quam potuerunt imperatores in proposita specie faciliùs inducere vtilem actionem realem quàm personalem, quia multo difficilius nedum odiosius est vt ignorans quis obligetur per legem (quod vix vnquam fit, si excipias causam suorum & necessariorum heredum,quia obligatio omnis vinculum est quod ciuis Romani libertatem quodammodo imminuit)quàm vt ignoranti dominiū alicuius rei per legem acquiratur,Maximè si ponas, vt in casu nostro nasci actionem ex pacto apposito in traditione rei donatæ. Nam neque ex pacto solet nasci actio,neque pacta inter alios inita aliis prodesse possunt. l. iuris gentium.7.§.sed cùm nulla.l.si vnus.27.§.pacta quæ turpem.in fi.D.de pact. Itaque concurrerent hîc omnia illa specialia, vt ex pacto nasceretur actio, & ex pacto inter alios inito,& in fauorem ignorantis,essétque minùs odiosum vt ex vnius stipulatione alteri cui nominatim stipulatus quis esset actio quæreretur.vt in specie l. quodcunque.45. §. si quis ita. D. de verb. oblig.l. Caius.45. in fin.D.solut.matrim.l.pater.7.C.de pact.conuent. tam sup.dot. qui omnes loci specialem rationem habent propter adfectionem personarum,vt scriptum est in d.l.Caius.in fin. si tamen locus ille Triboniani potius non sit de quo alibi scripsimus. Est igitur probabilior ea interpretatio quæ dat secundo donatario vtilem actionem in rem contra primum donatarium,quàm quæ dat personalem : Neque nouum videri debet, vtilem actionem cùm simpliciter dicitur,eam intelligi quæ sit in rem non in personam.Nam & sic Vlpianus noster locutus & intelligēdus est in l.qui mortis.30.D.de mort.cau.donat.vbi ait eum qui mortis causa donauit ipsum ex pœnitentia condictionem habere vel vtilem actionem. Sicut enim vtraque illa actio datur ad rei donatæ repetitionem,repetitio autem fit duobus modis vel per vindicationem vel per condictionem.d.l. interdum.29.de condict.indeb.non alio sensu potest Vlpianus adiecisse vtilem actionem, quàm pro actione in rem vt eam opponeret condictioni quæ semper actio personalis est quomodo explicauimus Decad.44.Error.vlt. Et si quando casus

talis sit in quo actionē vtilē ex æquitate induci oporteat tam in rem quàm in personam priùs inducitur realis quàm personalis non alia ratione quàm quia facilius vt in l.si cùm venderet.13.D.de pignor.act. Denique tum etiam cùm nulla subest necessitas concedendæ actionis realis, puta competente iam actione aliqua personali, si tamē subsit æquitas aliqua quæ suadeat induci realem tanquam quæ plus vtilitatis habitura sit quàm personalis, facilè lex realem accommodat vt in d.l.1.C.de donat. quæ sub modo. Quanto magis igitur dicemus inductam realem constitutione Imperatorum in d.l. 3.eo casu quo personalis nulla competebat neque directa neque vtilis? Idq; apertius fiet si inuestigemus rationem æquitatis & benignitatis qua moueri Imperatores potuerunt vt eam actionem vtilem primùm indulgerent ei cuius fauore donationi dicta lex fuisset. Ratio enim melior afferri nō potest quàm quod donatoris voluntas illa fuerit vt res primo donatario tradita postmodum ab eodem alij traderetur, non ad alium finem quàm vt secundus ille donatarius fieret dominus per traditionem, Et quidem quam alius facere non posset, quàm ipse donatarius, Nimirum donatore non valente, eidem secundo donatario tradere rem quam priori donatario iā tradidisset. Proindeq; cùm & voluerit donator posteriori quoque donatario acquiri dominium per traditionem ob idque obligauerit sibi priorem donatarium de re tradenda posteriori: nec iam in eius potestate sit frangente fidem priore donatario transferre dominium in posteriorem neque per traditionem rei quam ipse ampliùs non possideat, neque sine traditione, quid potuit æquius constitui quàm vt idipsum quod prior donatarius facere solus posset ac deberet, neque tamen vellet, pro facto haberetur potestate constitutionis supplente factum hominis & illud repræsentante vt & in specie l.vlt. C.si mancip.ita fuer.alien. Atqui si traditio facta esset posteriori donatario per priorē dubitari non posset quin actionē in rē etiā directam contra quemcumque possessorem habiturus esset posterior donatarius tāquam effectus dominus per traditionem. Quidni ergo habebit saltem vtilem ex constitutione habente traditionem pro facta quæ re vera facta non est, Cúmque in hanc rem omnino necessaria sit autoritas legis aut constitutionis, annō & commodius est & constitutionis dignitati conuenientius vt sublato circuitu traditio habeatur pro facta, quàm vt per vtilem actionem personalem cogatur rem tradere, & ita per traditionem dominium transferre in secundum donatariū cui postea vtilis actio in rem competitura sit aduersus quemcunque possessorem? Non solet lex vt neque natura quam imitatur illa quantum potest facere per plura quod æquè commodè facere potest per pauciora vulg. l. dominus.33.D.de condict. indeb.l.videamus.5.D.si cui plus quàm per leg. Falcid. Iam autē diximus non solū æquè facile sed etiam facilius esse vt recta via inducatur vtilis actio in rem quasi facta iam dominij translatione, quàm vt inducatur vtilis in personam donatarij prioris ad obligandum eum vt eandem rem sibi donatam & traditam alteri tradere compellatur, Nec obscura pro hac interpretatione videntur verba illa d. l.3. *iuxta donatoris voluntatem*. Nam si de vtili actione in personam sentirent Imperatores, non donatoris sed donatarij voluntate niti debuissent, cùm longè melior & æquior futura sit ratio illa donatarii prioris obligādi posteriori, quod ipse voluerit se obligatū de ea re posteriori donatario restituēda quàm quòd ea fuerit volūtas donatoris. Quid enim commune habet voluntas donatoris cum ratione

induceu-

inducendæ actionis in personam donatarii. An fortè bona esse potest ratio illa vt quis obligatus sit dare aliquid vel facere ob id quod alius ita voluerit? At erit optima si ad vtilem in rem actionem accommodetur, quia cùm actio illa detur ratione dominii, & donator qui dominus fuit dominiũque suũ transtulit in primum donatariũ eã habuerit voluntatẽ vt illud ipsũ dominium ad secundũ donatariũ perueniret æquissimũ est haberi rẽ illam pro tradita secundo donatario vt habeatur ipse pro domino in præiudiciũ primi propter voluntatẽ illã donatoris, qui primũ donatarium nõ nisi tãquam ministrum & interpositã personã videtur elegisse, nimirũ post tempus illud quo voluit finiri priorẽ donationẽ, cùm placeat donationẽ fieri posse & ad tẽpus & ex tempore l. vlt. C. de legat. l. 2. C. de donat. quæ sub mod. & per interpositã personã l. 4. l. absẽti 10. D. de donat. l. 2. §. Sed si quis donaturus. eod. In eo nãque nulla potest videri facta iniuria primo donatario qui donationem ea lege accepit, & cui non est permittendũ vt donatoris sui liberalitatẽ impune eludat. Alius verò quàm primus ille donatarius multo minùs conqueri potest cur pro facto habeatur quod factũ esset si primus donatarius fidẽ exsoluisset. Nam & si circuitus admittendus esset is rei gerendæ ordo foret, vt donator fidẽ fallente primo donatario nec rem alteri restituẽte dominiũ ei condiceret, rursũmque dominus effectus eandẽ rẽ secundo donatario traderet, atque ita ipsũ quoque dominũ faceret. Quid ergo vetat celeritate coniungendarum actionum vnã occultari, vt scriptũ est in l. 3. §. Sed si debitorẽ D. de donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. D. de reb. credit. & perinde haberi secundũ donatariũ acsi vel à primo donatario rẽ accepisset vel à donatore ipso post condictionẽ? Et hæc de actione illa vtili quam Imperatores dant posteriori donatario contra priorẽ dixisse sufficiat. Vidẽdũ superest An non aliqua etiã directa actio sit, quæ eidẽ posteriori donatario accõmodari debeat. Hoc enim cõsequens videtur ei quod superiore capite dicebamus nõ tantùm constitutionẽ illã Imperatorũ de qua in d. l. 3. facere pro donatario, sed etiã nouã Iustiniani legẽ quæ extat in d. l. si quis argentũ §. penult. C. de donat. cuius solius potestate fieri diximus vt nõ sit hodie in donatoris potestate quod olim erat mutare volũtatẽ & liberalitatis pœnitere etiã ante tẽpus, intra quod res donata debuerat alii restitui ex cõuẽtione. Verùm respõdeo nullã ex ea lege posse directã actionẽ cõpetere secũdo donatario, neque cõtra primũ qui nihil donauit, neque cõtra donatorẽ ipsũ quia licet nõ minùs secundo quàm primo donatario voluerit donatũ, tamẽ nõ potest vrgeri, ad hoc vt tradat rẽ quã non habet, quãque iam alii tradidit. Cõdictitia verò actio illa quã Iustinianus dat contra donatorẽ non ad aliud cõpetit quàm vt donator rẽ donatã tradere cogatur. Nec est cõtrariũ quod alio capite diximus prohiberi ex ea lege donatorẽ ne donationẽ reuocare possit. Nam cùm in Iustiniani constitutione duo sint, quæ induxit, Vnũ vt valeat donatio etiãsi neque traditio neque stipulatio neque pactum interuenerit, Alterum vt contra donatorẽ cõpetat condictio ex ea lege, nihil impedit quominùs cessante posteriore capite supersit prius quod sufficit ne donationẽ reuocare possit donator, qui etiam tradere teneretur si tradendi facultatem haberet.

ERROR NONVS.

De differẽtia donationis inter viuos, & donationis causa mortis cùm alicui res ita donatur, vt post certum tempus alij restituatur.

neque ab inteſtato adeatur. De quo ſcripſimus in Err. 7. Decad. 45. Quoties enim donatio cauſa mortis non valet, fideicōmiſſū quoque donatario iniunctum non valere neceſſe eſt arg. l. fideicōmiſſū 78. de legat. 1. Sed quod ad mortis cauſa donationes attinet monuimus ſuo loco diſtinguendū eſſe an ita ſit facta donatio vt dominium ſtatim transferatur, an quod frequentius eſt ita vt dominii tranſlatio poſt mortem conferatur. Priore namq; caſu cùm donatio (perficiatur viuo donatore, ita vt poſt ipſius mortem nihil agendum ſuperſit), propter quod legis autoritas, & aditionis poteſtas neceſſaria videri poſſit, non ob id ſolùm infirmari debet donatio, quod nemo ſit qui hereditatem adire velit aut ex teſtamento aut ab inteſtato, quia huiuſmodi mortis cauſa donatio propiùs accedit ad donationem inter viuos cùm inter viuos perficiatur, quàm ad vltimam voluntatē, cuius propria vis illa eſt vt non niſi patrefamilias mortuo perficiatur. Verùm in eo quoque errant interpretes, quod fideicōmiſſum iniunctum donatario cauſa mortis, habent pro donatione cauſa mortis, indéque ſumunt occaſionem quærendi & diſtinguendi an relictum ſit per ſtipulationē an per nudū pactū, an verò iure vltimæ volūtatis, neque pacto neque ſtipulatione interueniēte. Sic enim idē Baldus diſtinguit ad d. l. 1. cōcluditque ſi ſtipulatio interuenerit agēdum ex ſtipulatu. Si pactum nudum agi oportere condictione ex lege Iuſtiniani in leg. ſi quis argentum 35. §. penult. C. de donat. Si verò neq; pactū neq; ſtipulatio interceſſerit agēdum ex teſtamento. Quam diſtinctionem quia iam alibi refutauimus, ſufficiat hic retuliſſe & monuiſſe fideicommiſſum huiuſmodi quod iniunctum ſit donatario cauſa mortis, licet donatio ſit vt & aliud legatum vel fideicommiſſū quodlibet, quod definitur donatio in l. legatū 36. de legat. 2. nō tamen poſſe dici donationem cauſa mortis, vt ex eo intelligimus, quod alioqui nō valeret collata in abſentem. l. inter mortis. 38. D. de mort. cauſ. donat. eſſētq; neceſſaria vel traditio vel ſtipulatio quarum alterutram toties iam diximus neceſſariam eſſe ad mortis cauſa donationem faciendam: cùm tamen neutra eſſet neceſſaria in faciendo fideicommiſſo. Aliáque ratio eſt ſubſtitutionis vulgariter factæ in donatione cauſa mortis puta in eum caſum quo donatarius cauſa mortis capere non poſſet vt in ſpecie. l. vt heredibus. 50. de legat. 1. Eo namque caſu ſubſtitutus proculdubio fideicōmiſſarius non eſt, ſed donatarius cauſa mortis, ideóque ponit illa lex interueniſſe ſtipulationem fauore ſubſtituti, qua nulla eſſet opus fideicommiſſario. Notáque ea eſt differentia inter caſum vulgarem & caſum fideicommiſſi, quod qui ſuccedit in caſum vulgarem, capit non ab eo cui fuit ſubſtitutus, ſed à patrefamilias qui ſubſtituit: qui verò in caſum fideicommiſſi, quamuis capiat ex iudicio illius, qui fideicommiſſum reliquit, capit tamen per manus illius cui ſubſtitutus eſt, ſi ſubſtitutus dicendus eſt qui ex fideicommiſſo admittitur, quod negat Papin. in l. tres tutores. 39. §. heres. D. de adminiſtr. tutor. Quod enim iam alteri quæſitum eſt ſiue donatarius ſiue legatarius ille ſit, nō poteſt amplius quæri fideicommiſſario niſi per mediam eius perſonam qui priſtinus dominus fuit: qui porrò nullus eſt cùm caſus vulgaris contingit, quia dominiū recta via tranſit ab eo qui ſubſtituit, in ſubſtitutum. Cæterùm quoties donatione in plures collata donator paciſcitur vt altero defuncto ad alterum portio defuncti pertineat, vt in d. l. 1. C. de donat. cauſ. mort. aut quod idem eſt ab vno ad alterum fideicommiſſi caſus expreſſus videtur non vulgaris

quoniam illi articuli *ab* & *ad* significant motum illum qui fit ab vno extremo ad aliud per translationem dominij, & ita supponunt eam partem quæ ad superstitem peruenire debeat fuisse aliquando acquisitam prædefuncto, à quo alioquin dominium peruenire ad superstité non posset, quod & Paul. Castr. notat ad l. omnia 32. aliàs l. cùm ita §. in fideicommisso de leg. 2. Nec inutilis obseruatio est in vtrum casum facta donatio sit an in vulgarem an in fideicommissarium cùm facta in vulgarem non aliter valeat quàm si vel stipulatio interuenerit vel traditio, facta verò in fideicõmissarium cõtenta sit voluntate sola donatoris d. l. vt heredib. iunct. d. l. 1. Et tamen negligitur hæc distinctio ab interpretib. nihil aliud inspicientibus, nisi an donatio facta sit per stipulationé, an per pactum an per nudã donatoris voluntatem, Et pro certo habentib. donationé causa mortis posse hodie fieri nulla traditione neque stipulatione interueniente, sed tantùm nudo pacto, adeoque citra pactum in testamento vel in codicillis quæ omnia falsa sunt. Quare nec mirum illud est, quod iidem interpretes in eo quoque errant, quod non distinguunt donationes causa mortis à donationib. inter viuos in illa specie cùm res donata est ea lege vt post certum tépus alij restituatur: Imo eo denique quod actioné illam ex testamento quam volút dari ei cui donatarius causa mortis restituere rem debet, non nisi vtilé esse aiunt post Baldũ, quæ tamen sanè directa est tanquam quæ competat ipso iure nõ ex benigna solùm iuris interpretatione, vt illa vtilis in rem actio quam Impp. accommodarunt ex pacto inserto donationi inter viuos. Certo namque certius est fideicommisso grauari posse donatarium causa mortis vt & alios omnes ad quos aliquid peruenit ex vltimo iudicio eius qui tam facilè voluntaté mutare potuerit si voluisset eo tempore quo fideicommissum reliquit, quàm fideicõmissum relinquere d. l. Seia 11. in fin. D. de dot. releg. & tit. De singul. reb. per fideic. relict. in princ. Donatarium verò causa mortis tanto faciliùs quàm legatarium aut fideicommissarium, quod non tantùm liberalitatem à donatore suo accipere intelligitur, sed etiam donatoris sui debitor esse constitutus, cùm inter donatoré & donatarium causa mortis aliquod negotium geri intelligatur qua parte donator se cogitat, & mauult se quàm donatariũ habere, vt loquitur Paulus in l. Senatus 35. § 1. D. de mort. caus. don. ita vt reuocante donationem ex pœnitentia donatore teneatur donatarius condictione l. qui mortis 30. eod. Itaque mirum non est posse ab eo fideicommissum relinqui tanquam à quocunque alio debitore ex Diui Pij constitutione quæ hoc induxit d. l. si pecunia 77. de leg. 1. d. l. cum quis 37. §. pater in fin. de legat. 3.

ERROR DECIMVS.

De fideicommisso conuentionali.

FIDEICOMMISSI conuentionalis frequens mentio fit apud iuris nostri interpretes præsertim recentiores, apud prudétes verò & Impp. nostros nusquam. Conuentionale fideicommissum nostri vocant, quod ex conuentione & contractu proficiscitur, Puta si in contractu aliquo siue donationis siue alio quolibet (nec enim erubescunt donationé tam inter viuos quàm quæ mortis causa fit, contractũ appellare) conuenerit vt res vni ex contrahentib. acquisita, subinde alij siue purè siue in diem aut sub condicione restituatur, eiusque rei exemplum petere solét ex l.

ex l. quoties 3. C. de donat. quæ sub mod. iunct. l. 1. C. de donat. cauſ. mortis. Nam quemadmodum pro vero habent poſſe contractum fieri etiam in teſtamento, in quo eos errare oſtendimus in præcedentibus, Ita & contrario errore putant, fideicommiſſum, miror quòd non dicant teſtamentum, fieri poſſe in contractu. Errandi verò occaſionem ſumunt ex coniunctione dict. l. 3. C. de donat. quæ ſub mod. cum d. l. 1. C. de donat. cauſa mort. Etſi enim vident quod vnicuique obuium eſt hanc loqui de donatione cauſa mortis, illam verò de donatione inter viuos, tamen cùm nullam agnoſcant differentiam inter has tam diuerſas donationis ſpecies, perinde habent quod in vtraque lege de vtraque ſpecie ſeparatim ſcriptum eſt, acſi eadem lege coniunctim de vnaquaque donationis ſpecie ſcriptum eſſet poſſe eam in contractu fieri hoc pacto vt res donata Titio reſtituatur Sempronio, eóque caſu actionem Sempronio contra Titium ex fideicommiſſo dandam eſſe. Quamquam neque in errorem hunc tam facilè inciderent, niſi placerent ſibi etiam in eo errare quod fideicommiſſum induci putant quoties agi vident de ea re quæ vni iam acquiſita fuerit alteri reſtituenda. Qui error omnium ſtolidiſſimus eſt. Non enim ſicut ex omni fideicommiſſo reſtitutio fit, ita vt fideicommiſſa reſtitutiones appellentur non quidem à prudentibus aliiſve partitè loquentibus ſed à Triboniano in l. generaliter ſexta. & in rubric. C. de inſtitut. ſubſtitut. & reſtitut. & in Nouell. 39. De reſtitut & ea quæ par. vndec. menſ. & Nouell. 108. De reſtitut. Sic viciſſim omnis reſtitutiò vel fideicommiſſum dici vel ex fideicommiſſo fieri dicenda eſt. Quot enim & quàm multi actus ſunt ex iis etiam qui inter viuos fiunt, ex quibus euenit fieri reſtitutionem? Exemplum eſto in condictionibus omnibus, quæ ſicut repetitiones ſunt ex parte actoris, ita quid aliud ſunt quàm reſtitutiones ex parte, eius qui conuenitur? l. videamus trigeſima octaua. §. primo. & ſequentibus. D. de vſur. Sed & ipſa dominij vindicatio quid aliud inducit quàm rei reſtitutionem ex parte poſſidentis l. & ex diuerſo trigeſima quinta. § primo. l. qui reſtituere. ſexageſima octaua. D. de rei vindicatione. Quid ergo abſurdius eſt quàm dicere ſi quis per ſtipulationem aut per legem contractui dictam promiſerit aliterve obligatus ſit rem aliquam reſtituere, protinus fideicommiſſum eſſe? Tantùm verò abeſt vt fideicommiſſum in contractu fieri poſſit quomodò volunt interpretes, vt tùm quoque cùm teſtamentum factum, & fideicommiſſum in teſtamento relictum eſt fideicommiſſum tamen eſſe deſinat ſi teſtator iubeat de eo conſcribi aliquam cautionem & contractum, Nempe quia nihil tam contrarium eſt fideicommiſſo, quàm ſi ei cuius fides electa eſſe dicitur, cautionis onus iniungatur. Quorſum enim cautio iniungitur, niſi vt appareat non eam eſſe teſtatoris voluntatem vt præſtationis neceſſitas pendeat ex ſola fide rogati? Eiuſque rei exemplum duplex, vtrumque inſigne ſed à paucis obſeruatum, Vnum apud Scæuolam in l. pater 38. §. penultimo. De legat. 3. Alterum apud Celſum in l. Balliſta 32. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum. Apud Scæuolam in d. §. penult. proponebatur mater filios heredes ſcripſiſſe & adieciſſe hæc verba. *Prædia quæ ad eos ex bonis meis peruentura ſunt nulla ex cauſa abalienent ſed conſeruent ſucceſſioni ſuæ deque ea re ſibi inuicem caueant.* Et cùm quæreretur, An ex his verbis ea prædia per fideicommiſſum relicta viderentur, Reſpondit Scæuola nihil de fideicommiſſo proponi. Quod ſanè

vltimæ voluntatis iure censeatur, aut potius nihil aliud sit nisi vltima voluntas. Substitutionem verò conuentionalem reuocare nō licet si modò ius aliquod quæsitum sit ei qui fuit substitutus, puta quod ille ipse fuerit sibi stipulatus aut quod ex lege aut constitutione aliqua citra stipulationem actio ei accommodetur siue directa siue vtilis, vt in *d.l.3.C.de donat.qua sub mod.* siue persona lis illa sit vt volunt interpretes siue in rem vt nos interpretati sumus. Itaque si donatio facta sit Titio inter viuos sed ea lege vt post ipsius mortē eadem res Sempronio restituatur, non fideicōmissum conuentionale erit sed substitutio conuentionalis vt in *d.l.3.* ob idque nec reuocari olim poterat si ex parte Sempronij stipulatio interuenisset nec hodie potest postquam Iustiniano placuit vt donatio etiā citra stipulationem aut pactum nudū quacūque voluntatis testificatione perficiatur, quemadmodū supra docuimus ex *l.si quis argentum 35. §.vlt. C. de donat.* Si verò donatum sit Titio causa mortis ea lege vt restituat Sempronio non substitutio conuentionalis est sed fideicommissū conuentionale vt in *d.l.1. C.de donat. caus. mort.* & consequenter reuocabile ad nutum & arbitriū donatoris. Nec quod in contractu ea substitutio facta sit impediet ne sit reuocabilis si modo ab eo facta sit qui fideicōmissum relinquere potuit & ei qui fideicommisso potuit onerari. Præcipuū verò illud est quod concurrere oportet vt non nisi mortuo eo qui onus adposuit substitutio illa locum habere possit. Est enim vera & infallibilis ea nota vltimæ voluntatis vt vires nullas habeat viuo illo cuius est, sed post ipsius mortem duntaxat: quod euenit in substitutione facta donatario causa mortis in eum casum quem vulgo fideicommissarium appellant, id est quo res vni restituenda, fuerit iam alteri quæsita. Id enim est quod ait *d. l. 1. C. de donat. caus. mort. Si donatio perficiebatur* cùm donatio causa mortis non nisi donatoris morte perficiatur *l. non videtur 32. D. eod.* At substitutio facta donatario inter viuos etiam in illum ipsum casum quem fideicommissarium vocant, id est de re post acquisitionem restituenda potest effectū habere viuo quoque donatore, siue post certū tempus siue post mortem suam donatarius rem restituere obligatus sit, cùm donatio inter viuos quam perfici necesse est antequā onus ei insertum habere locum possit, eo ipso instanti quo fit perficiatur. Non est igitur ea substitutio species vltimæ voluntatis nec proinde fideicommissum. Sunt qui probent aliquod esse fideicommissum conuentionale ex *l. Publia 26. D. deposit.* Sed malè. Nam in ea specie depositaria sicut nihil promiserat fideicommissario ita non erat ei obligata nisi hactenus vt post mortem Publię Mæuiæ quæ res suas deposuerat eas res fideicommissario restituere ex fideicommisso teneretur. Nimirum si in eadē volūtate Publia Mæuia moreretur, Inducto iam tunc ex constitutione diui Pij vt fideicommissum à quocunque debitore præsertim à fideicommissario relinqui posset *l. si pecunia 77. de leg.1.* Nos autem non negamus posse grauari quem etiam in contractu vt post mortem contrahentis alteri restituat dummodo tantum ei cum quo contrahit non etiam fideicommissario obligetur ex cōtractu vt in specie *l. cum quis decedens 37. §. pater de legat.3.* sed negamus fideicōmissum esse si restituendi necessitas ex obligatione per ipsum qui grauatus sit contracta proficiscatur, nec solùm illi ipsi cum quo contrahit sed etiam fideicommissario obstrictus reperiatur, siue directa siue vtili actione, quia tunc obligatio est inter viuos contracta, non fideicommissum, vt in specie *d. l. 3. C. de donat. qua sub mod.* Dicimus verò fideicommissum esse non conuentionem cum talis conuentio est ex qua nulla inter viuos obligatio actióue nasca-

AAAA. j.

tur in fauorem fideicommissarij licet in conuentione ac per modum conuentionis fideicommissi onus iniunctum proponatur vt in *d.l.Publia & d.l.* 1. *C.de donat.cau.mort.& dict.leg.cum quis* 37.§. *pater de legat*.3. An autem testator fideicommissi an verò restitutionis inter viuos faciendæ onus iniungere voluerit, ex eò vt plurimùm dignoscitur & æstimatur quod voluerit rem restitui aut post mortem suam aut post mortem eius quem ad restitutionem obligauit. Priore namque casu fideicommissum est non restitutio inter viuos, Posteriore verò, restitutio inter viuos est non fideicommissum, vt constat ex suprà adductis iuris locis, præsertim ex *d.l.*3.*C.de donat.quæ sub mod.* in qua neque necessitas neque æquitas vlla fuisset indulgendæ secundo donatario actionis in rem si ex iuris ratione potuisset ille habere actionem ex fideicommisso.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS XLVIII.

ERROR I.

De reuocatione pacti inter alios conuenti fauore absentis an inuito vel ignorante absente possit reuocari postquam dies venit.

TAMETSI opinio illa Bartoli ad *l. qui Romæ* 122. §. *Flauius D. de verb. obligat.* de qua iam multa scripsimus Decade præcedenti, Quòd donatori liceat reuocare pactum à se appositum in donatione de re donata vni, alteri post tempus restituenda, frequentiore nostrorũ interpretum calculo recepta esse videatur, si credimus Didaco Couarru. *lib. 1. var. resolut. cap.* 14. *nu.* 13. *versic. principaliter paullo ante num.* 14. In eo tamen omnes conueniunt vt procedat pẽdente die acquisitionis rei donatæ, non etiam si iam venerit dies in pacto apposita ad quã restitui debeat res donata. Tunc enim fatentur illi etiam qui Bartolum sequũtur, ex eo tempore rem donatam competere absenti, nec posse pactum per donatorem reuocari, quòd absurdum fuerit pœnitentiæ locum relinquere postquàm ius alteri quæsitum fuit. Sic enim Alex. Socin. & Ias. *num.* 17. *ad d. §. Flauius.* Decius *conf.* 48. Andr. ab Exea *in rubric. De pact. num.* 152. quos omnes supradicto loco Didacus refert. Mouentur omnes ex *l. 1. C. si mancip. ita fuer. alienat.* vbi rescriptũ est ex pacto præstandæ libertatis in donatione apposito competere libertatem post lapsum temporis si non antè donator voluntatem mutauit. Sed Didacus respondet nec malè aliam esse rationem libertatis de qua tractatur in ea lege, aliam cuiuslibet alterius rei ex pacto præstandæ propterea quod ex constitutione Diui Marci cuius ibidem fit mentio, & quam licet non nisi de venditis seruis locutam placuit porrigi etiam ad donatos, libertas competit ipso iure statim atque dies venit in qua præstari ex pacto debuit, potestate constitutionis repræsentante factum hominis vt ait *l. vlt. eod. tit.* vt proinde ex eo tempore non tam de pacti quàm de libertatis reuocatione quærendum sit. At libertatem semel competentem certum est reuocari numquam posse. Mirum igitur non est nullum pœnitentiæ locum superesse vbi res integra esse desijt, iámque effectum pactio habuit. Atqui non idem de cæteris rebus dici potest. Nulla enim constitutio est quæ tuam faciat rem quam Titio

donaueram ea lege vt post biennium eam tibi restitueret nec magis si biennium præterierit quàm si nondum præteriisse proponatur. Etsi námque constitutio illa extat Imperatorũ *in l.3.C.de donat.quæ sub modo.* quę tibi dat vtilem actionem inrem aduersus Titium si ad diem non tibi eam restituat, constitutio tamen non facit rem tuam, vt ex eo apparet quod non dat tibi directā vindicationem quā vtique haberes si verus esses dominus, sed vtilem duntaxat. Nec rursus dat tibi actionem illam vtilem contra me sed contra Titium iuxta voluntatem meam vt lex ait, id est non solùm quoniam aliquando volui, verùm etiam quia nunc volo, & consequenter ita demum si ego velim. Nam quandiu res nondũ tua est, nihil potest obstare, quominùs volũtatē ego mutare possim vnquam fiat tua néve tibi vnquam accommodetur vtilis illa in rem actio, cuius accommodandæ non alia fuit æquitas apud Imperatores quàm quòd pati non debuerint vt voluntas mea per Titiũm circumueniretur. Atq; ita supradicto loco contra nostros interpretes concludit Didacus In proposita specie ex solo diei lapsu non impediri reuocationem. Bene quidem vt arbitror, sed tamen non satis bona ratione. Mouetur enim ex eo potissimum, quòd per lapsum diei sola personalis actio ei acquiritur cui ex pacto restitui res debuit, Perstans nimirum in eo erore, quem nos refutauimus cap.8. Decadis superioris quo ille mordicus defendit post alios interpretes actionem vtilem quam dant Imperatores *in d.l.3.* personalem esse non realem. Itaque si persuasisset sibi Didacus, quod nos volumus, imò verò realem esse actionem illam non personalem, non dubitasset quin ex quo tempore cœpisset ipsa competere, auferri amplius per donatorem non potuisset, Quasi parum interesset an secundus donatarius cœpisset esse verus dominus, an pro domino haberi. Nam & cùm ita pactum initum est vt res donata restituatur ecclesiæ post certum tempus, non dubitat Didacus quin nullus post diem locus pœnitentiæ relinquatur, propterea quòd in ecclesiam ex priuilegio dominium etiam citra vllam traditionem transferatur ex *l. vlt. C. de sacros. Eccles.* vt ipse ratiocinatur d.cap.14.num.14. adferens etiam textum quem vocat optimum ex l. si partem 19. *in fin. D. quemadm. seruit. amitt.* Sed hoc posterius an verum sit mox videbimus. Nunc dicimus posse vtrumque verum esse vt & posteriori donatario detur vtilis in rem actio aduersus priorem ita volente donatore, & tamen in donatoris arbitrio sit liberalitatem suam quam in secundum illum donatarium contulit reuocare, eamque actionem vtilem, ne ex constitutione dari debeat impedire. Quemadmodum enim eodem fatente Didaco personalis actio quam ipse ab Imperatoribus dari putat tacitam condicionem illam habet Si donator in eadem voluntate perseuerauerit ex *d.l.1.C. si mancip. ita fuer. alien. l. 3. D. de seru. export.* Ita & actionem illam realem vtilem de qua ego constitutionem Imperatorum interpretor, eadem condicione suspendi contendo, nec aliter posteriori donatario cōtra priorem dandā esse quàm si eius, qui vtrique donauit, voluntas perseueret. In eóque obseruo perelegantem differentiam inter vtilem & directam in rem actionem. Directa enim cùm competat ex causa dominij iam acquisiti non magis ex alieno arbitrio pendere potest, quàm dominium ipsum quod iam acquisitum est. Vtilis verò quia non competit sed datur, neque ex ratione iuris sed ex æquitate, neque propter dominium iam acquisitum, sed propter acquirendum, & eo colore quasi in præiudicium prioris donatarij per quem stat quominùs posteriori acquiratur, habendum sit pro iam acquisito, facilè condicionem illam tacitam recipit Si

donator

donator volet, ſiquidem æquitas admittit omnes æquas condiciones, etiam quas ſtricta iuris ratio reſpueret, ex qua directæ actiones ſemper proficiſcuntur. Non enim conſtitutio Imperatorum habet hoc caſu dominium pro acquiſito in præiudiciũ donatoris ſed tantum in præiudicium donatarij cu ius perfidiam execratur, idque non tam fauore poſterioris donatarij cui nihil promiſsũ fuit, & in cuius perſona non eſt perfecta donatio, quàm fauore ipſius donatoris cui fidem frangit prior donatarius qui acceperat ea lege donationem. Quòd igitur conſtitutio dat vtilem actionem in rem poſteriori donatario contra priorem ad conſeruandam voluntatem donatoris poſtquam tempus venit quod pacto comprehenſum fuerat, facere nõ debet, vt eo magis prohibeatur donator etiam poſt illud tẽpus mutare voluntatem. Ceſſante quippe donatoris voluntate, nullo iure ſubnixa reperitur donatio cuius in poſteriorem donatarium conferendæ animus fuerat, propter quod ſubſiſtere debeat inuito etiam donatore, cùm neque ſtipulationem habeat, neque traditionẽ, ſolóque voluntatis donatoris vinculo ſuſtineatur. Sed hoc ita ſi nihil aliud niſi ſupradictam Imperatorum conſtitutionem inſpiciamus. At non ſimiliter ſi ius nouum, quod Iuſtinianus induxit in *l. ſi quis argentum 35. §. penultim. C. de donat.* vbi conſtituit vt donatio inter viuos non traditione tantùm aut ſtipulatione vt antea, ſed quacunque voluntatis teſtificatione perficiatur. Quanquam enim Iuſtiniani noua lex nouáque actio condictitia per eam legem inducta eò pertinet vt donator rem quã donauit cogendus ſit tradere, in propoſito autẽ fieri non poteſt vt donator poſteriori donatario rem tradat quã non habet, quãque iam tradidit priori, nihilominus tamen valet donatio vt eo ſaltem modo illã impleat donator quo poteſt, Poteſt autem hactenus ſaltem vt eã non reuocet, cùm aliud nihil poſterior donatarius ab eo petat, nec poſſit petere. Cur enim voluntatem mutare liceat ei qui rem ipſam ſi haberet etiã tradere cogeretur? Itaque in hac quæſtione diſtinguere debemus non actionem perſonalem à reali vt à Didaco factum eſt, ſed quod ante nos nemo fecit, ius vetus à iure Codicis, & ius Codicis à nouo & Iuſtinianeo. Ius enim vetus tale fuit vt poſterior donatarius nullam actionem haberet, neque perſonalẽ neque realem neque directam neque vtilẽ neque in priorem donatarium neque in donatorem ſed ſolus donator in priorem donatarium non parentem legi donationis vel condictionem ad repetendum quod donauerat & tradiderat, vel præſcriptis verbis ad conſequendũ quanti ſua intereſſet ſi donationis lex non impleretur, vt apparet ex *d. l. 3. C. de donat. quæ ſub. mod.* iunct. *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem. 9. l. cum res 22. C. de donat.* Poſtea ſuperuenit conſtitutio illa Diuorum Principum de qua in *d. l. 3.* quæ vtilem actionem dedit poſteriori donatario non contra donatorem ſed contra donatarium priorem eámque vt interpretati ſumus non perſonalem ſed realem. Acceſſit tandem ius nouiſſimum à Iuſtiniano conſtitutum quamuis non in Nouellis tantùm, ſed etiam in Codice id eſt in *d. l. ſi quis argentum §. pen. & Nouell. 162. ſacr. form. transmiſſ. cap.* 1. de tuendis donationibus omnibus quæ licitam donatoris voluntatem haberent, licet neque traditio neque ſtipulatio interueniſſet, ac proinde ijs etiam quæ in abſentes collatæ eſſent. Quæ conſtitutio cùm ſit generalis dubium non eſt quin eam quoque ſpeciem de qua nunc tractamus complectatur pertineátque ad illam etiam donationẽ quam in ſecundum donatariũ confert quiſquis priori donat ea lege vt quod donatur, alij reſtituatur. Siquidem hanc quoq. donationem eſſe apertè ſcriptum eſt in *d. l. 3. C. de donat. quæ ſub mod. & in l. heredibus 50. de*

lega. 2. quemadmodũ pluribus docuimus in error. 7. Decadis præcedẽtis. Proinde frustra erit si quis contra nos pro Bartolo velit obiicere quod scriptum est in *d.l.1.C.si mancip. ita fuer.alien.* & *in d.l.3. D.de seru.export.* iunct. *d.§.Flauius l. qui Romæ* 122. *De verb.oblig.* Sunt enim omnes loci illi ex eo iure deprompti, quod obtinuit ante Iustinianum: ac præterea pertinent ad aliam speciem, De pacto scilicet præstandæ libertatis, quæ species adeo distat à cæteris omnibus non in eo tantùm quod pertinet ad constitutionem Marci de qua principio diximus ex *d.l.1.C.si mancip. ita fuer.alien.* sed in hoc etiam de quo nunc agimus, vt supradictam Iustiniani constitutionem quantumuis generalem ad hanc speciem adaptari posse non putem: quia nimirum seruus cui libertatem à donatario præstari donator voluit, non est capax suscipiendæ donationis præsertim à domino suo, nec magis hodie quàm olim. Iustiniani autem constitutio non vsque adeo generalis est vt donationes quaslibet, ac in quoslibet collatas omnimodo valere velit, sed suppositis cæteris habilibus tollit duntataxat necessitatẽ quæ antea fuberat interponendæ stipulationis vel traditionis. Cæterum quo casu interposita quoque stipulatione vel traditione non valuisset olim donatio, non fecit Iustinianus vt valeat hodie citra stipulationem & traditionem. Atqui nulla olim poterat inter dominum & seruum consistere obligatio, nec si donandi animo dominus libertatem stipulanti seruo promisisset, quia neque stipulandi capax erat seruus nisi ex persona domini cùm stipulatio esset inuentum iuris ciuilis *l.1.l. item si 9.§.1. & ll.seqq. l.si ex re 28.§.vlt. & pass. D.de stipul.seruor.* Ergo etiamsi hodie quis tibi donaret seruum suum ea lege vt intra decennium eum manumitteres, dicendum esset futurum vt perinde ac olim posset quandocunque ante decennium mutare voluntatem, quã non posset mutare si donasset tibi seruum ea lege vt eundem seruum Sempronio post decennium restitueres, nõ quasi fauorabilior debeat esse causa Sempronij quàm libertatis, sed quia in persona Sempronij vtiliter potest consistere consistitque donatio, quæ non posset consistere in persona serui. Obseruandum autem est diligenter totam huius capitis disputationem ad eas tantum donationes pertinere quæ inter viuos fiunt, non etiam ad eas, quæ causa mortis. Nam cùm necesse sit perfectam esse donationem quæ in priorem donatarium collata est, priusquàm prior ille donatarius ex lege donationi dicta possit esse obligatus ad dandum quid, vel faciendum, donatio autem causa mortis etiam quæ traditionem habet vel stipulationem non ante perficiatur quàm mors insequatur donatoris *l. non videtur 32. D.de mort.cauf.donat.* consequens fit vt eo tempore non possit donator viuere, quo tempore donatarius incipit efficaciter posse conueniri ac proinde vt nullus quęstioni locus relinquatur An volũtatem mutare liceat donatori. Nisi fortè sic proponas factam donationem causa mortis vt sit irreuocabilis, etiam viuo adhuc donatore, quod contingit quoties ita donatur mortis causa vt omnimodo & statim dominium transferatur in donatarium, nec aliter possit res donata redire ad donatorem quàm si donatarius prior decesserit & ante donatorem, Aut vt donatore ex ea infirmitate mortuo res non reddatur, etiamsi voluntatem donator mutauerit. His enim casibus non solùm valet donatio causa mortis *l.si alienam.13.§.1.l.Senatus 35.§. mortis causa D.de mort.cauf.donat.* Sed etiã fit irreuocabilis & impletur eo instanti quo donator moritur, & consequẽter quo adhuc viuit. Verùm neque his casibus potest fieri locus quæstioni quia semper verũ est necessariũ esse vt moriatur donator

priùs

priùs quàm sciri possit an donatio sit omnimodo locum habitura ac proinde priusquam contra donatarium possit vlla efficax actio competere ad implendum modum. Mortuus verò donator amplius mutare voluntatẽ nõ potest, nec similiter heres ipsius *d.l.3. D. de seru. export.* Sed & alia ratio est quæ omnes mortis causa donationes ab hoc tractatu excludit. Nempe quod ad eas supradicta Iustiniani constitutio quantumcumque generalis non pertinet, cùm non minus requirãt traditionem vel stipulationem quàm olim, vt contra interpretum omnium errorem sæpius à nobis inculcatum est.

Error Secvndvs.

De pacto in ecclesiæ fauorem inserto donationi in alium collata.

SVccedit vt refellamus quod post Iasonẽ & Socinũ Didacus supradicto loco probat sicuti iã retulimus, Si donauerim tibi fundũ inter viuos ea lege vt eum post certũ tẽpus ecclesiæ restituas transire dominium in ecclesiam absque traditione saltem lapso tempore intra quod restitui ecclesiæ fundus debuit ob idque non posse me voluntatẽ mutare in præiudicium ecclesiæ cui ius fuit irreuocabiliter quęsitum. ex *l. vt inter* 23. quam vulgares interpretes vltimã ponunt *C. de sacrosanct. eccles.* Etsi enim non adeo iniqui in ecclesiæ causam esse volumus qua nihil esse fauorabilius arbitramur vt priuilegiũ quod ei vno interpretũ ore cõceditur diminuendũ putemus, hoc tamen dicimus nõ posse priuilegio locũ esse ad dominiũ sine traditione transferendum nisi eo casu quo is ex cuius contractu dominij translatio inducitur tradere rẽ posset si vellet vt ficta dominij trãslatio aut potius ficta traditio veræ respõdeat, quomodo de falsis confessionibus scriptum est in *l. confessionibus. 13. D. de interr. in iur. fac.* Atqui tractamus de donatore qui etiamsi vellet non posset tamen ecclesiæ tradere rem quam priori donatario iam tradidisset: Et rursum de dominio in ecclesiam trãsferẽdo nõ à donatore sed à primo donatario qui tamen nihil ipse donauit & cuius respectu donatio penitus nulla est. Fieri ergo non potest vt eam rẽ ecclesię tradidisse fingatur aut donator qui non possidet aut donatarius primus qui donator nõ est ne plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero. Itẽ dicimus priuilegium hoc nõ ad alias donationes ecclesiæ factas pertinere posse quam quę sint perfectæ scilicet per stipulationem qui alius modus est perficiendæ donationis traditione deficiente. Nec enim donationis nomen meretur donatio inutilis quę imperfecta & denique nullius momẽti esset. *l. 4. cõdemnatũ. D. de re iudic.* satisque magnum ecclesiæ priuilegium illud est vt ex donatione per stipulationem facta dominium in eam sine traditione transferatur, contra regulam iuris de qua in *l. traditionibus. 20. C. de pact.* Atqui donatio quæ fit per pactum appositum fauore absentis in donatione quam idem donator contulerit vtiliter, nulla est, inutilis & imperfecta ex ratione iuris veteris cùm neque traditionem habeat neque stipulationem. Ergo neque priuilegium habere vllum potest ad dominiũ in absentẽ sine traditione trãsferẽdũ. Priuilegia nãque omnia supponũt terminos habiles id est & personã aliquã esse siue verã siue fictã & donationẽ aliquã cui priuilegiũ cõcedatur. In eoque haut dubiè errarũt Iason

& Socinus ad *d.§ Flauius.l.qui Romæ.*122. *D.de verb.obli.* eosque secutus Didacus *d.cap.*14. *num.*14. qui mehercule suauis est cùm ait egregia commendatione dignum esse quod nos tam euidenter falsum esse ostendimus. An igitur dicemus reuocari posse donationem, quæ fuerat in ecclesiã collata? absit vt deteriorem faciamus condicionem ecclesiæ quàm ceterorũ donatariorum. Iam autem diximus Iustiniani constitutionem facere vt reuocari non possit ea donatio quæ in absentem collata est etiam nuda voluntate nec solùm eo casu quo sit in donatoris potestate rem donatam tradere secundo donatario, sed tum quoque cùm ideo solùm impeditur donator ne possit tradere posteriori donatario quod iam priori tradiderit si aliud nihil infirmet factam posteriori donationem. Idem igitur multo magis concurrente ecclesiæ fauore admittendum est in donatione quam quis in ecclesiam contulerit vt eam reuocare donator non possit neque antè neque posteaquam tempus pręterierit intra quod satisfacere debuit prior donatarius. At hoc ex iure communi non ex priuilegio, cuius neque necessitas neq; vtilitas aliqua esse potest in eo casu in quo ecclesia pro se habet ius cõmune. Planè quod hodie dicimus valere hanc donationem iure communi & sine vllo priuilegio, inducit priuilegium illud quod ecclesię datum est de dominio in eã sine traditione transferendo, cùm aliud nihil antea obstaret ne priuilegio locus esse posset quàm quòd donatio non valeret. Itaq; in hanc speciem vtrumque concurrit & ius commune & priuilegium, sed diuersis respectibus. Ius commune vt donatio valeat, Priuilegium verò vt dominiũ acquiratur ecclesiæ citra vllam traditionem. Taceo quod ijdem interpretes qui volunt esse hoc vnum ex priuilegijs ecclesiæ vt in eam dominium absque traditione transferatur nec minus ex causa donationis quàm alterius contractus cuiuslibet, ex *d.l.vt inter.* quæ sanè de donationibus quoque loquitur, ijdem tamen defendunt frequentiore calculo non valere donationem collatam in ecclesiam tãquam absentem si nemo sit qui eam ecclesiæ nomine agnoscat, ex *gloss. in l.illud.*19 *in verb.alia causa eod.tit.* quam vulgo probatam esse testatur Iulius Clar.in *§.donatio.quæst.*12.*in fin.* post Ruin.*cons.*13.10. *& cons.*37.*num.*14.*lib.*4. Adeo putant necessariam esse præsentiam donatarij quod olim quidem verum fuit sed hodie sanè & in ecclesia & in alio quolibet donatore falsissimum est. Quod verò Didacus pro errore suo tuendo adducit *l.si partem* 19.*§.*1.*D.quemad.seruit.amit.* certè nimis insubtile est. Ibi enim tractat Pomponius non de donatione aliáve contractus specie sub certo pacto facta, sed de seruitute viæ legata ei qui subinde fundum alii vendiderit ignorans ignoranti viam legatam esse, Et ait, viam sicuti acquisita fuerat legatario ignoranti, ita & eo ignorante transire simul cum fundo vendito in emptorem, cùm sequatur necessariò fundum quia est ius fundi, aut potiùs nihil aliud quàm fundus ipse qualiter se habet *l.quid aliud.*86.*de ver.signif.* Acquiritur itaque legatario eidémque venditori etiam ignoranti eo prorsus iure quo cætera legata omnia per vindicationem relicta quæ sola legis potestate non solùm citra vllam traditionem, sed etiam ignorantibus acquiruntur *l.filiusfamilias* 16.*D.qui testam.facer.poss.l.cùm pater* 77.*§.surdo De legat* 2. tanto magis quod nec tradi via potest, cùm sit ex eorum numero quæ quoniã in iure consistunt, nullam recipiũt traditionẽ. *l.*1.*§.vlt. D.de rer.diuis.* Emptori autẽ acquiritur non iure legati aut ex alia testatoris volũtate, sed quia ius fundi est quod sequitur fundũ quocunque ierit nec separari potest à fundo. Hoc verò nihil cõmune aut simile habet cũ ea specie de qua disputamus, in qua ponimus rẽ, quæ fuit donata certo pacto, neque principaliter ne-

que

que acceſſoriè tranſlatã fuiſſe in ſecundum donatariũ,nec rurſus ignoranti ei acquiri potuiſſe,nec denique ſine traditione,etiãſi ſciuiſſet, pręſertim concurrẽte etiã eo vt quãuis res donata ſui natura,talis eſſet quæ tradi poſſet,traditio tamẽ hîc nulla non ſolùm non interueniſſet, ſed neque interuenire potuiſſet, eadem ſcilicet re iã priori donatario tradita per eundẽ donatorẽ. Sanè quod ad eccleſiam aliámve piã cauſam pertinet valde ſingulare ſi modò verũ illud eſt quod ſubiungit Didacus dict.cap.14.num.14.priuatũ quemlibet poſſe & eccleſiæ & alteri cuilibet piæ cauſæ ſtipulari,& acquirere,Ex gloſ.communiter probata in cap.*quoties cordis* 1.*quæſt*.7.Nã quod priuatus quilibet facere poteſt cur nõ multò magis facere poterit donator ipſe cùm legem rei ſuæ dicit? *l.in traditionibus* 48.D.*de pact.* Atqui quod ad donatorẽ pertinet nihil intereſt an ſtipuletur an paciſcatur dũmodo in ipſa traditione, quia æquè valet pactũ illud ad agendum atque valeret ſtipulatio.Ergo ex pacto in fauorẽ eccleſiæ appoſito à donatore perinde acquiretur eccleſiæ ius irreuocabile acſi donator eccleſiæ ſtipulatus eſſet *l.iuris gentium* 7.*§.quinimo*.D.*de pact.l.lecta*.40.D.*de reb.credit.* Verùm ne hoc dici poſſit illud obſtat quod donator qui donationi ſuæ eam legẽ dicit, vt res donata reſtituatur eccleſiæ ſiue de ea re paciſcatur,ſiue ſtipuletur, non tam eccleſiæ quàm ſuo nomine id facere intelligitur, vel ideò maximè, quòd in iis etiam quæ quis & alieno& ſuo nomine facere poteſt,ſic obſeruatur vt ea ſi ſimpliciter facta ſint proprio facientis nomine potiùs quàm alieno facta eſſe videantur *l.4.D.de ſolut.*quoniam diligẽs paterfamilias quilibet ita faceret *l. cùm ex pluribus* 97.*eod.* Itaque aliud eſt ſtipulari quem vel paciſci nomine eccleſiæ, aliud verò in vtilitatem eccleſiæ.Hoc enim poſterius fieri poteſt etiam ab eo qui ſuo nomine paciſcatur vel ſtipuletur.

ERROR TERTIVS.

Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore abſentis poſtmodum ab eo ſit acceptatum, Aut ſi contractus ille iuratus ſit.

DVo iſti caſus ſunt in quibus omnes interpretes volunt ex pacto inter alios inito fauore abſentis acquiri ius irreuocabile abſenti,vt teſtatur probátq; Didacus *dict.cap.*14.*lib.*1.*variar. reſolut.* Primus eſt ſi abſens ille ſciens pactum in ſui gratiam factum agnoſcat illud, & vt loquuntur acceptet quamuis abſente tunc & ignorante donatore. Alter eſt Si contractus in quo pactũ adhibitum eſt iuratus proponatur. quomodo iurãtur hodie paſſim omnes. Ego in vtroque caſu falſam puto interpretum opinionem. Nam quod ad priorem attinet quæ ratio impedit ne valeat donatio in abſentem collata ſi iuris veteris rationem intueare (quam ſolam interpretes hîc intuentur non quòd eã tantopere amẽt ſed quia nouæ legis Iuſtinianeæ vim & ſenſum non perceperunt) quòd nimirum perfici non poſſit niſi per traditionem vel ſtipulationem quarum neutra poteſt fieri inter abſentes prӕterquàm ſi traditio fiat per interpoſitam perſonam *l.4.l.abſenti* 10.*D.de donat.* eadem proculdubio impedit ne in abſentem donatarium collata donatio abſente donatore poſſit acceptari & agnoſci. Vno ſcilicet eodemque inſtãti & donationẽ & contractum quemlibet perfici neceſſe eſt,& vtriuſque contrahentium voluntatem in idem illud inſtãs concurrere,maximè verò cùm agitur de dominio trãſferendo *l.in omnibus re-*

bus 55.D.de obligat & action. Tam auté verum est non cócurrere vtriusque volútatem cùm donatarius agnoscit donationé absente donatore, quam cùm donatoriam confert in absentem donatariū,nec magis potest ea acceptatio traditionis aut stipulationis vim habere cùm abest donator, quā donatio ipsa cùm absens est donatarius. Proinde si acceptatio ista facta donatore absente sufficeret ad perficiendam donationem & ad ius aliquod irreuocabiliter donatario acquirendum,idem absurdum semper eueniret vt donatio valeret quæ nec traditionis nec stipulationis vinculo colligaretur. Esset autem hoc tāto absurdius quod cùm hodie iure nouo valeat donatio etiam in absentem collata ex supradicta Iustiniani constitutione in *l.si quis argentum 35.§.penult.C.de donat.* nulla tamen lex est aut vetus aut noua quæ donationem in absentem donatariū collatam ob idque ab initio inutilé ex post facto confirmet ob id solū quod postmodum fuerit agnita per donatarium absente & ignorante donatore. Neque tamé hoc sic accipi volumus quasi putemus donationé hanc sic acceptatā nullius esse mométi. Iam enim diximus nec dubitare nos quin valeat iure nouo ex dicta Iustiniani lege. Sed negamus valere aut aliqua in re vtilem esse acceptationem. Tātum abest vt necessariam esse putemus. Nam si nobiscum sentias valere adeóque irreuocabiliter donationem ex quo tempore facta est etiamsi collata sit in absentem & priusquam acceptata sit quid potest addere acceptatio? Si verò cum interpretibus contra nos defendas ne quidé hodie valere huiusmodi donationem ante acceptationé, probare te oportebit valere postquā fuerit acceptata,quod ego negaui semper & negabo. Quod autem ad aliū casum pertinet de contractu iurato in quo adpositum sit pactu de re donata alteri restituenda,vidétur mihi interpretes nostri moueri pessima ratione,illa videlicet quam refert Didacus *d.cap.14.nu.10.* quòd iurisiurandi vis ea sit vt contractus sui natura reuocabiles faciat irreuocabiles. Ex glos.communiter adprobata in *l.si pecuniam 5.in verb.necesse.D.de condict.caus.dat.* Nam duo supponit hæc ratio quorum vtrumque falsum est. Donationem esse contractum, Et esse sui natura reuocabilem. Fateor pactum illud in donatione appositū fauore absentis non aliam causam habere quàm donationis. Sed nego esse donationem inspecto eo iure quod ante Iustinianum obtinuit,cùm neque traditio sit neq; stipulatio. Nego si eam velis donationem dicere qualis hodie proculdubio est posse dici reuocabilem,cùm donatio quælibet inter viuos hoc ipso quod & vtilis & inter viuos est sit irreuocabilis *l.vbi ita donatur 27.D.de mor.caus.donat.* Ad quid ergo prodesse iusiurandum potest? Rursus cùm donator iurat se à cóuentis pactis non recessurum an forte cogitat de se obligando quantum ad posteriorem donatarium cum quo non contrahit,ac non potius de confirmando iure prioris donatarij cui soli iurat? Illa potiùs ratio faceret contra donatorem,quòd plerumque autoritas iurisiurandi confirmet eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent,vt solent tractare nostri ad *Auth.sacramenta puberum C.si aduers.vendit.* Sed neque hæc ratio me moueret,quia si ius ciuile inspicio,falsa est,quod non patitur vt iusiurandum contra leges præstitum vllius sit momenti *l.non dubium 5.in fin.C.de legib.l.iuris gentium 7.§.& generaliter.ff.de pact.l.si quis inquilinos 112.in fin.de legat.1.* Si verò ius pontificium, quod nihil aliud intuetur nisi an seruari iusiurandū possit citra dispendiū salutis ęternę potest quidé vera esse plerisque casibus propositio,sed nō ad rē nostrā accómodata,quia illud etiā verū est quod Canonistæ passim clamāt,Iurisiurandi vinculū esse personale nō solùm ex parte iurantis,sed etiā ex parte eius cui iuratur vt

non

nō alii prodesse debeat quàm illi ipsi cui iuratū est, eiúsve successori vniuersali. Atqui in proposito casu secundus donatarius quē ponimus donationis tēpore absentē fuisse, neque ille est cui donator iurauit, neq; illius heres, sed talis in quē nō nisi inutiliter collata donatio fuit potius quàm reuocabiliter, tametsi pactū ipsum etiā sine iureiurando valeat ad obligandū donatariū donatori. Nullum ergo hac parte cōmodū potest esse iurisiurādi, neq; quod ad personā donatoris cui pactū sufficit etiā nō iuratum, neque quod ad personā secundi donatarij cui donator neq; promittit neque iurat quicquā. Hodie verò postquàm Iustiniano placuit vt valeat quæcūq; donatio etiam in absentē collata, si aliud nō obstet quàm ratio illa quæ olim obstabat quod neq; traditio neq; stipulatio interuenisset, *d.l.si quis argentum* 35 *§.penult.C.de donat.* multo minus dici potest iurisiurādi vim & potestatē vllā esse debere ad confirmandū irreuocabiliter pactū quod per se sit nō modò validū sed etiā irreuocabile ex rationibus per nos suprà disputatis. Ex quibus apparet nihil interpretes nostros in tota quæstione ista vidisse omniáque erroribus inuoluisse. Hoc vnū admitti potest & verū est quod illi volūt etiā eo casu quo admittūt Bartoli sententiā vt donator voluntatem mutare possit, permittendū tamen esse priori donatario vt legē sibi dictā impleat etiam inuito donatore. Ex *l.quæsitum* 8.*ff.de seru.export.* nempe cùm nihil interfit donatoris, ad quem non eò magis erat reditura res donata, quamuis ad posteriorē donatariū non peruenisset, vt ratiocinatur Didac.*d.cap* 14.*nu*.9. *ex l.Aristo*.18.*§*.1.*ff.de donat.* Idque etiā superiori nostræ sententiæ consequens est. Nam si verū est vt est quod volumus valere hodie donationē in tertium absentem collatam nec posse aut à donatore ipso reuocari, aut à priore donatario negligi, multò magis dicendū est posse illā inuito quoque donatore impleri à primo donatario ex lege donationi dicta. Sed illud ferre nullo modo possum quod ijdē volūt posse donatorem pœnitere ante acceptationē saltem ex consensu donatarij (aliud enim esse putāt si velit pœnitere donatario nō requisito) etiāsi donator absētis nomine stipulatus fuisset quod respōdit Alex.& ad eum Molin.*cons*.204.*lib*.7.*Tiraq. de primogen.quæst*.8.Craue.*cons*.19.*nu*.11.& Chass. *cons*.53.*nu*.58. Meritóque in eo reprehēdūtur à Didaco *d.n*.13.*ver.tertio apparet* vbi cōcludit nō posse in præiudiciū absētis donationē istā reuocari etiā ex cōsensu donatoris & donatarij. Sed mala etiā vt puto ratione, *Quia*, inquit, *potuit donator iure optimo absenti stipulari ex re in donationem deducta.* Meminit scilicet eius quod idem ille iam dixerat *d.cap*.14.*nu*.2. Ex contractibus qui re contrahuntur alteri per alterum posse acquiri obligationem ex *l.ea quæ ciuiliter* 53. *ff.de acquir.rer.dom.* quod nos iā refutauimus in præcedenti Decade, planéque aliam illius loci sententiā esse ostendimus. Debuit ergo dicere ideo non posse donationē hanc reuocari in præiudicium absentis nec si donator & donatarius consentiant, quoniā hodie valet ab initio ex constitutione Iustiniani, donatio autē quæ & inter viuos, & ab initio vtilis est reuocari nunquā potest donatario inuito. Nam & Alexander ipse & Molineus fatentur quod & Didacus refert & probat non posse donationem reuocari in præiudicium absentis, etiam ante ipsius acceptationem quoties ex lege municipali vel ex statuto alteri per alterū fieri potest. Quidni ergo idem iuris habebit generaliter & indistinctè cùm hodie iure communi fieri possit à quolibet cuilibet etiam absenti nulláque traditione aut stipulatione interueniente? Sed idem Alexandri & Molinei error fuit, qui cæterorum, quod ad ius hoc commune quia nouum, totúmque Iustinianeum est, non respexerunt.

Error quartus.

De contractibus innominatis factis in fauorem ecclesiæ aut alterius piæ causæ An in iis locus sit pœnitentiæ, & de mandato ad pias causas an sit reuocabile.

1 IN cōtractibus innominatis pœnitētiæ locū esse cōstat inter omnes iuris vtriusq. interpretes & verū est Ratione illa quā in præcedētibus Decadibus attulimus, quòd initiū obligationis sumūt ex facto eius qui prior implet, Is porrò qui prior implet ita facit vt alium sibi nō vt se alij obliget *l. 3. §. 1. l. si pecuniam 5. in princip. D. de cōdict. caus. dat.* Sed solēt nostri exceptionē addere Præterquàm si fauore ecclesiæ aut alterius piæ causæ contractus initus proponatur. Hoc enim volunt esse priuilegiū piæ causæ inter tot alia, vt pœnitentiæ locū nullum relinquat ex *l. si ego 9 in princip. D. de iur dot.* vbi Vlpianus scribit, Si ego Seiæ res dedero vt ipsa suo nomine in dotem det, fieri res eius licet non in dotem datæ sint sed eā condictione teneri. Quòd si pro ea res ego dem siquidē ante nuptias interesse qua cōdicione dedi, Vtrū ita vt statim accipiētis fiant an vt secutis nuptiis. Si vt statim nuntio misso posse me condicere, si verò nō statim posse me vindicare quia meæ res sūt. Quare, inquit, etsi sequi nuptiæ nō possūt, puta propter matrimonij interdictionē, ex posteriore casu res meæ remanebūt. Ex quibus inferūt nostri pœnitētiæ locū in omnibus ijs speciebus nullū esse, quia nō ex pœnitētia cōdictionē dat Vlpianus sed tātùm ob causam non secutā pro qua fuerat datū: Iidē addunt aliud esse priuilegiū piæ causæ, huic proximum, vt mandatū quod sui natura reuocabile est ad nutum mandantis adeóque ipsius morte expirat *l. mādatū 15. C. mādat.* si tamē interuenerit fauore piæ causæ, possit quidē reuocari per donatorē ipsum, at sola ipsius morte neque reuocatum neque finitū esse intelligatur, adeóque nec per heredem ipsius reuocari possit. Sic enim Hippolit. Marsil. *Singul. 44 post* Baldū in *d. l. mandatum & in cap. 1. qui success. feud. teneat. confirm. ad fin. & in cap. cùm venisset. 2. De te. lib.* Fel. in *cap. relatum col. 2. De offic. delegat.* Quam in sententiam mouentur ex ead. l. si ego 9. 1. vbi idem Vlpianus tractās eam speciē in qua ego res aliquas alicui tradidero ea lege vt nuptijs secutis dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, postquàm proposuit quæstionem an secutis nuptiis dotis esse incipiant, respōditque non posse in dominio eius effici cui datæ sunt, quia nō nisi post mortē incipiat dominiū discedere ab eo qui dedit quia pēdebat donatio in diem nuptiarum, cùm autē nuptiarū condici, sequitur, iā heredis dominium est à quo discedere inuito eo non potest, Subiungit *Sed benignius est fauore dotium necessitatem imponi heredi cōsentire ei quod defunctus fecit aut si distulerit vel absit, etiā nolente vel absente eo dominium ipso iure transferri ne mulier maneat indotata.* Nam quod Vlpianus fauore dotis recipiendum esse ait protrahunt illi ad quamlibet causam piam, quippe quòd dotis causa pia esse existimetur *l. cùm is 32. §. mulier D. de condict. indeb.* Vtramque traditionē hanc refert Didacus *lib. 1. var. resolut. c. 14. n. 15. & 16.* sed ita vt priorem improbet *d. num. 16. in fin.* defendens in contractibus innominatis pœnitentiæ locum esse quantumuis respiciant fauorem piæ causæ post Roman. Ias. Socin. Aret. ibidem ab eo citatos: Posteriorem verò probet qui

dem

dem,sed neget eam probari ex *d.l.si ego §.*nec rursus ex cap.*exijt vers.in eo verò casu De verb.signific.in 6.* quo etiam loco passim nostri ad eandē sententiā confirmandā abutuntur, cùm tamen neque de contractu innominato neque de mandato ibi agatur vt & Didacus bene obseruat. Ego ausim dicere vtramque traditionem falsam esse, cùm aliquo siue pontificij siue ciuilis iuris loco neutra probetur. Quid enim absurdius aut periculosius dici potest quàm si priuilegia quæ semper à iuris communis ratione abhorrent ob idque odiosa & ipsis duodecim tabularum legibus improbata prohibitaque sunt, pro cuiusque arbitrio vt apud interpretes fit & inducantur & inducta multiplicentur? Cúmque nulla in eam rem lex necessaria esset hoc ipsum tamen satis apertè quamquam minimè generaliter à Iustiniano cautum videtur in *l. illud.* 19. *in fin C.de sacrosan. Eccles.* vbi scribit in hæc verba *Nulli danda licentia quacunque alia causa quasi pietatis iure subnixa prater eas quas specialiter exposuimus introducenda, veterum scita super intimandis donationibus permutare.* Non est autem difficile ostendere nullo iuris loco probari eorum sententiam qui in contractibus innominatis fauore piæ causæ pœnitentiam admitti posse negant, cùm pro se nullum adferant præter *d.l.si ego in princip.* ad quam respondet Didacus non agi eo loco de contractu innominato,sed de datione dotis, quæ ipsa nihil aliud est quàm contractus dotis, quem sanè inter innominatos nemo vnquā nominauit. Est enim contractus dotis ex eorum numero qui re perficiuntur,cùm dotē sola traditio vel numeratio faciat non scriptura vt *ait l.1.C.de dot. caut.non num.*Quòd si contractus dotis non esset,saltem donatio dici deberet facta ob causam quæ secundum nostros etiam contractus nominatus est,ob idque mirum videri non posset reuocari eam non posse per solam pœnitentiam quippe cui locus nullus est in contractibus nominatis. Nam quod res datur ob eam causam, vt in dotem postea sit, non tollit donationem, cùm donari dicatur, quod nullo iure cogente conceditur *l. donari* 29. *De donat.* nullo autem iure cogi potuerit is qui dedit ob dotem vt daret,si dare noluisset.Nec ad hunc casum pertinet quod Vlpianus ait *in l.hoc iure 19.§.penult.eod.tit.* stipulationes aut traditiones(idem nāque in vtrisque iuris est) quæ ob causam fiunt non habere donationem. Id namque intelligitur de eo casu quo aliquam causam habuerit donator propter quam dare debuerit, quæ causa nulla est in eo qui siue rē siue pecuniam dat ea lege vt res illa vel pecunia in dotem conuertatur.Non enim fauorem donantis ea causa respicit sed donatarij semperque verum est ex parte eius qui donat veram esse donationem cùm aliam causam nullam habeat quàm ipsius liberalitatem.*l. vlt.§.1.D.qua in fraud. credit.* Itaque falluntur egregiè interpretes nostri qui de hoc contractu loquuntur quasi sit contractus Do vt des,cùm ego do futuro marito fundum vt eum habeat in dotem vxoris suæ nomine, aut cum ego do ipsius vxori, vt eum det marito. Nam contractus Do vt des est cùm do tibi vt mihi des, quo casu sicut donandi animus nullus est,ita neque donatio esse potest, non autem cùm do tibi vt des vel reddas alteri,Siquidem omnis datio simplex quæ & valet & causam nullam habet,donatio est,& quod additur *Vt des vel reddas alteri* non extinguit donationem in te collatam à me,sed facit tantùm vt ea sub modo & cum restitutionis onere facta esse videatur. At erit contractus Do vt des si ponas dedisse me ecclesię fundum vt illa vicissim rem aliam mihi daret.Quo casu si antequam ecclesia mihi det,velim ex pœnitentia condicere quod dedi, puto futurum

perinde vt id mihi liceat ac si alij cuilibet dedissem, quia dando ecclesiæ vt illa mihi daret æquè verũ est id me egisse vt eam mihi, non vt me illi obligarem. Neq; tamen hoc ita accipi volo quasi negem donationẽ eo casu quo cõtractus est contractum innominatum esse adeóque dici posse & debere contractũ Do vt des si is qui donationẽ accipit vicissim aliquid debeat dare donatori (vtrum que enim illud nos probauimus in Error.8.& 9.Dec.45 contra interpretes nostros qui volunt donationem esse cõtractum nominatum) sed quia hoc etiam casu alia causa est donationis alia cęterorũ cõtractuum innominatorũ vt scilicet pœnitẽtię locus in ea nũquã esse possit, quemadmodũ suprad.loco ostendimus. In quoque duplex etiam Didaci error est *d.cap.14.num.16.vers.quod si verum est.* Vnus ille, quod donationem sub modo factam ait esse contractum nominatũ, Alter, quod ita loquitur quasi nihil intersit inter dotis cõstitutionem & donationem. Sic enim scribit, *Sed erit is cõtractus cuius Iureconsultus meminit in d.l.si ego.nominatus nempe datio ex causa dotis, & sic donatio seu dotis constitutio* cum tamẽ dotis constitutio semper sit cõtractus & quidẽ nominatus, Donatio antẽ vel nõ sit cõtractus, vel cùm est, sit innominatus. Et verò cùm dono tibi futuro marito fũdũ, vxoris tuæ nomine & ea lege vt secutis nuptijs in causam dotis cõuertatur, est quidem ista donatio quod ad vxorem tuã attinet si ego is sũ qui eã ex officio dotare non debeam, sed non similiter, quod ad te, qui vtique vxorem habere non potes quin dotem habeas ex causa onerosa, nec rursus dotem sine vxore. *d.l.vlt.§.1.D.quæ in fraud.credit.* Itaque quãuis vna dũtaxat traditio hîc re. uera interueniat duplex tamen interuenire & altera occultari intelligitur, vt in *l.3.§.penultim.D.de donat.int.vir. & vxor. l.singularia 15. D.de reb.credit.* vna quæ fiat à me futuræ vxori tuæ, altera, quæ à futura vxore tua tibi. Et consequẽter non vnus tantùm sed duplex contractus est si donatio contractus dici etiã improprie potest, Vnus donationis quæ à me in futuram vxorem tuam proficiscitur, Alius dotis, quæ tibi à futura vxore tua tradi existimatur. Nec enim dotis contractus inter alios fieri potest, quàm inter coniuges aut sponsos. Et ratio quæ impedit ne mihi liceat pœnitere non ex eo petenda est, quod dederim ex causa dotis neque ex fauore dotis vt putat Didacus, sed quia donare volui non quidem futuro marito sed futuræ ipsius vxori, si modo vxor fieret aliquando, ac dotem habere posset. Donatio autem reuocari ex sola pœnitentia nunquã potest. Atque ita ad Vlpianum in *d.l. Si ego in princip.* respondendum est non quomodo Didacus respondet, agi eo loco de contractu nominato. Quod verò ad aliam illam nostrorum traditionẽ pertinet, quæ habet fauore piæ causæ mãdatum nec finiri morte nec ab heredibus mãdãtis reuocari posse, pugnat sanè peruidenter cum iuris regulis quæ mandatũ quodlibet morte finiri volunt, nisi quod expressè conferatur in id tempus quo mortuus erit mandator vt in *l. mortis causa 18.§.Titia D.de mort.cau.dona.iunct.d.l.mandatũ.15.C.mandat.* Nec magis fieri potest vt mandatum non finiatur morte, quàm vti ne sit reuocabile ad nutum & arbitrium mandatoris cùm vtrumque perinde pendeat ex natura mandati quãuis sit ille contractus nominatus & dici soleat in contractibus nominatis pœnitentiæ locũ non esse *l.sicut.5. C. de oblig. & action.* Atqui nec Doctores nostri negant permissã esse mãdatori reuocationẽ mãdati, tum quoque cùm factum fuit in fauorem piæ causæ ex *l.hoc iure 19.§.si quis dederit D.de donat* (etsi nullam eo loco piæ causæ mentionem fieri video) *l.3. D. de.seru. export.l.1.C. Si mancip.ita fuer.alien.l.Si pecuniam.5. §. 1. vbi Alex.num. 15. D. de condict.caus.dat.* Quidni ergo etiam mandatum ad pium causam finietur morte

morte? At illud multo durius est quod volunt eo casu quo mandatũ non finiatur morte esse illud irreuocabile vt neque à mandatoris herede possit reuocari. Nã vt nõ insubtiliter Didacus argumentatur non sunt ista contraria Mandatum durare, Et tamen reuocari posse, quia nec aliud mandatum reuocari potest quàm quod durat cùm id quod amplius non durat quia iam finitum sit reuocari nec debeat, nec possit. Miror autem interpretes nostros vt errorem hũc tueantur abuti alio illo Vlpiani responso quod extat in *d.l.si ego* §.1. vbi non solùm de mandato verbum nullum est, sed quod magis est, ea species tractatur, in quam incidere non potest mandatum. Nam cùm rem aliquam tibi dedi & tradidi vt secutis nuptiis dotalis efficiatur, quid est obsecro quod heredi meo mãdare possim? An fortè vt tibi tradat rem quam ego iam tradidi? Minimè. Nec enim fieri potest vt possideat rem quam ego iam alii tradidi, nec vt tradat rem quam non possidet. An verò vt sine traditione dominium in te transferat? Ne hoc quidem, cùm fieri nequeat vt sine traditione dominium transferatur, illúdque tantùm facere heres meus potest vt dominium quod me mortuo acquiritur ei ex causa hereditaria, non vindicet, quod vindicare summo iure posset si vellet. Atqui vt non vindicet prohibendum ei est, non mandandum. Non ergo in hanc speciem cadere mãdatum potest. Idque à Didaco errorem hunc interpretum nobiscum reprehendente obseruatum non fuisse etiam miror. Sed misereor magis illorum qui torquent se in eius loci non tam sententia quæ satis aperta est quàm ratione inuestiganda, cùm nihil sit verius quàm totum illum locum ab illis saltem verbis *Sed benignius est* Triboniani esse non Vlpiani, vt iam docuimus in Err.3. Decad.45. & alibi sæpe. De quo nunc ideo plura non dicemus.

ERROR QVINTVS.

De condicione donationi apposita per donatorem inuito donatario incontinenti post perfectam donationem.

QVOD rescripserunt Imperatores in *l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ sub mod.* perfectam donationem postea non capere condiciones, sicuti facit, vt nemo dubitet quin donatori non liceat perfectæ iam donationi ex interuallo adiicere vllas condiciones donatario inuito, ita nouæ quæstionis materiam interpretibus attulit, An incontinenti post perfectam donationem hoc ipsum debeat licere donatori. Illam enim dictionem *postea* sic interpretantur, quasi aliquod temporis interuallum demonstret ex *l. in bonæ fidei* 13. *C. de pact. l. iuris gentium* 7. *§. quinimo D. eod. l. qui procuratorem* 57. *D. de procur.* vt pluribus tractat Andr. Tiraq. ad *l. si vnquam. in verb. postea C. de reuoc. donat.* Respondent verò posse donatorem etiam inuito donatario apponere quas velit condiciones non solùm in ipso contractu vt loquuntur donationis sed etiam post ipsum contractum successiuè dummodo incontinenti & nullo medio temporis interuallo. Quã sententiã vt cõmunem refert Didac. & vt verã probat *lib. 1. var. resol. c. 14. in pr.* post Soc. *con.* 66. *vol.* 1. *col. vlt.* Franc. Rip. *lib.* 3. *respons. c.* 1. Glos. magna in *l. si quidem ad fin. C. de except.* Bald. in *l. 1. circa fin. C. de oper. libert.* Ias. in *l. 1. §. 1. col.*

*vlt.D.de verb.obligat.*Citant nostri in hanc rem text.*l.3.C. de adilit. action.* & *l. lecta 40.versi. dicebam D.de reb. credit.*quibus locis scriptum est pacta incontinenti facta post contractũ videri inesse contractui quod & proditum est in *d.l.bona fidei & d.§.quinimò* & innumeris alijs locis.Mihi aliud iudiciũ est.Siue namque per traditionem siue per stipulationem perfecta donatio esse proponatur nulla ratio est vt liceat donatori lædere ac minuere ius,quod donatario irreuocabiliter quæsitum fuit,si non ipse donatarius consentiat. Nec alius sensus est dictionis *postea* in *d.l.perfecta* nisi vt significet *post perfectam donationem* ad excludendum tempus omne quod sequitur perfectionem donationis vel vno si voles instanti tãtùm. Neque verò ad hũc casum pertinere potest quod dici solet ea quæ incontinenti fiunt inesse videri.Id enim pertinet ad pacta quæ quoniam ex vtriusque contrahentium voluntate & consensu constant *l. 1. D. de pact.l.3.D.de pollicit.*dubitandum non est fieri posse non tantùm incontinẽti sed etiam ex interuallo,Cum hac sola differentia quod incontinenti facta pariunt actionem tanquam quæ insint contractui , non etiam quæ fiunt ex interuallo,quoniam aliud est fieri & valere pactum,aliud verò nasci ex eo actioné. Prius pendet ex sola contrahentium voluntate,Posterius verò non nisi ex ratione iuris. At vt post perfectam donationem adijciatur noua lex noua condicio inuito donatario & ex sola voluntate donatoris quantumlibet incontinẽti declarata fieri nullomodo potest citra iniuriam donatarij manifestã,Debétq; sibi imputare donator cur nõ omnes quas voluit leges &condiciones ab initio expresserit,hoc est antequàm donatio perficeretur.Quod tempus esse conscribẽdarũ condicionũ& pactionũ quas donationi inserere vult donator id est prius quàm donatio recipiatur.Constantinus ait in *l. donatio 25. C.de donat.* illis verbis *sub hac fieri debet obseruatione vt quas leges indulgent condiciones pactionesque contineat:Hisque penitus cognitis vel recipiantur si complacita sunt , vel reijciantur si sunt molesta.* Alioquin esset inuentus modus facilis & cuique obuius reuocandæ donationis ex pœnitentia quæ liberalitatis comes esse solet , donatore scilicet incontinenti post perfectam donationem dicente velle se donationi eam legem addere quam sciat donatarium tanquam nimis onerosam numquam admissurum esse.Atqui certum est perfectam donationem reuocari ex pœnitentia non posse ne quidem accedente principalis rescripti autoritate *l.3.4.5.& pass. C. de reuoc. donat.* quia vellet necne donator donare,debuit ille diligentiùs perpendere antequàm donaret , cùm liberum ei esset *l. vellet necne 6. eod.* Cur ergo licebit donatori eam reuocare conquisitis quantumcunque statim & incontinenti nouis condicionibus ? Quid enim aliud est nouas condiciones adiicere,quàm pœnitere? Aut cur quod vna via prohibitũ est,alia permittatur?*l.scire oportet 21.§.1.D.de tutor.& curat.dat.* Et quod obiicitur dictionem *postea* nihil aliud significare quàm *ex interuallo* in ijs verum est quæ aut ex interuallo aut incontinenti fieri possunt. Id autem de quo agimus , Donationi scilicet iam perfectæ cõdicionem adiicere tale est vt neque incontinenti neque ex interuallo fieri possit inuito donatario.Idcoque in hunc casum non cadit ea quæstio An debeat hæc dictio *postea* sumi pro eo quod est *incontinenti* an pro eo quod est *ex interuallo* , priúsque esset probandum quod nos negamus,saltem incontinenti posse adiici condicionem : Cæterùm negari non potest,quin postea fiat quod fit post perfectam donationem tametsi fiat incontinenti.Et quãuis quæ incõtinenti non etiã quę postea fiunt dicantur inesse,prius tamen est vt possint fieri quàm vt possint inesse,cùm inesse præsupponat factũ esse.

esse. Quod verò pro se adducit Didacus textũ iuris pōtificij vt optimũ in *c. cũ dilecti Extr. de donat.* mirãdũ sanè est. Potiùs enim probat ille locus apertissimè donationẽ quæ ab initio libera & pura fuerit nullas recipere condiciones. Eas autem solas condiciones valere quæ donationi sint insertæ. Quo nomine significantur eæ quæ in ipso actu donationis expressæ sunt nō quæ postea adiectæ quãuis incōtinenti nisi donatarij quoq; volūtas accesserit. Qua etiam accedente adhuc tamen requirimus vt incontinenti appositæ sint ad hoc nimirũ vt ex nudo pacto agi possit ad implementũ condicionis quia pacta ex interuallo apposita etiã post bonæ fidei contractũ qualis certè donatio non est actionẽ producere non possunt si non habeant adnexam stipulationem *d. §. quinimo & l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.*

Error sextus.

De donatione siue inter viuos siue causa mortis facta bonorum omnium præsentium & futurorum.

NON est in toto iure nostro receptior apud interpretes & veteres & recentiores conclusio, quàm hæc de qua nunc tractamus, Donationem omnium bonorum præsentium & futurorum inter viuos factam non valere tanquam quæ donatori adimat non tantum libertatem testandi sed etiam facultatẽ ipsam factionémque testamenti quam constringi satis esset vt contractus non valeret quisquis ille foret *leg. stipulatio hoc modo concepta 61. vbi DD. de verb. obligat. l. pactum quod dotali 15. Cod. de pact. l. cum duobus 52. aliàs l. si fratres §. idem respondit societatem D. pro socio.* Adeò vt nec si iurata sit eam tamen valere patiantur, quia, inquiunt, non est obligatorium contra bonos mores præstitũ iusiurandum cap. non est obligatorium *de regul. iuris in 6.* est autem cōtra bonos mores vt ciui romano testamenti factio per pactum auferatur *d. l. stipulatio l. ex eo 4. C. de inutil. stipulat.* quanquam dubitant nonnulli an hoc ipsum sit contra bonos mores naturales an contra ciuiles tantùm, quod postremum verius esse defendit Didacus Couarruui. *in 2. part. rubric. De testament. numer. 4. 5. & 6.* neque hoc malè licet fortasse non satis vrgentibus rationibus cùm eam prætermittat quæ me omnium maximè mouet quòd testamenti factio sit tota ex iure ciuili non ex naturali aut gentium vt alibi sæpe à nobis traditum & comprobatum est. Inde fit vt si quando sic facta sit donatio inter viuos ne auferat testandi facultatem nemo dubitet eam valere, puta si quis donationem vniuersalem bonorum omnium restrinxerit ad præsentia. Ant etiam si donauerit simpliciter bona sua, adiecta etiam si voles nota illa vniuersalitatis *Omnia* proptereà quòd nihil hic sit quod impediat ne possit benigne ad defendendam donationem ea sumi interpretatio vt de solis bonis præsentibus actum esse videatur. Multo magis si quis omnia bona sua mobilia & immobilia donasse proponatur: cùm hoc casu non solùm futura non contineantur de quibus nihil expressim dictum est sed neque iura & actiones tanquam quæ tertiam bonorum speciem constituant à mobilibus & immobilibus bonis prorsus distinctam. *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione D. de re iu-*

& Socinus ad *d.§ Flauius.l.qui Romæ.*122. *D.de verb.obli.* eosque secutus Didacus *d.cap.*14. *num.*14. qui mehercule suauis est cùm ait egregia commendatione dignum esse quod nos tam euidenter falsum esse ostendimus. An igitur dicemus reuocari posse donationem, quæ fuerat in ecclesiã collata? absit vt deteriorem faciamus condicionem ecclesiæ quàm ceterorũ donatariorum. Iam autem diximus Iustiniani constitutionem facere vt reuocari non possit ea donatio quæ in absentem collata est etiam nuda voluntate nec solùm eo casu quo sit in donatoris potestate rem donatam tradere secundo donatario, sed tum quoque cùm ideo solùm impeditur donator ne possit tradere posteriori donatario quod iam priori tradiderit si aliud nihil infirmet factam posteriori donationem. Idem igitur multo magis concurrente ecclesiæ fauore admittendum est in donatione quam quis in ecclesiam contulerit vt eam reuocare donator non possit neque antè neque posteaquam tempus preterierit intra quod satisfacere debuit prior donatarius. At hoc ex iure communi non ex priuilegio, cuius neque necessitas neq; vtilitas aliqua esse potest in eo casu in quo ecclesia pro se habet ius cõmune. Planè quod hodie dicimus valere hanc donationem iure communi & sine vllo priuilegio, inducit priuilegium illud quod ecclesię datum est de dominio in eã sine traditione transferendo, cùm aliud nihil antea obstaret ne priuilegio locus esse posset quàm quòd donatio non valeret. Itaq; in hanc speciem vtrumque concurrit & ius commune & priuilegium, sed diuersis respectibus. Ius commune vt donatio valeat, Priuilegium verò vt dominiũ acquiratur ecclesiæ citra vllam traditionem. Taceo quod iidem interpretes qui volunt esse hoc vnum ex priuilegijs ecclesiæ vt in eam dominium absque traditione transferatur nec minus ex causa donationis quàm alterius contractus cuiuslibet, ex *d.l. vt inter.* quæ sanè de donationibus quoque loquitur, iidem tamen defendunt frequentiore calculo non valere donationem collatam in ecclesiam tãquam absentem si nemo sit qui eam ecclesiæ nomine agnoscat, ex *gloss. in l.illud.*19 *in verb.alia causa eod.tit.* quam vulgo probatam esse testatur Iulius Clar. in *§.donatio.quæst.*12. *in fin.* post Ruin. *cons.*13.10. *& cons.* 37. *num.* 14. *lib.*4. Adeo putant necessariam esse præsentiam donatarij quod olim quidem verum fuit sed hodie sanè & in ecclesia & in alio quolibet donatore falsissimum est. Quod verò Didacus pro errore suo tuendo adducit *l. si partem* 19. *§.*1. *D.quemad.seruit.amit.* certè nimis insubtile est. Ibi enim tractat Pomponius non de donatione aliáve contractus specie sub certo pacto facta, sed de seruitute viæ legata ei qui subinde fundum alii vendiderit ignorans ignoranti viam legatam esse, Et ait, viam sicuti acquisita fuerat legatario ignoranti, ita & eo ignorante transire simul cum fundo vendito in emptorem, cùm sequatur necessariò fundum quia est ius fundi, aut potiùs nihil aliud quàm fundus ipse qualiter se habet *l. quid aliud.*86. *de ver.signif.* Acquiritur itaque legatario eidémque venditori etiam ignoranti eo prorsus iure quo cætera legata omnia per vindicationem relicta quæ sola legis potestate non solùm citra vllam traditionem, sed etiam ignorantibus acquiruntur *l.filiusfamilias* 16. *D.qui testam.facer. poss. l. cùm pater* 77. *§.surdo De legat* 2. tanto magis quod nec tradi via potest, cùm sit ex eorum numero quæ quoniã in iure consistunt, nullam recipiũt traditionẽ. *l.*1. *§.vlt. D. de rer.diuis.* Emptori autẽ acquiritur non iure legati aut ex alia testatoris volũtate, sed quia ius fundi est quod sequitur fundũ quocunque ierit nec separari potest à fundo. Hoc verò nihil cõmune aut simile habet cũ ea specie de qua disputamus, in qua ponimus rẽ, quæ fuit donata certo pacto, neque principaliter neque

quę accessoriè translatã fuisse in secundum donatariũ,nec rursus ignoranti ei acquiri potuisse,nec denique sine traditione,etiãsi sciuisset, pręsertim concurrẽte etiã eo vt quãuis res donata sui natura,talis esset quæ tradi posset,traditio tamẽ hîc nulla non solùm non interuenisset, sed neque interuenire potuisset, eadem scilicet re iã priori donatario tradita per eundẽ donatorẽ. Sanè quod ad ecclesiam aliãmve piã causam pertinet valde singulare si modò verũ illud est quod subiungit Didacus dict.cap.14.num.14.priuatũ quemlibet posse & ecclesiæ & alteri cuilibet piæ causæ stipulari,& acquirere,Ex glos.communiter probata in cap.*quoties cordis* 1.*quæst*.7.Nã quod priuatus quilibet facere potest cur nõ multò magis facere poterit donator ipse cùm legem rei suæ dicit? *l.in traditionibus* 48.D.*de pact*.Atqui quod ad donatorẽ pertinet nihil interest an stipuletur an pacifcatur dũmodo in ipsa traditione, quia æquè valet pactũ illud ad agendum atque valeret stipulatio.Ergo ex pacto in fauorẽ ecclesiæ apposito à donatore perinde acquiretur ecclesiæ ius irreuocabile acsi donator ecclesiæ stipulatus esset *l.iuris gentium* 7.*§.quinimo*.D.*de pact.l.lecta*.40.D.*de reb.credit*. Verùm ne hoc dici possit illud obstat quod donator qui donationi suæ eam legẽ dicit, vt res donata restituatur ecclesiæ siue de ea re pacifcatur,siue stipuletur, non tam ecclesiæ quàm suo nomine id facere intelligitur, vel ideò maximè, quòd in iis etiam quæ quis & alieno& suo nomine facere potest,sic obseruatur vt ea si simpliciter facta sint proprio facientis nomine potiùs quàm alieno facta esse videantur *l*.4.D.*de solut*.quoniam diligẽs paterfamilias quilibet ita faceret *l. cùm ex pluribus* 97.*eod*. Itaque aliud est stipulari quem vel pacisci nomine ecclesiæ, aliud verò in vtilitatem ecclesiæ.Hoc enim posterius fieri potest etiam ab eo qui suo nomine pacifcatur vel stipuletur.

ERROR TERTIVS.

Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore absentis postmodum ab eo sit acceptatum, Aut si contractus ille iuratus sit.

DVo isti casus sunt in quibus omnes interpretes volunt ex pacto inter alios inito fauore absentis acquiri ius irreuocabile absenti,vt testatur probátq; Didacus *dict.cap*.14 *lib*.1.*variar. resolut*. Primus est si absens ille sciens pactum in sui gratiam factum agnoscat illud, & vt loquuntur acceptet quamuis absente tunc & ignorante donatore.Alter est Si contractus in quo pactũ adhibitum est iuratus proponatur. quomodo iurãtur hodie passim omnes. Ego in vtroque casu falsam puto interpretum opinionem.Nam quod ad priorem attinet quæ ratio impedit ne valeat donatio in absentem collata si iuris veteris rationem intueare (quam solam interpretes hîc intuentur non quòd eã tantopere amẽt sed quia nouæ legis Iustinianeæ vim & sensum non perceperunt) quòd nimirum perfici non possit nisi per traditionem vel stipulationem quarum neutra potest fieri inter absentes præterquàm si traditio fiat per interpositam personam *l*.4.*l. absenti* 10.*D. de donat*. eadem proculdubio impedit ne in absentem donatarium collata donatio absente donatore possit acceptari & agnosci.Vno scilicet eodemque instãti & donationẽ & contractum quemlibet perfici necesse est,& vtriusque contrahentium voluntatem in idem illud instãs concurrere,maximè verò cùm agitur de dominio trãsferendo *l.in omnibus re-*

bus 55. *D. de obligat & action.* Tam autē verum est non cōcurrere vtriusque volūtatem cùm donatarius agnoscit donationē absente donatore, quam cùm donatoriam confert in absentem donatariū, nec magis potest ea acceptatio traditionis aut stipulationis vim habere cùm abest donator, quā donatio ipsa cùm absens est donatarius. Proinde si acceptatio ista facta donatore absente sufficeret ad perficiendam donationem & ad ius aliquod irreuocabiliter donatario acquirendum, idem absurdum semper eueniret vt donatio valeret quæ nec traditionis nec stipulationis vinculo colligaretur. Esset autem hoc tāto absurdius quod cùm hodie iure nouo valeat donatio etiam in absentem collata ex supradicta Iustiniani constitutione in *l. si quis argentum* 35. *§. penult. C. de donat.* nulla tamen lex est aut vetus aut noua quæ donationem in absentem donatariū collatam ob ídque ab initio inutilē ex post facto confirmet ob id solū quod postmodum fuerit agnita per donatarium absente & ignorante donatore. Neque tamē hoc sic accipi volumus quasi putemus donationē hanc sic acceptatā nullius esse momēti. Iam enim diximus nec dubitare nos quin valeat iure nouo ex dicta Iustiniani lege. Sed negamus valere aut aliqua in re vtilem esse acceptationem. Tātum abest vt necessariam esse putemus. Nam si nobiscum sentias valere adeóque irreuocabiliter donationem ex quo tempore facta est etiamsi collata sit in absentem & priusquam acceptata sit quid potest addere acceptatio? Si verò eum interpretibus contra nos defendas ne quidē hodie valere huiusmodi donationem ante acceptationē, probare te oportebit valere postquā fuerit acceptata, quod ego negaui semper & negabo. Quod autem ad aliū casum pertinet de contractu iurato in quo adpositum sit pactū de re donata alteri restituenda, videtur mihi interpretes nostri moueri pessima ratione, illa videlicet quam refert Didacus *d. cap.* 14. *nu.* 10. quòd iurisiurandi vis ea sit vt contractus sui natura reuocabiles faciat irreuocabiles. Ex glos. communiter adprobata in *l. si pecuniam* 5. *in verb. necesse. D. de condict. caus. dat.* Nam duo supponit hæc ratio quorum vtrunque falsum est. Donationem esse contractum, Et esse sui natura reuocabilem. Fateor pactum illud in donatione appositū fauore absentis non aliam causam habere quàm donationis. Sed nego esse donationem inspecto eo iure quod ante Iustinianum obtinuit, cùm neque traditio sit neq; stipulatio. Nego si eam velis donationem dicere qualis hodie proculdubio est posse dici reuocabilem, cùm donatio quælibet inter viuos hoc ipso quod & vtilis & inter viuos est sit irreuocabilis *l. vbi ita donatur* 27. *D. de mor. caus. donat.* Ad quid ergo prodesse iusiurandum potest? Rursus cùm donator iurat se à cōuentis pactis non recessurum an forte cogitat de se obligando quantum ad posteriorem donatarium cum quo non contrahit, ac non potius de confirmando iure prioris donatarij cui soli iurat? Illa potiùs ratio faceret contra donatorem, quòd plerumque autoritas iurisiurandi confirmet eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent, vt solent tractare nostri ad *Auth. sacramenta puberum C. si aduers. vendit.* Sed neque hæc ratio me moueret, quia si ius ciuile inspicio, falsa est, quod non patitur vt iusiurandum contra leges præstitum vllius sit momenti *l. non dubium* 5. *in fin. C. de legib. l. iuris gentium* 7. *§. & generaliter. ff. de pact. l. si quis inquilinos* 112. *in fin. de legat.* 1. Si verò ius pontificium, quod nihil aliud intuetur nisi an seruari iusiurandū possit citra dispendiū salutis ęternę potest quidē vera esse plerisque casibus propositio, sed nō ad rē nostrā accōmodata, quia illud etiā verū est quod Canonistæ passim clamāt, Iurisiurandi vinculū esse personale nō solùm ex parte iurantis, sed etiā ex parte eius cui iuratur vt

non

nõ alii prodesse debeat quàm illi ipsi cui iuratũ est, eiúsve successori vniuersali. Atqui in proposito casu secundus donatarius quẽ ponimus donationis tẽpore absentẽ fuisse, neque ille est cui donator iurauit, neq; illius heres, sed talis in quẽ nõ nisi inutiliter collata donatio fuit potius quàm reuocabiliter, tametsi pactũ ipsum etiã sine iureiurando valeat ad obligandũ donatariũ donatori. Nullum ergo hac parte cõmodũ potest esse iurisiurãdi, neq; quod ad personã donatoris cui pactũ sufficit etiã nõ iuratum, neque quod ad personã secundi donatarij cui donator neq; promittit neque iurat quicquã. Hodie verò postquàm Iustiniano placuit vt valeat quæcũq; donatio etiam in absentẽ collata, si aliud nõ obstet quàm ratio illa quæ olim obstabat quod neq; traditio neq; stipulatio interuenisset, *d.l.si quis argentum* 35 §. *penult.C.de donat.* multo minus dici potest iurisiurãdi vim & potestatẽ vllã esse debere ad confirmandũ irreuocabiliter pactũ quod per se sit nõ modò validũ sed etiã irreuocabile ex rationibus per nos suprà disputatis. Ex quibus apparet nihil interpretes nostros in tota quæstione ista vidisse omniáque erroribus inuoluisse. Hoc vnũ admitti potest & verũ est quod illi volũt etiã eo casu quo admittũt Bartoli sententiã vt donator voluntatem mutare possit, permittendũ tamen esse priori donatario vt legẽ sibi dictã impleat etiam inuito donatore. Ex *l.quæsitum* 8.*ff.de seru.export.* nempe cùm nihil intersit donatoris, ad quem non eò magis erat reditura res donata, quamuis ad posteriorẽ donatariũ non peruenisset, vt ratiocinatur Didac.*d.cap* 14.*nu.*9. *ex l.Aristo*.18.§.1.*ff.de donat.* Idque etiã superiori nostræ sententiæ consequens est. Nam si verũ est vt est quod volumus valere hodie donationẽ in tertium absentem collatam nec posse aut à donatore ipso reuocari, aut à priore donatario negligi, multò magis dicendũ est posse illã inuito quoque donatore impleri à primo donatario ex lege donationi dicta. Sed illud ferre nullo modo possum quod iidẽ volũt posse donatorem pœnitere ante acceptationẽ saltem ex consensu donatarij (aliud enim esse putãt si velit pœnitere donatario nõ requisito) etiãsi donator absẽtis nomine stipulatus fuisset quod respõdit Alex.& ad eum Molin.*cons.*204.*lib.*7.*Tiraq. de primogen.quæst.*8.Craue.*cons.*19.*nu.*11.& Chass. *cons.*53.*nu.*58. Meritóque in eo reprehẽduntur à Didaco *d.n.*13.*ver.tertio apparet* vbi cõcludit nõ posse in præiudiciũ absẽtis donationẽ istã reuocari etiã ex cõsensu donatoris & donatarij. Sed mala etiã vt puto ratione, *Quia*, inquit, *potuit donator iure optimo absenti stipulari ex re in donationem deducta.* Meminit scilicet eius quod idem ille iam dixerat *d.cap.*14.*nu.*2. Ex contractibus qui re contrahuntur alteri per alterum posse acquiri obligationem ex *l.ea quæ ciuiliter* 53. *ff.de acquir.rer.dom.* quod nos iã refutauimus in præcedenti Decade, planéque aliam illius loci sententiã esse ostendimus. Debuit ergo dicere ideo non posse donationẽ hanc reuocari in præiudicium absentis nec si donator & donatarius consentiant, quoniã hodie valet ab initio ex constitutione Iustiniani, donatio autẽ quæ & inter viuos, & ab initio vtilis est reuocari nunquã potest donatario inuito. Nam & Alexander ipse & Molineus fatentur quod & Didacus refert & probat non posse donationem reuocari in præiudicium absentis, etiam ante ipsius acceptationem quoties ex lege municipali vel ex statuto alteri per alterũ fieri potest. Quidni ergo idem iuris habebit generaliter & indistinctè cùm hodie iure communi fieri possit à quolibet cuilibet etiam absenti nulláque traditione aut stipulatione interueniente? Sed idem Alexandri & Molinei error fuit, qui cæterorum, quod ad ius hoc commune quia nouum, totúmque Iustinianeum est, non respexerunt.

Error quartus.

De contractibus innominatis factis in fauorem ecclesiæ aut alterius piæ causæ An in iis locus sit pœnitentiæ, & de mandato ad pias causas an sit reuocabile.

1 IN cõtractibus innominatis pœnitẽtiæ locũ esse cõstat inter omnes iuris vtriusq. interpretes & verũ est Ratione illa quã in præcedẽtibus Decadibus attulimus, quòd initiũ obligationis sumũt ex facto eius qui prior implet, Is porrò qui prior implet ita facit vt alium sibi nõ vt se alij obliget *l. 3. §. 1. l. si pecuniam 5. in princip. D. de cõdict. caus. dat.* Sed solẽt nostri exceptionẽ addere Præterquàm si fauore ecclesiæ aut alterius piæ causæ contractus initus proponatur. Hoc enim volunt esse priuilegiũ piæ causæ inter tot alia, vt pœnitentiæ locũ nullum relinquat ex *l. si ego 9 in princip. D. de iur dot.* vbi Vlpianus scribit, Si ego Seiæ res dedero vt ipsa suo nomine in dotem det, fieri res eius licet non in dotem datæ sint sed eã condictione teneri. Quòd si pro ea res ego dem siquidẽ ante nuptias interesse qua cõdicione dedi, Vtrũ ita vt statim accipiẽtis fiant an vt secutis nuptiis. Si vt statim nuntio misso posse me condicere, si verò nõ statim posse me vindicare quia meæ res sũt. Quare, inquit, etsi sequi nuptię nõ potsũt, puta propter matrimonij interdictionẽ, ex posteriore casu res meæ remanebũt. Ex quibus inferũt nostri pœnitẽtię locũ in omnibus ijs speciebus nullũ esse, quia nõ ex pœnitẽtia cõdictionẽ dat Vlpianus sed tãtùm ob causam non secutã pro qua fuerat datũ: Iidẽ addunt aliud esse priuilegiũ piæ causæ, huic proximum, vt mandatũ quod sui natura reuocabile est ad nutum mandantis adeóque ipsius morte expirat *l. mãdatũ 15. C. mãdat.* si tamẽ interuenerit fauore pię causæ, possit quidẽ reuocari per donatorẽ ipsum, at sola ipsius morte neque reuocatum neque finitũ esse intelligatur, adeóque nec per heredem ipsius reuocari possit. Sic enim Hippolit. Marsil. *Singul. 44 post* Baldũ in *d. l. mandatum & in cap. 1. qui success. feud. teneat. confirm. ad fin. & in cap. cùm venisset. 2. De te, lib.* Fel. in *cap. relatum col. 2. De offic. delegat.* Quam in sentẽtiam mouentur ex ead. l. si ego 9. 1. vbi idem Vlpianus tractas eam speciẽ in qua ego res aliquas alicui tradidero ea lege vt nuptijs secutis dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, postquàm proposuit quæstionem an secutis nuptiis dotis esse incipiant, respõditque non posse in dominio eius effici cui datæ sunt, quia nõ nisi post mortẽ incipiat dominiũ discedere ab eo qui dedit quia pẽdebat donatio in diem nuptiarum, cùm autẽ nuptiarũ condici, sequitur, iã heredis dominium est à quo discedere inuito eo non potest, Subiungit *Sed benignius est fauore dotium necessitatem imponi heredi cõsentire ei quod defunctus fecit aut si distulerit vel absit, etiã nolente vel absente eo dominium ipso iure transferri ne mulier maneat indotata.* Nam quod Vlpianus fauore dotis recipiendum esse ait protrahunt illi ad quamlibet causam piam, quippe quòd dotis causa pia esse existimetur *l. cùm is 32. §. mulier D. de condict. indeb.* Vtramque traditionẽ hanc refert Didacus *lib. 1. var. resolut. c. 14. n. 15. & 16.* sed ita vt priorem improbet *d. num. 16. in fin.* defendens in contractibus innominatis pœnitentiæ locum esse quantumuis respiciant fauorem piæ causæ post Roman. Ias. Socin. Are. ibidem ab eo citatos: Posteriorem verò probet qui

deru

dem, sed neget eam probari ex *d.l.si ego §.* nec rursus ex cap. *exijt vers. in eo verò casu De verb. signific. in 6.* quo etiam loco passim nostri ad eandē sententiā confirmandā abutuntur, cùm tamen neque de contractu innominato neque de mandato ibi agatur vt & Didacus bene obseruat. Ego ausim dicere vtramque traditionem falsam esse, cùm aliquo siue pontificij siue ciuilis iuris loco neutra probetur. Quid enim absurdius aut periculosius dici potest quàm si priuilegia quæ semper à iuris communis ratione abhorrent ob idque odiosa & ipsis duodecim tabularum legibus improbata prohibitaque sunt, pro cuiusque arbitrio vt apud interpretes fit & inducantur & inducta multiplicentur? Cúmque nulla in eam rem lex necessaria esset hoc ipsum tamen satis apertè quamquam minimè generaliter à Iustiniano cautum videtur in *l. illud. 19. in fin C. de sacrosan. Eccles.* vbi scribit in hæc verba *Nulli danda licentia quacunque alia causa quasi pietatis iure subnixa prater eas quas specialiter exposuimus introducenda, veterum scita super intimandis donationibus permutare.* Non est autem difficile ostendere nullo iuris loco probari eorum sententiam qui in contractibus innominatis fauore piæ causæ pœnitentiam admitti posse negant, cùm pro se nullum adferant præter *d.l.si ego in princip.* ad quam respondet Didacus non agi eo loco de contractu innominato, sed de datione dotis, quæ ipsa nihil aliud est quàm contractus dotis, quem sanè inter innominatos nemo vnquā nominauit. Est enim contractus dotis ex eorum numero qui re perficiuntur, cùm dotē sola traditio vel numeratio faciat non scriptura vt *ait l.1.C. de dot. caut. non num.* Quòd si contractus dotis non esset, saltem donatio dici deberet facta ob causam quæ secundum nostros etiam contractus nominatus est, ob idque mirum videri non posset reuocari eam non posse per solam pœnitentiam quippe cui locus nullus est in contractibus nominatis. Nam quod res datur ob eam causam, vt in dotem postea sit, non tollit donationem, cùm donari dicatur, quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 29. De donat.* nullo autem iure cogi potuerit is qui dedit ob dotem vt daret, si dare noluisset. Nec ad hunc casum pertinet quod Vlpianus ait *in l. hoc iure 19. §. penult. eod. tit.* stipulationes aut traditiones (idem nāque in vtrisque iuris est) quæ ob causam fiunt non habere donationem. Id namque intelligitur de eo casu quo aliquam causam habuerit donator propter quam dare debuerit, quæ causa nulla est in eo qui siue rē siue pecuniam dat ea lege vt res illa vel pecunia in dotem conuertatur. Non enim fauorem donantis ea causa respicit sed donatarij semperque verum est ex parte eius qui donat veram esse donationem cùm aliam causam nullam habeat quàm ipsius liberalitatem *l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* Itaque falluntur egregiè interpretes nostri qui de hoc contractu loquuntur quasi sit contractus Do vt des, cùm ego do futuro marito fundum vt eum habeat in dotem vxoris suæ nomine, aut cum ego do ipsius vxori, vt eum det marito. Nam contractus Do vt des est cùm do tibi vt mihi des, quo casu sicut donandi animus nullus est, ita neque donatio esse potest, non autem cùm do tibi vt des vel reddas alteri, Siquidem omnis datio simplex quæ & valet & causam nullam habet, donatio est, & quod additur *Vt des vel reddas alteri* non extinguit donationem in te collatam à me, sed facit tantum vt ea sub modo & cum restitutionis onere facta esse videatur. At erit contractus Do vt des si ponas dedisse me ecclesię fundum vt illa vicissim rem aliam mihi daret. Quo casu si antequam ecclesia mihi det, velim ex pœnitentia condicere quod dedi, puto futurum

perinde vt id mihi liceat ac si alij cuilibet dedissem, quia dando ecclesiæ vt illa mihi daret æquè verū est id me egisse vt eam mihi, non vt me illi obligarem. Neq; tamen hoc ita accipi volo quasi negem donationē eo casu quo cōtractus est contractum innominatum esse adeóque dici posse & debere contractū Do vt des si is qui donationē accipit vicissim aliquid debeat dare donatori (vtrumque enim illud nos probauimus in Error.8.& 9.Dec.45 contra interpretes nostros qui volunt donationem esse cōtractum nominatum) sed quia hoc etiam casu alia causa est donationis alia cæterorū cōtractuum innominatorū vt scilicet pœnitētię locus in ea nūquā esse possit, quemadmodū suprad. loco ostendimus. In eoque duplex etiam Didaci error est *d.cap.14.num.16.vers.quod si verum est.* Vnus ille, quod donationem sub modo factam ait esse contractum nominatū, Alter, quod ita loquitur quasi nihil intersit inter dotis cōstitutionem & donationem. Sic enim scribit, *Sed erit is cōtractus cuius Iureconsultus meminit in d.l.si ego.nominatus nempe datio ex causa dotis, & fit donatio seu dotis constitutio* cum tamē dotis constitutio semper sit cōtractus & quidē nominatus, Donatio autē vel nō sit cōtractus, vel cùm est, sit innominatus. Et verò cùm dono tibi futuro marito fūdū, vxoris tuæ nomine & ea lege vt secutis nuptijs in causam dotis cōuertatur, est quidem ista donatio quod ad vxorem tuā attinet si ego is sū qui eā ex officio dotare non debeam, sed non similiter, quod ad te, qui vtique vxorem habere non potes quin dotem habeas ex causa onerosa, nec rursus dotem sine vxore. *d.l.vlt.§.1.D.quæ in fraud.credit.* Itaque quāuis vna dūtaxat traditio hîc re uera interueniat duplex tamen interuenire & altera occultari intelligitur, vt in *l.3.§.penultim.D.de donat.int.vir. & vxor. l.singularia 15. D.de reb.credit.* vna quæ fiat à me futuræ vxori tuæ, altera, quæ à futura vxore tua tibi. Et consequēter non vnus tantùm sed duplex contractus est si donatio contractus dici etiā impropriè potest, Vnus donationis quæ à me in futuram vxorem tuam proficiscitur, Alius dotis, quæ tibi à futura vxore tua tradi existimatur. Nec enim dotis contractus inter alios fieri potest, quàm inter coniuges aut sponsos. Et ratio quæ impedit ne mihi liceat pœnitere non ex eo petenda est, quod dederim ex causa dotis neque ex fauore dotis vt putat Didacus, sed quia donare volui non quidem futuro marito sed futuræ ipsius vxori, si modo vxor fieret aliquando, ac dotem habere posset. Donatio autem reuocari ex sola pœnitentia nunquā potest. Atque ita ad Vlpianum in *d.l.Si ego in princip.* respondendum est non quomodo Didacus respondet, agi eo loco de contractu nominato. Quod verò ad aliam illam nostrorum traditionē pertinet, quæ habet fauore piæ causæ mādatum nec finiri morte nec ab heredibus mādātis reuocari posse, pugnat sanè peruidenter cum iuris regulis quæ mandatū quodlibet morte finiri volunt, nisi quod expressè conferatur in id tempus quo mortuus erit mandator vt in *l. mortis causa 18.§.Titia D.de mort.cau.dona.iunct.d.l.mandatū.15.C.mandat.* Nec magis fieri potest vt mandatum non finiatur morte, quàm vti ne sit reuocabile ad nutum & arbitrium mandatoris cùm vtrumque perinde pendeat ex natura mandati quāuis sit ille contractus nominatus & dici soleat in contractibus nominatis pœnitentiæ locū non esse *l.sicut.5. C. de oblig. & action.* Atqui nec Doctores nostri negant permissā esse mādatori reuocationē mādati, tum quoque cùm factum fuit in fauorem piæ causæ ex *l.hoc iure 19.§.si quis dederit D.de donat* (etsi nullam eo loco piæ causæ mentionem fieri video) *l.3. D. de. seru. export. l.1.C. Si mancip. ita fuer. alien. l.Si pecuniam.5. §. 1. vbi Alex. num. 15. D. de condict.caus.dat.* Quidni ergo etiam mandatum ad piam causam finietur

morte

morte? At illud multo durius est quod volunt eo casu quo mandatū non finiatur morte esse illud irreuocabile vt neque à mandatoris herede possit reuocari. Nā vt nō insubtiliter Didacus argumentatur non sunt ista contraria Mandatum durare, Et tamen reuocari posse, quia nec aliud mandatum reuocari potest quàm quod durat cùm id quod amplius non durat quia iam finitum sit reuocari nec debeat, nec possit. Miror autem interpretes nostros vt errorem hūc tueantur abuti alio illo Vlpiani responso quod extat in *d.l.si ego* §.1. vbi non solùm de mandato verbum nullum est, sed quod magis est, ea species tractatur, in quam incidere non potest mandatum. Nam cùm rem aliquam tibi dedi & tradidi vt secutis nuptiis dotalis efficiatur, quid est obsecro quod heredi meo mādare possim? An fortè vt tibi tradat rem quam ego iam tradidi? Minimè. Nec enim fieri potest vt possideat rem quam ego iam alii tradidi, nec vt tradat rem quam non possidet. An verò vt sine traditione dominium in te transferat? Ne hoc quidem, cùm fieri nequeat vt sine traditione dominium transferatur, illúdque tantùm facere heres meus potest vt dominium quod me mortuo acquiritur ei ex causa hereditaria, non vindicet, quod vindicare summo iure posset si vellet. Atqui vt non vindicet prohibendum ei est, non mandandum. Non ergo in hanc speciem cadere mādatum potest. Idque à Didaco errorem hunc interpretum nobiscum reprehendente obseruatum non fuisse etiam miror. Sed misereor magis illorum qui torquent se in eius loci non tam sententia quæ satis aperta est quàm ratione inuestiganda, cùm nihil sit verius quàm totum illum locum ab illis saltem verbis *Sed benignius est* Triboniani esse non Vlpiani, vt iam docuimus in Err.3. Decad.45. & alibi sæue. De quo nunc ideo plura non dicemus.

ERROR QVINTVS.

De condicione donationi apposita per donatorem inuito donatario incontinenti post perfectam donationem.

QVOD rescripserunt Imperatores in *l. perfecta* 4. *C. de donat. quæ sub mod.* perfectam donationem postea non capere condiciones, sicuti facit, vt nemo dubitet quin donatori non liceat perfectæ iam donationi ex interuallo adiicere vllas condiciones donatario inuito, ita nouæ quæstionis materiam interpretibus attulit, An incontinenti post perfectam donationem hoc ipsum debeat licere donatori. Illam enim dictionem *postea* sic interpretantur, quasi aliquod temporis interuallum demonstret ex *l. in bonæ fidei* 13. *C. de pact. l. iuris gentium* 7. *§. quinimo D. eod. l. qui procuratorem* 57. *D. de procur.* vt pluribus tractat Andr. Tiraq. ad *l. si vnquam. in verb. postea C. de reuoc. donat.* Respondent verò posse donatorem etiam inuito donatario apponere quas velit condiciones non solùm in ipso contractu vt loquuntur donationis sed etiam post ipsum contractum successiuè dummodo incontinenti & nullo medio temporis interuallo. Quā sententiā vt cōmunem refert Didac. & vt verā probat *lib.1. var. resol. c.14. in pr.* post Soc. *con.66. vol.1. col. vlt.* Franc. Rip. *lib.3. respons. c.1.* Glos. magna in *l. siquidem ad fin. C. de except.* Bald. in *l.1. circa fin. C. de oper. libert.* Ias. in *l.1. §.1. col.*

esse. Quod verò pro se adducit Didacus textũ iuris pôtificij vt optimũ in *c. cũ dilecti Extr. de donat.* mirãdũ sanè est. Potiùs enim probat ille locus apertissimè donationẽ quæ ab initio libera & pura fuerit nullas recipere condiciones. Eas autem solas condiciones valere quæ donationi sint insertæ. Quo nomine significantur eæ quæ in ipso actu donationis expressæ sunt nõ quæ postea adiectæ quãuis incõtinenti nisi donatarij quoq; volũtas accesserit. Qua etiam accedente adhuc tamen requirimus vt incontinenti appositæ sint ad hoc nimirũ vt ex nudo pacto agi possit ad implementũ condicionis quia pacta ex interuallo apposita etiã post bonæ fidei contractũ qualis certè donatio non est actionẽ producere non possunt si non habeant adnexam stipulationem *d. §. quinimo & l. pacta conuenta* 72. *D. de contr. empt.*

Error sextvs.

De donatione siue inter viuos siue causa mortis facta bonorum omnium præsentium & futurorum.

NON est in toto iure nostro receptior apud interpretes & veteres & recentiores conclusio, quàm hæc de qua nunc tractamus, Donationem omnium bonorum præsentium & futurorum inter viuos factam non valere tanquam quæ donatori adimat non tantum libertatem testandi sed etiam facultatem ipsam factionémque testamenti quam constringi satis esset vt contractus non valeret quisquis ille foret *leg. stipulatio hoc modo concepta* 61. *vbi DD de verb. obligat. l. pactum quod dotali* 15. *Cod. de pact. l. cum duobus* 52. *aliàs l. si fratres §. idem respondit societatem D. pro socio.* Adeò vt nec si iurata sit eam tamen valere patiantur, quia, inquiunt, non est obligatorium contra bonos mores præstitũ iusiurandum *cap. non est obligatorium de regul. iuris in* 6. est autem cõtra bonos mores vt ciui romano testamenti factio per pactum auferatur *d. l. stipulatio l. ex eo* 4. *C. de inutil. stipulat.* quanquam dubitant nonnulli an hoc ipsum sit contra bonos mores naturales an contra ciuiles tantùm, quod postremum verius esse defendit Didacus Couarruui. *in* 2. *part. rubric. De testament. numer.* 4. 5. & 6. neque hoc malè licet fortasse non satis vrgentibus rationibus cùm eam prætermittat quæ me omnium maximè mouet quòd testamenti factio sit tota ex iure ciuili non ex naturali aut gentium vt alibi sæpe à nobis traditum & comprobatum est. Inde fit vt si quando sic facta sit donatio inter viuos ne auferat testandi facultatem nemo dubitet eam valere, puta si quis donationem vniuersalem bonorum omnium restrinxerit ad præsentia. Aut etiam si donauerit simpliciter bona sua, adiecta etiam si voles nota illa vniuersalitatis *Omnia* proptereà quòd nihil hic sit quod impediat ne possit benigne ad defendendam donationem ea sumi interpretatio vt de solis bonis præsentibus actum esse videatur. Multo magis si quis omnia bona sua mobilia & immobilia donasse proponatur: cùm hoc casu non solùm futura non contineantur de quibus nihil expressim dictum est sed neque iura & actiones tanquam quæ tertiam bonorum speciem constituant à mobilibus & immobilibus bonis prorsus distinctam. *l. à Diuo Pio* 15. *§. in venditione D. de re iu-*

dic. Sed & cùm donatio expressim & vniuersaliter facta est bonorum omnium & præsentium & futurorum si quid tamen sibi donator exceperit & reseruauerit de quo testari possit fatentur omnes valere donationem quasi cessante ratione illa quæ alioqui facere deberet ne valeret Dummodo id quod excipitur ac reseruatur tale sit ac eius momenti vt pro eo consequendo credibile sit hæredem institutum hæreditatem aditurum esse, id est vt non sit quid minimum. Propter quam causam solent nostri hoc ita taxare vt saltem excedat vicesimam partem illius patrimonij quod donatur, vt loquitur Iulius Clarus *lib.* 4. *sentent. in §. donatio quæst.* 19. *numer.* 8. Parum conuenienter meo iudicio cum fieri possit vt perexigui fortasse patrimonij pars non dicam vicesima sed duodecima aliáue minor, non aliud commodum habeat quàm quod sit paullo plus quàm nihil, & cuius consequendi auiditate non possit allici scriptus hæres ad adeundum. Quemadmodum è contrario fieri facilè potest vt tam amplum sit patrimonium, quod donatur vt eius pars centesima nedum trigesima possit sufficere inueniendo habendóque hæredi. Itaque vix est vt certa portio hac in re diffiniri queat. Quòd si donator vt plerúnque fit bonorum illorum omnium præsentium & futurorum quæ donat vsumfructum duntaxat sibi exceperit siquidem hoc expresso vt de eo possit tantùm inter viuos disponere placet donationem non magis valere quàm si nihil prorsus ex donatione exceptum esset cùm paria sint nihil excipere donatorem & tale quid excipere de quo testari non possit. Si verò vel simpliciter, vel hoc etiam expresso vt donatori liceat testari, donationem valere quamuis contra senserit Paul. Castr. *ad l. vltim. numer.* 10. *Cod. de pact.* cuius opinio passim est improbata. Sed hoc tamen ita demum, si vsusfructus ille exceptus tantum adferat emolumenti vt possit sufficere non solum præstandis alimentis aliísque omnibus ad donatoris exhibitionem necessarijs, verùm etiam redigendæ saltem per honestam frugalitatem quantitati quæ inuitatura sit verisimiliter heredem vt ea spe allectus velit adire hereditatem: quemadmodum tractat Didacus *lib.* 3. *var. resolut. cap.* 12. *numer.* 3. Rursum si quis non bona sua omnia sed hereditatem simpliciter donauerit, etsi non desunt ex interpretibus qui dubitent an donatio valeat necne, receptius tamen est non valere propterea quod hæc donatio æquipolleat donationi bonorum omnium præsentium & futurorum cùm hereditatis nomen comprehendat omnia bona quæ quis suæ mortis tempore reliquit, ideóque nec possit negari quin hæc donatio facultatem testandi adimat donatori, quomodo ratiocinatur Iul. Clar. *dict. quæst.* 19. *numer.* 6. Excipiunt tamen interpretes duos casus in quibus volunt etiam omnium bonorum præsentium & futurorum donationem valere: Vnus est si collata sit in ecclesiam cui etiam seipsum dicare donator potuisset, Alius est si duo fratres talem donationem sibi inuicem faciant vel ineant societatem aut vt loquuntur fraternitatem reciprocam fauore agnationis conseruandæ vt ait Boer. *Decis* 355. *numer.* 3. Nam & non solùm inter fratres sed etiam inter quoscunque alios valet donatio bonorum omnium præsentium & futurorum quoties effectus eius collatus est post mortem donatoris, vt pro Boerij sententia confirmanda subiungit Clarus in *d. §. donatio quæst.* 20. *in fin. & dict. quæst.* 19. *numer.* 7. vbi ex hoc infert valere huiusmodi donationem bonorum omnium præsentium & futurorum si facta sit causa mortis, quia donationum causa mortis ea condicio sit vt post donatoris mortem conferantur, ideóque ad instar legatorum capi existimentur *l. non videtur* 32. *l. illud D. de mort.*

mort. caus. donat. l. vltim. Cod. eod. Extra hos casus adeò inutilem volunt esse donationem bonorum omnium & præsentium & futurorum, vt nec pro præsentibus eam valere patiantur, at neque pro futuris tantùm. Quamuis si donatio quæ excederet quingentos solidos nulla esset ob defectum insinuationis non eo minus defenderetur intra modum & finem legitimæ quantitatis *l. sancimus 34. & l. seq. §. sin autem donator vers. sin autem amplioris C. de donat.* Atque hæc quidem omnia ex receptioribus interpretũ nostrorum sententijs ita se habent, vt ex ijs videre est quos citat & cumulat Iulius Clarus *dict. quæst.* 19. & 20. Nec enim sum ego cumulator interpretũ, qui meo iudicio omnium ignobilissimus labor est, sed interpres etiã ipse quantum per ingenioli mei tenuitatem licet. Parúmq; abest vt malim esse malus interpres quàm malorũ congestor & adprobator. Quanquã in hac quæstione sum ego aliàs secutus vulgarem cætero rũ errorẽ, in eóque experior nunquã me aut facilius labi aut turpius quàm cùm aliorũ vestigijs insisto bona fide pro veris habens quæ illi pro verissimis habuerunt. Nunc verò in ea sum opinione vt putẽ bonorũ omniũ præsentiũ & futurorũ donationẽ etiam non iuratam valere in quemcũque collata sit dũ ne aliud quicquã impediat donationem. Monet me, quòd ratio illa qua vna mouentur interpretes vt contrà putent, nempe quòd ex huiusmodi donatione aufferatur donatori testandi facultas, euidenter falsa est. Non quia vt nonnullos aliquando argumentantes audii possit testari etiam ille qui bona nulla habet, puta qui plus habeat in ære alieno quàm in patrimonio (aliud enim est bona nulla habere, aliud verò neque habere neque posse vnquam habere quomodo videtur nulla posse habere is qui non tantùm præsentia donauit sed etiã futura) At quoniam non quælibet donatio transfert dominium rei donatæ in donatarium sed ea duntaxat quæ & per traditionem fit, & eo animo vt statim dominium ex ea transferatur. Nulla verò traditione interueniente quamuis donatio valeat siue facta sit per stipulationem vt olim fieri eam necesse erat, siue per pactum nudũ quomodo fieri eam hodie posse Iustinianus voluit in *l. si quis argentum 35. §. penultim. Cod. de donat.* nullum tamen alium effectum habet nisi vt obliget donatorem eiúsue heredem ad præstandum tradendúmque id omne quod donatum fuit *dict. l. si quis §. Sed etsi quis vniuersitatis, cum seq.* Interim igitur donator remanet dominus, & consequenter habet quod ad heredem transmittere & in quo heredem habere possit. Atqui cùm donatio sit bonorum omnium & præsentium & futurorum, fieri nequit vt bona omnia tradantur, quia quæ nondum acquisita sunt ob idque futura dicuntur nondum tradi possunt nec si traderentur, dominium tamen eorum transferri posset ab eo qui nondũ illud haberet. Sẽper igitur habet hic donator, vel saltẽ, quod sufficit, potest habere bona de quibus testetur quia etiãsi tradiderit omnia quæ habebat, potuerunt tamẽ alia ei acquiri vel in ipso mortis instanti, puta ex causa legati vel fideicommissi quod sicut ignoranti, ita & morienti acquiri potest *l. cum pater 77. §. surdo de legat. 2. iunct. l. de hereditate 19. §. filiusfamilias in fin. D. de castrens. pecul.* Tantúmq; abest vt hæc donatio impediat ne donator possit heredem aliquem habere testamentarium, vt è contrario necesse sit donatoris heredem aliquem esse ad hoc vt donatio effectum sortiri possit. Quis enim dominium posset transferre in donatarium mortuo iam donatore si heres nemo esset? Ideoq; nimirum constituit Iustin. in *d. l. si quis argentum in fin.* vt ex donatione etiã citra stipulationẽ facta non tantùm donator sed etiam ipsius heres teneatur ad tradendum. Neque verò difficilius est vt testamentarium here-

dem habeat hic donator, quàm vt legitimum: quia si nulla bona haberet neque habere posset, non magis ei permitteretur legitimum heredem habere quàm testamentarium. Sed addamus aliam quoque rationem. Dico huiusmodi donatione quantumuis vniuersali bonorum omnium præsentium & futurorũ quamuis ad bona mobilia & immobilia restricta non sit, iura tamen & actiones nunquam posse ita contineri vt transeant omnino & ipso iure in donatarium, Nec si quod mirêre, dixerit donator se iura quoque sua omnia donare, Non quia in donationem cadere ista non possint perinde atque mobilia & immobilia cætera. Sed quia non est in potestate donatoris facere vt à se abdicet iura directa & directas actiones quæ vt nostri solent dicere sic adhærent ossibus vt ab ea persona cui semel adhæserunt separari nunquam possint & in alium transferri. Potéstque donatarius hoc tãtùm commodi ex tali donatione nancisci vt post rescriptum Diui Pij habeat vtiles actiones proprio nomine contra debitores donatoris exemplo eius cui nomen vel venditum est vel obligatum vel legatum vel datum in dotem aut in solutum. *l. si cum emptore 16. D. de pact. l. 2. C. de obligat. & action. l. vlt. C. quand. fisc. vel priuat. debit. sui debit. conuen. poss. l. postquam. 7. C. de hered. vel action. vendit. l. ex legato 18. C. de legat.* Habeat verò quidem etiam directas, sed ex persona donatoris non ex propria, quemadmodũ de supradictis alijs cessionarijs ibidem scriptũ est & in *l. emptor 5. & l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit. l. 3. & 4. C. de nouat. l. vlt. D. de transact.* Proinde non facit hæc donatio quin donator in huiusmodi iuribus & actionibus directis heredem habere possit, Quinimo necesse est vt heredem habeat vel ob hoc maximè vt mortuo donatore easdem actiones directas exercere donatarius possit, vt aliqua persona sit in qua consistant & cuius nomine à donatario exerceantur, vt & in eleganti illa specie de qua in *l. 1. C. de obligat. & action.* Plus ausim dicere, nullo iuris loco, saltem quod meminerim, dari vtiles actiones donatario nominis, sed tantùm directas ex persona donatoris vt in *l. 2. C. de donat.* Ideo fortasse quod minus dignus est donatarius cui faueatur, cùm habeat causam lucratiuam non quomodo supradicti omnes cessionarij solo legatario excepto causam onerosam. Nam & in aliis plerísque iuris partibus idem est ne donatario minùs quam creditoribus aliísue causam onerosam habentibus faueatur, Vt in l. quod autem 6. §. simili modo dicimus D. quæ in fraud. credit. *l. penult. C. de reuoc. his quæ in fraud. l. super long. 11. C. de præscript. long. tempor. l. 4. §. si cum legitima versic. si quis autem. D. de dol. except.* Præsertim quia cùm donatio non posset olim fieri nisi vel traditione vel stipulatione interueniente nihil causæ erat cur donatario succurri oporteret datis ei ex propria persona vtilibus actionibus, cùm fieri non posset vt non haberet directam aliquam actionem vel proprio iure & contra donatorem ipsum à quo fuisset stipulatus, vel contra debitorem ex persona donatoris à quo instrumentum nominis per traditionem accepisset *l. 1. C. de donat.* vel denique ex persona etiam propria contra debitorem ipsum donatoris, si quod plerumque fiebat donatore ita iubente stipulatus ille fuisset nouandi animo à debitore quod debebatur donatori. Nec quod legatario quoque nominis acommodantur vtiles actiones quamuis lucratiuam causam habeat *d. l. ex legato*, facere debet vt idem ius donatario indulgeri oporteat. Legatario enim succurri æquum fuit cùm directas actiones nullas habere posset priusquàm essent ei ab heredibus mandatæ vt ait d. l. ex legato. Nam licèt ea sit potestas legis duodecim.

decim tabularum quæ legata omnia confirmat vt dominium rei legatæ recta via transferat à testatore in legatarium *l.legatum* 80. *de legat.* 2. *l. à Titio* 64. *in fin. de furt.* eadem tamen lex facere non potest vt ex legato nominis actio directa competat legatario ex persona propria at neque ex persona heredum citra mandatum. Adeo difficile aut potiùs impossibile est, vt actionum directarum translatio vnquam fiat nisi in heredem qui eadem cum defuncto persona esse censeatur. Quod & apertius intelligitur ex senatusconsulto Trebelliano,cuius licèt ea sit mens vt omnes actiones hereditarias transferre velit in fideicommissarium tanquam qui & heredis loco,& iuris successor sit,non tamen facit nec facere potest vt actiones illæ fideicommissario competẽtes sint directæ,sed tãtùm vt sint vtiles,remanẽtibus directis penes heredẽ qui & ipse heres manet *l.ita tamen* 27.*§.qui ex Trebelliano l.si heres institutus* 70.*D.ad SC. Trebell.* Ergo quamuis legatario nominis fauendum esse prudentes existimauerint,protracto ad eum per interpretationem rescripto Diui Pij quod de nominis tantùm emptore locutum fuerat,non tamen bona erit consecutio si quis audacter eandem interpretationem protrahere velit ad donatarium, quamuis par vtriusque sit ratio in eo quod vterque causam lucratiuam habet. Sed erit bona ratiocinatio & collectio si dicamus actiones directas quæ remanent penes heredem non modò cùm nomen legatum est,sed etiam cùm restituta fuit per fideicommissum hereditas, quãuis fideicõmissarius vniuersalis sit successor iuris *l.non enim* 38.*l.seruo* 65.*eod.tit.ad SC. Trebell.* multo magis remanere debere penes donatorẽ etiã qui iura sua omnia,sibique competẽtes actiones donauerit,cùm donatarius nõ sit iuris successor *l.æris alieni* 15. *C. de donat.* Proinde fatendum est donatorem bonorũ omnium præsentiũ & futurorũ etiã iuriũ & actionũ perinde posse heredẽ habere in iuribus suis & actionibus omnibus,ac si iura illa &actiones à donatione excepisset:Imo verò necessariũ esse, vt heredem habeat ex cuius persona vt iam diximus possit donatarius actiones directas exercere.Ne alioqui defuncto eo sine herede mandatum actionum directarum intercidat.Quanquam nõ nego æquissimũ fore illo casu,vt succurreretur donatario,accommodatis ei vtilibus actionibus in vicẽ & subsidiũ directarũ quemadmodũ in specie *d.l.C. de oblig. & action.* Addo aliam rationem ex qua manifestius apparet donationem bonorum omnium præsentium & futurorũ nunquã posse donatori eripere testandi facultatem. Nimirũ quia nec potest tollere causam & necessitatem habendi heredis. Certũ enim est ius hereditatum & heredũ fuisse inductum per legem duodecim tabularum non tantùm vt via inueniretur per quam dominium rerum defuncti quasvimus ille in patrimonio habuisset ad successorem transferri posset,verùm etiã ne actiones creditorũ morte debitoris intercideren & vt haberent creditores quem conuenire possent.Id enim est quod solemus dicere onus æris alieni nõ tãtùm in heredes transire sed etiã inter eos diuidi per legẽ duodecim tabularũ & ipso iure pro hereditarijs portionib.*l.1.C.si cert.pet.l.vlt.C.de hered.actiõ.l.1.& 2.C.si vnus ex plurib.her.credit.* Atqui is qui donat bona sua omnia & pręsentia & futura etiãsi addat si voles iura quoq; & actiones,hoc etiã addito vt æris alieni onus suscipere donatarius compellatur non ideo tamẽ se liberat & exuit ęre alieno,nec transferre illud potest in donatarium quia neque donatio neque traditio aliud transferre potest in donatarium,quàm quod fuit penes donatorem, porrò æs alienum donatoris non fuit sed creditorũ ipsius,ob idq; æs alienum appellatur *l.cedere diem* 213.*§.æs alienũ D.de verb.signific.* Remanent igitur penes donato

rem etiam inuitum actiones passiuę omnes nec eo tantum modo, quo dicimus penes heredem remanere post restitutā hereditatem ex causa fideicōmissi, vt scilicet directis quidem actionibus conueniri possit, sed tamē possit fideicommissarius conueniri vtilibus. Verùm ita vt non magis vtiles quàm directæ actiones in donatarium exerceri possint quippe qui nec sit nec vllomodo esse possit iuris successor cum titulus donationis sit singularis non vniuersalis quantumcunque vniuersitatis donatio facta sit, vt sequenti capite dicemus. Dices parum esse ad conseruandam donatori factionem testamenti quod penes eum remaneant iura omnia & actiua & passiua, quandoquidem non eo magis heredem aut ex testamento aut ab intestato habere potest, cùm non sit credibile futurum quemquam adeo supinum & stultum vt eam donatoris hereditatem adire velit in qua nihil repertururs sit nisi onus æris alieni & directas actiones sine fructu. Verùm respondeo longe aliud esse de iure, aliud de facto disputare. Ad ius illa quæstio pertinet, An donator heredem aliquem habere possit, Ad factum verò illa An heredem illum quem siue ex testamento siue ab intestato habere potest, habiturus sit necne. Improbanda esset donatio si faceret ne donator heredem habere iure posset. Sed non ideo improbanda est, quod faciat ne tam facile sit ille habiturus heredem metu æris alieni exterritum & nulla spe præmij inuitatum: Cùm præsertim fieri etiam possit vt onus illud æris alieni tam sit leue, vti ne idcircò heres siue testamentarius siue legitimus hereditatem omissurus sit & defuncti fortasse patris aut fratris à quo etiam ille ipse donationem acceperit famam pudorémque oneraturus, quem potius suscipere tueríque tanti habere malit. Alioqui paullatim dicendum erit nec singularum rerum donationes, adeóque venditiones aliásve alienationis species multiplicatas valere posse nullos deníque contractus per quos pauperior quis fiat cùm ea ratione futurum sit aliquando vt tanto difficilius heredem habiturus sit, tanquam multò minorem hereditatem relicturus. Quo tamen absurdius dici nihil potest. Nam & ante legem falcidiam latam & ante inductam ex senatusconsulto Pegasiano quartæ ex fideicommissis vniuersalibus retentionem, quamuis plerumque contingeret vt destituerentur testamenta, atque ita ipsa quoque legata & fideicommissa intercidetent nolentibus scriptis heredibus adire hereditatem etiam non suspectam si nullo lucro & commodo inuitarentur (quæ res & legi falcidiæ & senatusconsulto Pegasiano causam dedit) non eo minus tamen valebant testamenta etiam quibus testator vniuersam hereditatem siue legando siue fideicommittendo exhausisset, ita vt heres non quidem adire cogeretur, sed si adiret obligaretur creditoribus omnibus in solidum, legatarijs verò ad concurrentem vsque patrimonij quantitatem, fideicommissario autem vniuersali ad transferendas in eum ex Trebelliano omnes actiones, quorum omnium nihil erat, quod dici deberet, si ratio iuris obstabat quominus valere possent eæ dispositiones per quas habendi heredis spes imminueretur. Sed & hodie postquàm placuit Iustiniano vt testatori liceat quod olim non licebat falcidiæ & Trebellianicæ detractionem heredi prohibere *Nouell.1. De hered. & falcid.* quis non videt idem incommodum posse accidere quod olim ante legis falcidiæ & senatusconsulti Pegasiani tempora accidebat, vt heres prohibitus nolit hereditatem adire quam videat legatis & fideicommissis exhaustam & ex qua plurimum damni timere debeat, lucri verò sperare prorsus nihil? Et tamen nemo dubitāt quin valeant huiusmodi testamenta quamuis facilè in irritum casura si heres destituat supremam defuncti voluntatem,

tatem, Nempe quia sufficit vt aliquo casu possit ea voluntas effectum habere, quod cōtingit herede instituto plus pudori testatoris sui quàm cōmodis suis tribuente. Et cùm destituitur testamentum propter heredis repudiationem qui non tanti habeat suscipere pudorem defuncti vt oneribus hereditarijs mergi velit nihil in eo absurdi aut iniqui esse creditur quia procedit incommodum hoc ex facto testatoris cui proinde potest imputari cur tam pauperem se fecerit donando. Cæterùm non eo minus posse fieri vt heredem hic donator habeat ex eo intelligimus quòd si heres ab ipso institutus hereditatē adire vellet, siue adfectione motus siue imprudentia, proculdubio post aditionem teneretur creditoribus omnibus hereditarijs, nec alio tamen iure quam quasi heres, quia hereditas nomen iuris est nec in corpore consistit, sed in iure. *l. hereditas* 50. *D. de hered. petit.*

ERROR SEPTIMVS.

De donatario vniuersorum bonorum an donatoris creditoribus teneatur, Et quid si donatio facta sit in fraudem creditorum.

IACTITANT nostri pragmatici Donatarium vniuersorum bonorū esse loco heredis ob idque volunt dandas esse in eum creditoribus hereditarijs saltem vtiles actiones. Sic enim Guid. Pap. quæst. scilicet in subsidium nemine alio donatori herede existente, quomodo dantur in fideicōmissarium vniuersalem & in bonorum possessorem quòd hi licèt heredes verè non sint heredum tamen loco habeantur. Iidem tamen solent distinguere, an donatione iura quoque & actiones comprehēdantur, an mobilia tantùm & immobilia bona vt priore demum casu donatarius vniuersalis teneatur creditoribus, non etiam posteriore, Quasi donatione iurium & actionum iura non tantum actiua sed etiam passiua in donatarium transferantur. Et traditio & distinctio falsa est: Donatarius enim quantumlibet vniuersalis nullo casu heres est neque heredis loco, sed successor singularis qui proinde ad onus æris alieni teneri numquam potest, siquidem æs alienum onus est totius hereditariæ successionis vt scriptum est in *l. æris alieni* 15. *C. de donat.* solusque heres huic oneri obnoxius sit per legem duodecim tabularū *l. vltim. C. de heredit. action. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. her. credit. l. 1. C. si cert. petat.* Nec quod in donationē veniat vniuersitas bonorū facere potest vt donationis titulus debeat videri vniuersalis, sicut & cùm hereditas venditur licèt tota vendatur, nemo tamen dixerit emptorem succedere in ius defuncti vel heredis titulo vniuersali. Succedit enim titulo singulari ob idque nec hereditarijs creditoribus tenetur quāuis ea lege cōtraxisse proponatur vt ijs satisfaciat *l. 2. C. de hered. vel action. vendit.* In eo námque similes sunt tituli emptionis & donationis quòd vterque est singularis licet vterq; cadere possit etiā in hereditatē aut potius hereditas in vtrūq; *l. hereditatem* 28. *D. de donat* Nempe quoniam quæ hereditas venditur aut donatur eā necesse est iā aditā & acquisitā esse à venditore vel donatore, ac proinde desiisse esse hereditatē, conuersámq; in patrimoniū vēditoris vel donatoris. Quę res facit vt ęris alieni onus quod hereditas ab initio admixtū habuit desinat habere cùm desinit esse hereditas, quia lex duodecim tabularū nō aliā hereditatem æri alieno obstringit quàm quæ sit verè hereditas, nec sufficit vt fuerit aliquando quia non quemadmodum in hereditate ita & in bonis æs alienum esse potest, cùm ideo alienum dicatur quòd sit in bonis eius cui non à quo debetur *leg. cedere diem* 213. §. 1. *D. de verborum signification.* Porrò quæ desinit

esse hereditas non aliud nomen habere potest quàm bonorum. Bona verò nō dicuntur nisi deducto ære alieno, tantū abest vt æris alieni onus bona sequatur *l. mulier 72. ff. de iur. dot. l. non possunt 11. ff. de iur. fisc.* Neque contrarium est quod de bonorum possessore ac fideicommissario diximus teneri eos creditoribus hereditarijs. Habet enim id specialem rationem quia vtrique sunt iuris successores, quanquam diuersa ratione scilicet bonorum possessor iure prætorio *l. 2. &* 3. *§. 1. ff. de bonor. poss.* fideicommissarius verò etiam ex iure ciuili hoc est ex senatusconsulti Trebelliani autoritate *l. 1. & tot. tit. ff. ad SC. Trebell.* Quæ senatusconsulti autoritas non aliam ob causam fuit necessaria quàm quod hereditatis restiutio fieri nequeat nisi post aditionem & consequenter eo tempore quo nō tam sit quàm fuerit hereditas. Id enim est quod Vlpianus scribit in *l. in fideicommissaria* 18. *ff. eod.* quoties quis hereditatem restituere rogatus est, videri eum rogatum id reddere quod fuit hereditatis. Ideoque comparandus esset fideicommissarius emptori hereditatis & donatario quod ad hoc ne creditoribus teneretur nisi potestate senatusconsulti transirent in eum vtiles actiones & actiuæ & passiuæ, quia is qui hereditatem fideicommissariam restituit sicuti necessariò priùs heres fit per aditionem, ita non minùs heres manet etiam post restitutionem quàm qui hereditatem vel vendidit vel donauit *§. restituta Instit. de fideic. hered.* & ob id nimirum necessaria est ei & in eum exceptio restitutæ hereditatis, si vel debitores hereditarios conueniat, vel à creditoribus hereditariis conueniatur *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebe.* Vt verò in fideicommissario id constitueretur quod neque in emptore neque in donatario hereditatis constitutum fuit, fauor effecit fideicommissorū, quæ alioqui intercidebant nolente herede se implicare negotiis hereditariis in fideicommissarii vtilitatem, præsertim cùm nondum esset inductum Senatusconsulto Pegasiano quod posterius fuit Trebelliano, vt suspectam dicens heres cogi posset ad adeundum *l. quia poterat 4. eod.* At neque hæc neque alia vlla ratio locum habere potest in donatario vniuersorum bonorum vt dandæ sint vtiles in eum actiones non magis quàm si fundus tantùm ei donatus esset, quo casu fatentur omnes futurum vt ad æs alienum minimè teneretur, quia personalis obligatio non sequitur singularem successorem *l. 1. §. si heres eod. l. vlt §. 1. D. de contr. emp.* Nullum enim periculum est ne donatio corruat quæ non nisi ex voluntate ac liberalitate illius qui obligatus manet, proficiscitur. Item quia nec aliud in donationem venire intelligitur nisi quod superest deducto ære alieno *d. l. mulier. & d. l. non possunt*, vt proinde parum aut nihil intersit donatoris an teneatur ipse creditoribus an donatarius cùm ex rebus ipsis donatis omnino deducendū sit quantum necesse est vt æs alienum exsoluatur. Quomodo & in *l. si non verum* 15. *C. de donat. int. vir. & uxor.* indemnitati fiscali satisfit ob primipilum etiam ex re singulari donata ad supplendam pecuniam quæ ex alijs bonis à donatore relictis colligi nequiuerit vt ea lex ait, Non quasi ex priuilegio fisci & primipilaris debiti onus hoc debeat sequi singularem successorem quomodo male videtur sensisse Accursius ad *d. l. æris alieni*, sed quia tacitam hypothecam fiscus habet ex iure communi in bonis omnibus suorum debitorum, cuius tamen ea condicio est vt contra tertios possessores & singulares successores non aliter exerceri possit quàm si debitor eiúsve heres non sit soluendo *l. Moschis 47. D. de iur. fisc.* In eóque fisci priuilegium est quod ex singulari re donata deducit quod sibi debetur, cùm tamen æs alienum deduci soleat non ex rebus singulis, sed ex ipsa tātùm vniuersitate bonorum *l. si fideicommissum 50. §. tractatum D. de iudic.*

indic. Quanquam priuilegium illud pendeat ex alio illo priuilegio tacitæ hypothecæ quod fiscus habet clausum in corpore iuris, vt diximus. Iam verò quod pragmatici distinguunt an iura & actiones donatione contineantur, absurdum est, quia potest quidem ea adiectio facere vt ea iura & actiones quæ donatori competierunt transeant in donatarium, tanquam quæ in bonis fuerint donatoris, cui proinde liberum fuit de ijs disponere quomodo vellet, quod secus est in iuribus & actionibus passiuis quæ nō sunt in iure ac dominio debitoris, eius démque donatoris. Itaque non est bona consecutio à iuribus actiuis ad passiua, cum dispar & dissimilis eorum ratio sit, neque voluntas etiam expressa & concurrens donatoris, & donatarij facere potest vt donator id quod non habet transferre in donatariũ possit *l. si filius* 14. *C. de donat.* Fateor posse donatariũ obligari non quidem creditoribus donatoris ipso iure, sed donatori vt æs alienum donatoris soluere compellatur, nec tantùm si expressum pactum de ea re initum sit, verùm etiam si fortè hereditas donata proponatur, quia nomen ipsum hereditatis tùm quoque cùm aptatur ad eam hereditatem, non quæ est sed quæ fuit, ęris alieni obligationē includit *d. l. hereditatem* 28. *D. de donat.* Sed cùm donantur iura & actiones simpliciter, nulla ratio est vt donatarius ob id solùm quod iura actiua sibi adquisijt, passiuorũ quoque de quibus nihil dictum est suscepisse onus intelligatur. Vnus tantùm scrupulus tollendus superest circa id quod diximus, Bonis omnibus donatis deducendũ esse æs alienum, vt nihil in donatione esse videatur nisi quod superest deducto ære alieno. Obstare namque videri possit quod bonis omnibus donatis volunt nostri posse agi reuocatoria ex edicto quæ in fraud. credit. quasi facta donatione in fraudem quæ ex bonorum omnium alienatione induci solet. Sic etiã vulgo nostri post Accurs. *ad dict. l. æris alieni.* Quid enim dici potest factum in fraudem creditorum per donationem bonorum omnium si æs alienum ante omnia deducendum est & à donatione excipiendum? Alioqui similiter dicendũ erit datis in dotem bonis omnibus ab ea muliere quæ multo ære alieno laborabat reuocandam à creditoribus dotis dationē quasi factã in fraudē creditorum vt in *l. vlti. §. 1. D. quæ in fraud. credit.* quod tamen falsum est cùm nō plus esse in promissione dotis intelligatur quàm quod superest deducto ęre alieno *d. l. mulier* 72. *D. de iur. dot.* Et tamē hoc etiam casu locũ esse reuocatorię actioni contra donatariũ probãt nostri ex *l. omnes* 17. *§. Lucius D. quæ in fraud. credit.* vbi tractans Iulianus de illo qui cùm sciret se habere creditores, vniuersas res suas libertis suis iisdémq; filijs naturalibus tradiderat, Ait intelligendum eum in dubio habuisse consiliũ fraudandorum creditorum, ideoque etsi filij eius ignorauerint hanc mentem patris sui fuisse eos tamen actione ista teneri. Sed respondendum est vt puto, quod nescio an adhuc quisquam dixerit, aliam fuisse olim hac parte rationem donationis aliã venditionis aut alterius alienationis omniũ bonorum, quod donatio vniuersitatis bonorum fieri non poterat, venditio autem vel in dotem datio aliáue quælibet alienatio poterat. Nimirum quia donatio neque contractus erat neque conuentio quoties stipulatio nulla interuenisset, at exigebat necessario traditionem quam & actio reuocatoria semper præsupponit, quippe quæ in id datur vt traditio rescindatur *§. item si quis in fraudem Inst. de action.* Traditio autem vniuersitatis fieri non potest sed tantum rerum singularum quia vniuersitas est nomen iuris significans quid incorporale quod neque tradi neque tangi potest. Cùm autem traditio fit per res singulas licèt vniuersæ res tradantur, perinde tamen est ac si nō vniuersæ sed ex iis quædã tantùm traderẽ

tur, quia non vna vniuersarum rerum sed multiplex singularum traditio facta esse intelligitur, ideóque nihil est vnde æs alienum deduci possit quod scilicet non singulas res afficit sed vniuersitatem ipsam patrimonij, & consequenter ex vniuersitate ipsa non rebus singulis deducendũ esset *d.l.si fideicommissum* 50.§ *tractatum D. de iudic.* At cùm vniuersitas bonorum vendita est vel in dotem data quamuis necesse sit traditionem sequi quæ similiter singularum duntaxat rerũ, nõ vniuersitatis fieri potest, quia tamen incipit cõtractus à cõuẽtione quæ de vniuersitate nõ de rebus singulis facta fuit, nec nisi in cõsequentiã iustę licitæque cõuẽtionis traditio fieri creditur, dicimus exceptũ intelligi à vẽditione dotisue datione quãtũlibet vniuersali omne id quod necessariũ est ad dimittẽdos venditoris vel mulieris dotem dantis creditores. Nec proinde vlla opus est reuocatoria vt creditoribus consulatur: quę tamen necessaria est cùm facta fuit ex donatione traditio vniuersarum rerum ne alioqui fraudentur creditores, quibus aliter prospectũ esse nõ potest. Idẽque erit in vẽditione & dotis datione quod in donatione si ponas ita fuisse vẽditas vel in dotẽ datas res vniuersas debitoris, vt cœptũ sit à traditione non à conuentione quoniam eo casu eadẽ ratio quã in donatione vsurpauimus in cæteris quoque locũ habebit. Quibus cõsequẽs est vt hodie idem iuris obtineat in donatione quod iã olim in vẽditione dótisq. datione aliáue simili alienatione obtinuisse diximus, vt si quis bonorũ suorũ vniuersitatẽ donauerit quãtũuis cõsiliũ inierit fraudãdorũ creditorũ, nihilo magis tamẽ teneatur edicto illo Quæ in fraudẽ creditorũ quoniã ea bonorũ vniuersitas, quæ in donationẽ deducta est sic intelligi debet vt æs alienũ ante omnia excipiatur. Postquàm placuit Iustiniano vt donatio tùm quoque cùm stipulatio nulla interposita est possit incipere à cõuẽtione, ex qua post modũ traditionem sequi oporteat *l.si quis argentum* 35.§. *sed etsi quis vniuersitatis C. de donat.* vbi quod ille constituit valere donationẽ vniuersitatis bonorũ citra vllã vel traditionem vel stipulationẽ, ostendit satis aliud iure vetere obtinuisse cùm necesse esset à traditione incipere donationem deficiente stipulatione, tradi autẽ vniuersitas vt diximus non posset Quod à nostris non fuit obseruatum ad *d.l.æris alieni* 15.*C. eod. tit. De donat.*

ERROR OCTAVVS.

De hereditate donata mortis causa.

Hereditatẽ per pactũ dari nõ posse cõstat etiã inter imperitiores iuris interpretes. Nã vt scriptum est in *l.hereditas* 5.*C. de pact.conuent.tam sup.dot.* non nisi testamẽto hereditas extraneis datur id est ijs, qui ab intestato heredes esse nõ possunt ad differentiã scilicet agnatorũ proximorũ quibus etiã citra testamẽtũ hereditas datur tacito iudicio patrisfamilias qui alios heredes testamento instituere posset nisi mallet legitimis successoribus legitimam suam relinquere hereditatem *l.3.in princip.l.conficiuntur* 8.§.1.*D. de iur.codicill.* Sed tamen non eo minùs dubitant interpretes etiam nobiliores An hereditas possit donari causa mortis. De donatione inter viuos non dubitant quin hereditas in eam cadere non possit, quia inquiunt aufferret donatori liberam testandi facultatem, siquidem comprehenderet vniuersa donatoris bona pręsentia & futura, & in summa quidquid donator mortis suæ tempore in bonis suis reliquisset. Habẽt verò illi pro certo donationẽ bonorũ omnium præsentium & futurorũ non valere

sola

ſola ratione illa quod aufferat ſpem habendi heredis. Itaque ſi perſuaſum iis eſſet quod nos in præcedentibus veriſſimum eſſe probauimus donationem valere etiam inter viuos factam bonorum omnium præſentium & futurorum, conſequens eſſet ipſorum ratiocinationi dicere,hanc quoque valituram hereditatis donationem tametſi inter viuos facta eſſet. At de donatione cauſa mortis,ideo dubitant , quòd cùm ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donatoris non poteſt metui ne aufferat liberam teſtandi facultatem. Item quia vident hanc ſpeciem donationis proximè accedere ad vltimas voluntates. Quaſi verò idcirco accedat proximè ad teſtamentum vt quicquid poſſet fieri per teſtamentum poſſit etiam fieri per donationem cauſa mortis. Ac quanquam non deſunt ex iis , qui fateantur & defendant hereditatem non magis cauſa mortis quàm inter viuos dari poſſe , adeò vt receptiorem hanc ſententiam eſſe teſtetur Mich.Graſſ.*in libr.ſentent. in §. donatio cauſa mortis quæſt.* 14. multorum tamen & nobiliorum interpretum antiquorum opinio fuit. Immo verò mortis cauſa donari hereditatem poſſe quod in ſpecie tradidit Bald. *in cap.* 2. *in princip.col.*2.*de feud.dat.in vic.leg.commiſſ.*& ante eum Albert. & Bart. ad *l. ſtipulatio hoc modo concepta.* 61.*num.*5.*D.de verb.oblig.* quos refert ac ſequitur Decius ad *l.licet num.* 10. *C.de pact.*Etſi Bart.ad eam legem contrà ſenſiſſe videtur,vnde magna inter noſtros contentio , magis in eo laborantes vt inueſtigent quid Bartolus in tam difficili ſi Diis placet quæſtione ſenſerit quàm quid ſentire debuerit : quaſi poſitæ in hoc vno ſint totius Græciæ aut Galliæ facultates. In eo planè conueniunt valere cauſa mortis donationem bonorum omnium & præſentium & futurorum. vt ex Bartolo & aliis ſcribit Cagnol. in *l. fin.num.*278.*C.de pact.*Socin.232.*lib.* 2.Graſſ.*dict.quæſt.*14. quia huic donationi neque obſtet regula illa iuris quæ vult hereditatem per pactum dari non poſſe, neque ratio illa quòd per eam teſtandi facultas donatori aufferatur. Semper mihi viſa eſt ridicula hæc quæſtio , & nimis ſupinam præſeferens apertiſſimi iuris ignorationem. Nam ſi ſciſſent interpretes cur hereditas per pactum contractúmque dari non poſſit(pactum enim hîc generaliter & promiſcuè etiam pro contractu accipimus vt in *l.*1.*D.de pact.l.traditionibus* 20.*C.eod.*)nunquam dubitaſſent an hereditas per pactum dari poſſit. Ratio alia non eſt quàm quia viuentis hominis hereditas nulla eſt.*l.*1.*D. de hered.vel action.vendit.l.*1. *D. pro hered.* Hereditas enim nomen iuris eſt ſignificans fictam illam perſonam quam induxit lex duodecim tabularum ad repræſentandam defuncti perſonam veram,quouſque heredis perſona etiam vera induceretur. Priùs ergo defunctum quem eſſe neceſſe eſt,quàm vt hereditatem habere poſſit, quam ſcilicet nec poteſt ille ſibi fingere tametſi maximè velit. Itaque qui quærunt An mortis cauſa poſſit quis donare hereditatem ſuam perinde ridiculi ſunt acſi quærerent, An poſſit quis donare id quod non eſt, aut ſi mauis,id quod nihil eſt. At,inquies,etiãſi nunc non ſit,aliquando tamen futura eſt. Quidni ergo donari poteſt exemplo cæterorum bonorum futurorum quæ donari poſſunt ? Et ita ſanè interpretes ratiocinantur,Sed vt magis ridiculos ſe præbeant. Etſi enim aliquando futura eſt ea hereditas quæ donatur , tamen eo tempore futura eſt quo donator amplius non erit,id eſt poſt eius mortem. Proinde non poteſt cẽſeri iure futurorum donatoris bonorum , cùm eam donator nunquam habeat quandiu viuit neque habere poſſit , Et ſicuti eſſet ridiculus donatarius qui ex donatione bonorum omnium præſentium & futurorum vellet ſperare alia bona quàm quæ donator mortis ſuæ tẽpore reliquiſſet, cùm bona futura dici nõ

possint quæ nunquam erunt illius qui non nisi futura sua donauit. Ita æquè ridiculus ille est qui donationem hereditatis eo colore tueri velit quasi sit donatio bonorum futurorum. Tantùm enim abest vt hereditas in bonis futuris numerari possit ob id solum quod futura est, vt illa etiam bona quæ fuerunt viui donatoris desinant ipsius esse per mortem, fiántque hereditatis per legem 12. tabularum vt ad heredem transmitti possint. Siquidem eum qui homo esse desinit necesse est etiam desinere dominum esse. Hæc igitur quæstio, An possit quis mortis causa donare hereditatem suam recidit in illam non minùs ridiculam, An possit aliquis donare id quod neque habeat neque habiturus vnquā sit. Nam quemadmodum quandiu ille viuit nō potest habere hereditatem quæ nulla est, Ita neque eo tempore quo erit aliqua hereditas quia tunc ipse nullus erit, neque possunt concurrere tempora, quibus & donator & donata hereditas simul sit. Quod cùm ita sit apparet eos qui putant posse mortis causa donari hæreditatem malè distinguere hac in re donationem inter viuos à donatione causa mortis cùm eadem vtriusque ratio sit cùm de hereditate donanda agitur. Malè rursus omnes qui volunt quod & nos fatemur donationem hereditatis non valere eam rationem afferre quod æquipolleat donationi bonorum omnium præsentium & futurorum quæ inter viuos non valeret. Non enim bonorum omniū & præsentiū & futurorū donationē valere contendimus, neque tamē eo magis admittimus posse valere donationē hereditatis siue inter viuos fiat siue mortis causa. Et verò si nihil interesset an donatio hereditatis fieret an bonorū omnium præsentiū & futurorū, sequeretur valiturā hereditatis donationē causa mortis, quia volunt omnes posse mortis causa donari bona omnia pręsentia & futura, vt iam diximus. Videtur autem mihi nostra hæc sententia probari non ineleganter ex *d.l.licet* 19. *de pact.* vbi dicitur inter paganos huiusmodi scripturam qua comprehēditur vt is qui superuixerit alterius rebus potiatur, ne quidē donationis mortis causa gestæ efficaciter speciem ostendere. Iis enim verbis ostēdunt Imperatores dubitandi rationē in ea specie aliquā esse potuisse, vt mortis causa donatio inita videretur. Nēpe quia pactū illud reciprocū non de hereditate initū fuerat sed de rebus & bonis cōtrahētiū. Nā si de hereditate conceptū fuisset, nulla poterat dubitandi ratio excogitari quo iure aut colore valere inter paganos posset. At cùm de bonis & rebus vtriusque tractatum proponeretur, probabilius videri poterat facta mutua donatio causa mortis. Quandoquidem simplex mortis causa donatio esse creditur cùm dono tibi & trado vel promitto bona mea vt post mortem meā tua fiant. Sed negant tamen Imperatores talem scripturam donationis causa mortis speciem ostendere, Non ijs vt puto rationibus quas vulgo interpretes afferre solent, puta quòd hereditas per pactū dari non possit neque per donationem causa mortis (cùm in hoc pacto nullū de hereditate verbum fuerit) neque quòd nō adfuissent quinque testes vt Petr. Cin. Alex. & alij nōnulli tradūt (nōdum enim eo tēpore cōstitutū erat vt quinque testes aut in vltima voluntate aut in donatione causa mortis legitimā summā excedēte nec insinuata requirerētur, quorū alterū lōgo post tēpore constitutū est à Theodosio in *l.vlt. C.de codicill.* alterū à Iustiniano in *l.vlt.C.de donat.causa.mort.*) neque quòd persona heredis nulla relinqueretur, ad cuius cōparationē mortis causa donatarius dici posset vt vult Accurs. Siquidē nihil repugnat quominus eadē sit persona heredis, & donatarij causa mortis vt aduersus Accursiū disputat Deci' ad *d.l.licet n.9.ad fi.* nec deniq. quod cogitasset cōtrahētes de faciēdo testamēto potius

quàm

quàm de donatione causa mortis vt vult idē Decius ad *d. l. licèt nu. 2. in fi.*(Est enim non solùm commentitia sed etiam prorsus improbabilis hæc interpretatio, cùm nulla hîc verba sint ex iis quæ ad faciendū testamentū necessaria erāt tēporibus illius legis, & ante constitutionē illā Constantini quæ verborū scrupulositatē sustulit in *l. quoniā indignū 15. C. de test.*) Sed quia voluntas nuda erat cōtrahētiū quæ ea scriptura cōtinebatur, nec vllius traditionis aut stipulationis adminiculo sustinebatur, cùm tamē nulla fieri posset mortis causa donatio nisi quæ vel traditionē comitē haberet vel stipulationē vt sæpius inculcauimus, & inculcare necesse est. Estque adeò vera & potēs hęc ratio, vt etiā inter milites inter quos eiusmodi volūtatē valere eadē lex ait, non putē tamen posse illā defēdi iure donationis causa mortis, quāuis videā cōtra sensisse Deciū ad *d. l. licet in fin.* Nullo enim iuris loco priuilegiū hoc militibus datū fuisse reperio vt valeat donatio causa mortis ab ijs facta, si neque traditio neque stipulatio interuenisse probetur. Fateor esse hoc militis priuilegiū vt suprema illius volūtas quælibet etiā minus solēnis seruāda sit. Sed dico seruandā esse iure testamēti militaris nō iure donationis causa mortis aut codicillorū aut legati aut fideicōmissi, aut vt Baldus aliíque nōnulli dixerunt, iure voluntatis innominatæ, quia nimirū volūtas quæque militis testamentū est vt scriptū aut saltem scribēdū est in *l. eius militis 34. §. vlt. D. de testam. milit.* Nec proinde fauor militum facere debet vt hęc voluntas defendatur iure donationis causa mortis in eóque violētur iuris cōmunis regulæ quæ ad mortis causa donationes pertinent, cùm sit fauorabilius militi & honorificentius vt defendatur iure testamenti, quæ potissima & dignissima species est omnium vltimarū voluntatum. Et huic nostræ interpretationi bene conuenit antithesis illa quæ ponitur in *d. l. licet inter milites & paganos.* Nam cùm inter paganos nullomodo esset valitura ea voluntas tanquam vltima voluntas ne quidem iure donationis causa mortis, inter milites tamen ex eorum priuilegio valet non solùm iure mortis causa donationis vt voluit Decius quod certe parum esset, sed quod multo plus est iure testamēti. Sed videamus ne illud etiam falsum sit quod interpretes habent pro tam certo & explorato donari vtiliter posse causa mortis vniuersitatem bonorum præsentium & futurorum. Etenim si verum est quod ad finem superioris capitis disputauimus non valuisse olim donationem vniuersitatis nulla stipulatione interueniente (hic enim casus est quem nos tractamus) hodie verò valere donationem talem si facta sit inter viuos propter Iustiniani constitutionem quæ induxit vt donatio possit incipere à conuentione, consequens est, vt nec hodie valeat donatio vniuersitatis si facta sit causa mortis, quandoquidem noua illa Iustiniani constitutio ad mortis causa donationes non pertinet vt suo loco probauimus. Manetque illud ex iure vetere, vt non possit fieri donatio causa mortis nisi traditione, vel stipulatione interueniente. Certum autem est tradi vniuersitatem non posse ne quidem bonorum præsentium, multò minùs futurorum quæ sicuti nondum possidentur à donatore, ita neque tradi possunt, neque per clausulam constituti, quæ nihil operatur nisi facto priùs possessore eo, qui constituit alieno nomine possidere vt in priore huius Chiliadis parte à nobis probatum est, itemque illud tractatum de quo nunc plura dicere nihil attinet, An clausula constituti effectum aliquem habere possit quod ad bona futura. Illa autem ratio qua interpretes mouentur, quòd parui momenti sit dicere donationem causa mortis valere quod reuocari facile possit mihi prorsus ridicula videtur. Non solùm quod ea inspectio An donatio re-

uocabilis sit necne supponit valere donationem, nec proinde facit vt eo magis valere debeat si quid desit ex iis quæ ex ratione iuris necessaria sunt ad perficiendam donationem, Verùm etiam quia facilè potest fieri vt mortis causa donatio non possit reuocari ad nutum & arbitrium donatoris, puta si ita facta sit vt mortuo donatore ex ea infirmitate omnimodo res non reddatur, quomodo mortis causa donationem fieri posse constat *l. si alienam* 13. §. 1. *D. de mort. caus. don.* quoniam etsi est ex substantia donationis causa mortis vt aliquo casu reuocari possit non tamen vt vel hoc vel illo præcisè casu, multo minus vt omni casu sit reuocabilis quemadmodum probauimus in præcedetibus Decadibus, in quibus quoniã ea quoque quęstio à nobis tractata est Si donatio siue inter viuos siue mortis causa fuerit collata in tempus quo erit mortuus donator, eandem nunc hîc retractare superuacuum foret.

Error Nonvs.

De actione hypothecaria quæ pro legatis competit an competat etiam pro donatione causa mortis.

De hoc etiã quæsitum fuit inter iuris nostri interpretes, An pro donationibus causa mortis cõpetat hypothecaria sicut & pro legatis. Nã quin pro legatis cõpetat dubitari nõ potest cùm in eã rẽ expressa sit cõstitutio Iustiniani quæ pro legatis & fideicõmissis omnibus dat tres actiones personalẽ, hypothecariam & vindicationẽ in *l. 1. C. commun. de legat.* Etsi autẽ nullũ ea lege verbũ sit de donationibus causa mortis, dubitãdi tamẽ causam magnã nostris præbuit quod vident tam ab antiquis prudentibus quàm à Iustiniano eandem passim & in omnibus constitui rationem legatorum & donationum causa mortis, quippe quæ ad instar legatorum capiantur *l. Marcellus* 15. *l. etsi* 17. *l. illud* 37. *D. de mort. caus. donat.* sed præsertim ab eodem Iustiniano in *l. vlt. C eod.* vbi constituit vt donatio causa mortis nulla ex parte vltimis voluntatibus absimilis esse intelligatur. Et hac ratione moti nonnulli ausi sunt affirmare etiam pro donationibus causa mortis non minus competere hypothecariam quàm pro legatis. Inter quos Ruin. ad *l. 1. De legat.* 1. cuius sententiam in puncto iuris veriorem esse defendit Hyppol. Riminald. in *princip. De donat. num.* 683. *&* 690. Communis tamen opinio est in contrarium post Bald. Castr. Alex. Rip. & alios ad *d. l.* 1. *de legat.* 1. cuius & ratio illa vnica adferri solet quòd huiusmodi actio hypothecaria specialiter & ex priuilegio inducta sit pro legatis & fideicommissis, nec proinde ad alios casus porrigi debeat in quibus nihil tale expressum reperitur. Ego non dubito, quin verior sit hæc sententia quam & communem esse testatur Socinus iun. ad *d. l.* 1. *numer.* 90. *&* 99. & post eum Mich. Graf. lib. sentent. §. *donatio causa mortis, quæst.* 19. sed longè alia ratione quàm quæ à cæteris adfertur. Adeò rarum est vt interpretes nostri vel vera dicant vel tum etiam cùm vera dicunt, veris tamen & genuinis rationibus moueantur. Nam licet de mortis causa donationibus nihil expressim Iustinianus constituerit, quid tamen esset absurdi legem de legatis & fideicommissis locutam ad donationes quoque istas extendere autoritate alterius illius constitutionis quæ vult in omnibus eandem esse rationem donationum causa mortis & legatorum? Præsertim verò cum ratio qua motus fuit Iustinianus vt actionem

hanc

hanc hypothecariam pro legatis & fideicommissis daret, nimirum ad conseruandam defuncti voluntatem, etiam ad donationes causa mortis accommodari posse videatur, quæ scilicet non minùs quàm legata & fideicommissa ex donatoris voluntate ac liberalitate proficiscuntur. *Nec sanè tam id egisse videtur Iustinianus vt certo generi vltimæ voluntatis quàm vt generaliter vltimis omnibus voluntatibus faueret ac priuilegium daret, confusa hac in re natura non modo legatorum omnium inter se, sed etiam legatorum & fideicommissorum simul, cùm antea esset inauditum vt pro fideicōmissis vllo casu vindicatio nedum hypothecaria daretur. Sed & cùm Marcellus in *d. l. Marcellus* sic argumentetur vt probet filiosfamilias milites posse donare causa mortis res castrensis peculij ex eo quod priuilegium ijs datum sit relinquendi per testamentum bona sua cui velint, quamuis priuilegium ijs concessum non nisi de testamento loquutum esset, quidni liceat nobis eodem ratiocinationis genere priuilegium hypothecariæ actionis concessum legatis & fideicommissis protrahere ad mortis causa donationes si aliud nihil obstet? Nec enim extensio illa est sed iusta interpretatio vt etiam legati appellatione nō minus donatio causa mortis quàm fideicōmissum contineatur. Quę interpretatio cum à prudentibus ipsis facta sit circa legem Iuliam Papiam de caducis quæ tantopere odiosa erat vt constat ex *l. & fideicommissum* 87. *de legat.* 3. quidni etiam à nobis fiet ad eam constitutionem ampliandam quæ omnium fauorabilissima esse existimatur? Alia igitur & melior ratio quærenda est propter quam non debeat hoc nobis licere vt hypothecariam legatis & fideicommissis indultam ad mortis causa donationes non producamus. Illa autem iudicio meo est optima, quòd mortis causa donatio nulla est nisi quæ vel per stipulationem fiat vel per traditionem. Quæ per stipulationem fit, contractus est & quidem stipulationis non donationis, ob idque nulla ex eo potest nasci actio nisi quatenus in stipulationem deductum est, cùm stipulatio sit iuris stricti & strictissimè interpretanda *l. quicquid astringendæ* 99. *De verb oblig at.* & consequenter cùm nulla in stipulatione facta mentio est pignoris & hypothecæ absurdum sit putare hypothecariam nasci ex tali stipulatione, & illud rursum absurdius, si quis dicat hypothecariam hanc esse tacitam & sola legis potestate inductam quæ proinde verborum adminiculo non egeat. Inauditum enim est & sine exemplo vt actio ex stipulatu habeat priuilegium tacitæ hypothecæ. Si excipias eam stipulatu actionem fictitiam quam fauore dotium induxit Iustinianus in *l. vnic. C. de rei vxor action.* quæ sicut à cæteris omnibus actionibus ex stipulatu diuersa in eo est quod bonæ fidei est ita & in eo quod tacitam hypothecam habet quoniam & ipsa tacita est. Omnia hæc contra iuris rationem, & sola potestate constitutionis ad exemplum tamen actionis rei vxoriæ ex parte, in cuius locum voluit Iustinianus eam esse substitutam. Etsi nec illa quoque rei vxoriæ actio tacitam olim habebat nullā hypothecam. Quæ verò mortis causa donatio fit per traditionē nullam obligationem parit, cum neque contractus vllus sit, neque negotiū vllum geratur inter donantem & accipientem. Et consequenter fieri nequit vt vlla eo nomine hypotheca contrahatur ne quidem tacita & ex legis potestate quia hypothecæ cuilibet siue expressa siue tacita sit commune illud est vt sit accessoria ad personalem obligationem nec proinde sine illa esse possit. Idque in ea potissimum hypotheca quam Iustinian. pro legatis induxit adeò verum est, vt quamuis illud etiam sit ex natura actionis hypothecariæ vt sit indiuisibilis

l.1.& 2.C.si vnus ex plurib.hered.debi.l.rem hereditariã 65.D.de euict. hanc tamẽ Iustinianus voluerit diuidi inter heredes ad exemplũ actionis personalis quæ & contra heredes competit & inter eos diuiditur per legem 12. tabularum pro hereditarijs portionibus *d.l.1.§.vlt C.commun.de legat.* vbi quod scriptum est *in tantum & hypothecaria vnumquemque conueniri volumus in quantum personalis actio aduersus eum competit* argumentum præbet meo iudicio non leue hypothecariam illam eius esse naturæ à cæteris hypothecarijs omnibus differentis vt non contra tertium possessorem quemlibet detur, sed cõtra heredes solos & ita demum si possideant, nec tamen quatenus possidẽt sed quatenus sunt heredes. Quod nescio an quisquã dixerit ante hũc diẽ. Nam si ea Iustiniani mens esset vt dari vellet hanc actionẽ hypothecariã contra quẽlibet possessorẽ quonã obsecro prætextu distingueremus pro qua parte sit heres is qui in solidũ possidet? Aut quænã ratio esse potest cur debeamus heredi fauere ne hypothecaria cõueniatur supra eã hereditatis portionẽ pro qua heres est magis quàm in totũ ei qui nulla ex parte est heres? Nec dicendũ est voluisse Iustinianũ hypothecã cõtrahi statim ab adita hereditate, bona autẽ quæ semel obligata fuerunt siue expressè siue tacitè alienari postea non posse nisi cum sua causa. Id enim obtineret si non aliam huic actioni naturam Iustinianus indidisset. Sed quemadmodum fecit ille vt hypothecaria hæc esset diuisibilis contra naturam hypothecariæ ita & fecit nec fuit ei difficilius facere vt non aduersus alium daretur quàm aduersus eum qui & ipse personali actione conueniri posset. Quod apertiùs expressum videtur in illo versic. *Nihil est graue etiam aduersus eum non tantùm personalem sed etiam in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus quas à testatore consecutus est.* Et sanè ridiculus sit qui in iis quæ contra rationem iuris constituta sunt à Iustiniano velit sequi regulam iuris. *l. in his quæ contra 15.ff.de legib.* Soláque ipsius voluntas inquirenda est quæ haud dubiè in proposito casu illa fuit quod & constitutio ipsa testatur, vt omnibus modis voluntati testatoris satisfieret per eum scilicet per quem satisfieri testator voluisset siue heres ille esset siue legatarius siue fideicommissarius. Neque ad rem pertinet quod hypothecariam coniungit Iustinianus cum directa rei vindicatione quam certum est dari etiam contra tertium possessorem ex alia eiusdem Iustiniani constitutione in *l.vlt.§.sin autem sub condicione eod.tit.* Eodẽ.n.argumento si bonũ esset probare posses personalem quoque actionem dandam esse cõtra tertium possessorem contra quem vindicatio datur, quod tamen nisi stultè nemo dixerit. Sic ergo necessariò intelligenda cõstitutio est vt triplex quidem ista actio pro legatis & fideicommissis detur, sed diuersis respectibus & in diuersas res, diuersásque personas. Personalis in eũ solũ qui fuit oneratus, Vindicatio autẽ in solũ possessorẽ siue ille ipse sit qui obligatus est siue alius, sed eius tãtùm rei quæ per legatũ aut fideicõmissum relicta fuit, non etiã cæterarũ rerum quæ legatæ vel fideicõmissæ nõ sint, quamuis in dominio fuerint testatoris. Hypothecaria denique nõ contra tertiũ possessorẽ, sed contra heredẽ solũ quatenus heres est: nec rursus in rem ipsam quæ legata vel per fideicõmissum relicta est (quia grauius esset vt rem sibi relictã legatarius vel fideicõmissarius diceret sibi obligatam cuius dominiũ haberet, cùm nemini possit res sua esse obligata *l.neque pignus 45.de regul.iur.*) sed tantùm in cæteras res testatoris ad eũ deuolutas qui grauatus fuit. Hoc.n.significant verba illa *& insuper vtilẽ Seruianã id est hypothecariã super his quæ fuerint derelicta in res mortui præstare.* Neq; verò si Iustinianus legatariis & fideicõmissariis omnib. fauere voluit data iis actione

in rem

in ré contra possessor. quẽlibet, i. vindicatione ipsius rei per legatũ, aut fideicrelictæ, ita & iisdem fauere debuit data hypothecaria similiter aduersus tertios possessores. Nec enim posterius hoc potuisset constitui sine summa iniuria, maximóque incommodo heredis, qui non tam facilè poterit reperire, qui cum eo velit contrahere metu pignoris istius taciti, si quod à Iustiniano inductum esse intelligatur contra tertios possessores. Et tamen non vsque legatarijs & fideicommissarijs fauere Iustinianus voluit, vt non etiam voluerit haberi rationem aliquam commodorum heredis, vt ille ipse profitetur in *d.l. vlt.§.1.* in postremis illis verbis, *ne dum legatarium satis fouendum esse existimamus, heredis commoda defraudentur*, sed & bonæ fidei emptoribus qui ré quam emerent venditoris sui esse scirent, legata verò, vel fideicommissa pro quibus tacitè obligata esset, ignorarent, facilè fraudi esse posset ea constitutio, siquidem certum est, nihil ei prodesse qui per hypothecariam cõuenitur quòd bonæ fidei possessor, at neque quòd dominus sit ne perinde conueniri possit acsi malæ fidei possessor esset, quia intentio pignoris nihil commune habet cum caussa dominij vel probæ & iustæ possessionis, *l.1.§.cùm prædium pignori. D. de pignor.* Atqui Iustiniani mens illa non fuit vt quicquam constitueret in præiudicium emptorum præsertim bonæ fidei, nisi eo casu quo illa ipsa res esset vendita, aliterve alienata, quæ expressim legata, vel per fideicõmissum proponeretur: quo demum casu placuit Iustiniano vt eiusmodi alienatio pro non facta haberetur, *d.l.vlt.§.penult.C.commun.de legat.* etiamsi legatum vel fideicommissum sub conditione relictum fuerit, & interim pendente adhuc conditione alienatio facta sit, dummodò postea conditio existeret. Existens enim quandocumque conditio legati vel fideicommissi facit vt habendum sit legatum vel fideicommissum pro purè relicto. Rei autem, cuius alius dominus vel iam sit, vel aliquando retrofingatur fuisse, alienatio sine domini iniuria permitti saltem irreuocabiliter non posset. Quod nemo non videt diuersum esse in aliis rebus, quæ legatæ, vel per fideicommissum relictæ non fueruut. Quid enim prohibere potuit, ne alienarentur, cùm earũ dominium semper fuerit heredis eiusdémque venditoris? Non igitur dat Iustinianus tacitam hypothecam legatariis & fideicommissariis contra tertios possessores, sed tantùm aduersus eos qui actione personali possunt conueniri quod eorum parum interfit qua actione conueniantur, vt id præstent quod ex testatoris voluntate omnimodo præstare compelluntur: qua ratione iam olim ita ius erat vt pro legatis saltem per vindicationem relictis variæ actiones competerent legatario, nón vt plures exerceret, sed vt eligendi haberet facultatem, *l.cùm filius 76.§. variis de legat.2.l.huiusmodi 84.§.vlt.de legat.1.* Proinde multo magis dicendum est non posse hypothecariam cõpetere pro donationibus causa mortis per traditionem factis, cùm nulla sit personalis obligatio neque in persona, neque in persona heredum ipsius, nedum in persona tertij possessoris, cui personali obligationi possit hypotheca accidere. Nã vt sæpius in hoc toto tractatu inculcauimus, qui rem aliquam tradit ex donatione causa mortis, sicuti se non obligat, ita neque de herede suo obligando cogitat, quamuis de ipso cogitet hactenus quòd donatarium mauult rem illam habere quàm heredem suum, *d.l.l. Senatus 35.§.1. D. de mort. caus. donat.* Itaque in eo deterior est donationum causa mortis conditio quàm legatorũ, quòd pro legatis & fideicommissis competit hypothecaria saltem aduersus heredem in alias res non legatas vel fideicommissas quæ fuerunt testatoris. At pro donationibus causa mortis ne quidem contra heredem donatoris, nõ

magis quàm aduersus alium extraneum quemlibet, quia neque personali vlla actione donatoris heres magis quàm donator ipse tenetur. Ad quid enim teneri potest donator qui rem donatam iam tradidit, herésve donatoris? Sicut autem in alias res quæ donatæ non fuerunt nullam hypothecariam habere donatarius potest aut debet, ita neque vlla indiget quod ad eam rem consequendam quæ donata est, cuius scilicet dominium nanciscitur statim & ipso iure post mortem donatoris, perinde ac legatarius dominiũ legati post mortem testatoris, vt consequẽter habeat paratam vindicationem aduersus quẽlibet possessorem siue donatoris heres ille sit, siue extraneus. Hæ namque sunt donationes causa mortis quæ ad instar legatorum capi dicuntur, non etiam illæ quæ per stipulationem fiunt vt suo loco monuimus. Quanquam nec omnes quæ per traditionem fiunt comparandę sunt legatis, sed eæ tãtùm quæ sic fiunt vt dominij translatio post mortem conferatur. Nam quæ sic fiunt vt dominium reuocabiliter quidem, sed tamen statim transferatur, eæ viuo donatore non solum perficiuntur, sed implentur ita vt nihil agendum supersit post obitum donatoris. Nec eo minùs tamen in iis locum habebit quod modò diximus dandam donatorio vindicationem. Immo tanto magis, quanto citiùs dominium nanciscitur, id est viuo adhuc donatore. Sed hoc casu dabo ei vindicationem iure communi, hoc est, ea sola ratione qua dominus omnibus datur iure domini, non ad exemplum legatorum. Alioquin si adeò generaliter & indistinctè hoc legatorum exemplo abuti volumus, ęquè dicẽdum erit facta iam per traditionem donatione competituram donatario personalem actionem in heredem donatoris, quomodo competeret pro legato in heredem testatoris, quod tamen absurdum fore iam supra diximus. Siquidem illo etiam casu quo personalem actionem ex donatione nasci Iustin. voluit, id est donatione facta & inter viuos & citra vllã vel traditionẽ, vel stipulationem, non ad aliud tamen inducere eam voluit aut potuit quàm vt vel donator ipse, vel eius heres rem tradere compellatur, quæ porro vbi semel tradita est, tradi ampliùs non potest, & quamuis posset, tamen actum agere frustra esset. Dicamus igitur cum receptiore interpretum sententia, pro donationibus causa mortis nullam hypothecariam competere: sed addamus, quod nemo dixit, ipsam legatorum & donationum causa mortis æquiparationem hanc iuris diuersitatem inducere, vt sicuti noluit Iustinianus hypothecariam dari legatario aut fideicommissario nisi contra eum qui personali possit actione conueniri, ita nec nos hypothecariam donatario causa mortis in quẽquam dare debeamus, cùm nemo sit in quem possit ille actionem vllam personalem exercere.

ERROR DECIMVS.

De iure adcrescendi in donationibus causa mortis.

ERIT hæc vltima quæstio ex ijs quas tractandas suscepimus, De donationibus causa mortis, quam in postremam huius Decadis partem conferre voluimus, vt sequenti Decadi viam aperiret quæ tota erit de iure adcrescendi. Quæstio igitur est à nostris quoq; interpretibus tractata, vtrum in mortis causa donationibus sit locus iuri adcrescendi; Quærendi causa eadem quæ in cæte-

cis quæstionibus suprà disputabit, Quòd donatio causa mortis nõnunquam & in quibusdam dicatur similis esse contractui, nonnunquam verò ac ferè in omnibus accedere propiùs ad naturam legatorum & vltimarum voluntatum. Nam si contractibus æquiparetur, non erit in ea ius adcrescendi, cui nullum in contractibus locum esse interpretes volũt, *ex l.si mihi & Titio* 110. *d.de verb.obligat.* si verò vltimis voluntatibus comparetur, contrà dicendum erit in ea fore locum iuri adcrescendi cui in legatis & vltimis voluntatibus semper locum esse ijdem interpretes volunt post Bart. *ad l. re coniuncti* 89. *de legat.*3. Et in hanc posteriorem partem procliuiores sunt nostrorum opiniones, vt in donationibus causa mortis perinde ac in alia qualibet vltimæ voluntatis specie locum habeat ius adcrescendi. Sic enim Bart. *ad d.l.re coniunct.ad fin.* cuius sententiam frequentiore calculo receptã esse refert *Mich. Grass.lib.sentent.§.donatio causa mortis, quæst.*16. Nos an contractibus & in legatis locus sit iuri adcrescendi nécne sequenti Decade diffusiùs & accuratiùs differemus. Nunc tamen, vt ad propositam quæstionem respondeamus, cogimur monere ac præmittere; Admissa quoque comparatione illa donationum causa mortis & legatorum, quam interpretes nostri perpetuam esse volunt, non ideo tamen consequens esse quod ijdem tam generaliter & indistinctè tradunt; In donationibus causa mortis locum esse iuri adcrescendi, quia nec in legatis id generaliter & indistinctè verum est, sed cum multis distinctionibus, An scilicet coniunctio aliqua sit inter legatarios necne; & rursum, cùm aliqua coniunctio est, qualis sit, an realis tantùm, an verbalis tantùm, an realis & verbalis simul, vt ex ijs quæ proxima Decade dicturi sumus, apparebit. Cur non igitur easdem quoque distinctiones in mortis causa donationibus adhibemus? Sed dico ampliùs, nullum me casum reperire in quo possit donatio causa mortis admittere ius adcrescendi, nisi si quis talis sit in quo posset etiam in contractibus locum habere ius adcrescendi, quod tamen vix est vt euenire vnquam possit. Nam vel ponimus in donatione causa mortis ineunda stipulationem interuenisse vel traditionem, cùm alterutro ex his duob. modis donationẽ causa mortis etiã hodie fieri oportere certũ sit, vt pbauimus in præcedentibus. Si per stipulationem facta donatio est, iam sæpius diximus, non tam donationem esse, quàm contractum stipulationis, cui donatio causam dederit, vt in *l.cùm enim* 6. *D. de nouat.* Proinde vel ex ipsa interpretum traditione, quæ in stipulationibus cæterisque contractibus iuri adcrescendi locum esse negat, dicendum erit in huiusmodi donatione ius adcrescendi locum habere non posse. Si autem traditio interuenit, puta si quis Titio & Sempronio fundum Cornelianum mortis causa donandi animo tradiderit, sicuti neque singulis in solidum traditus fundus videri potest (quia traditio nihil aliud est quàm datio possessionis: duo autem simul in solidum eandem rem possidere non possunt, *l.*3. *§. ex contrario. D. de acquir. poss.*) neque plus videri singulis donatum quàm traditum, alioqui non posset dici per traditionem facta donatio quæ traditionis limites excederet: Ita fatendum est in singulos videri collatam donationem pro parte fundi tantùm, nõ in solidum, id est, iam inde ab initio partes factas esse à donatore, quo liberalior sanè futurus sit, cui cum interpretibus velit per ius adcrescendi dare totum ei cui donator non nisi partem dedit; Igitur quemadmodum in legatis & fideicommissis dicimus nunquam esse locum iuri adcrescendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti sunt, propterea quòd semper, & ab initio partes

habeant iam à testatore ipso factas, *d.l.re coniuncti. & l.si duobus 16. in princip.l. planè 34. §.si coniunctim.de legat.*1. Ita & inter donatarios causa mortis quibus ab initio donator per traditionem partes fe. erit negandum est iuri adcrescendi locum esse, vnquam posse. Quid ergo fiet, si vnius ex donatarijs portio defecerit, puta præmortuo illo ante donatorem? Redibit donatio ad donatorem à quo fuerat profecta, nec acquiretur condonatario, nisi vel fuerit substitutus in casum vulgarem, quod fieri potest, *l. vt heredibus 50.de legat.*2.vel ex noua donatoris voluntate, si fortè rem donatam etiam post vnius ex donatoribus mortem ab altero in solidum retineri patiatur, quia nuda voluntas sufficit, neque noua traditione opus est ad perficiendam donationem eius rei quæ iam penes donatarium constituta reperiatur, *l.absenti.*2.io *d. de donat.* Putet aliquis fortasse illum etiam casum excipiendum quo id expressim actum sit per donatorem, vt singuli donatarij essent in solidū donatar.j. Exemplo eius quod euenit in pluribus legatarijs re & verbo coniunctis, puta si quis fundum Cornelianum Titio & Sempronio legauerit, *d. l.re coniuncti. & l.coniunctim 80.eod.tit.de legat.*3.itémque exemplo eius, quod scribit Papinianus in *l.eandem 9. de duobus reis*, posse fieri duos correos debendi etiam ex causa depositi & commodati, quamuis hi contractus non nisi re ac traditione perficiantur: sed non sunt ista similia. Nam quod ad legatum attinet quod pluribus coniunctim relictum sit, cùm pendeat ex sola voluntate testatoris, nihil vetat illud ita relinqui, vt legatarij singuli in solidum vocentur ad legatum, nec partes priùs fiant quàm cœperint concurrere legatarij in legati petitione. Ob idq; nimirum locus inter eos est iuri adcrescendi vt si alter non concurrat, solidum alter habeat, cui verum est solidum à testatore datum fuisse, *d.l.coniunctim.* Rursus in contractibus depositi, commodati, & similibus, quamuis re ac traditione contrahantur, nec sit in potestate deponentis & commodantis facere vt eadem res pluribus in solidum tradatur, nihil tamen prohibet ita eum pluribus simul tradere, & consequenter non nisi partis possessionem in singulos transferre, vt tamen singulorum fidem in solidum sequatur, quomodo loquitur Papinianus in *d.l.eandem.* Hoc ipsum autem vnum sufficit ad plures correos debendi constituendos, vt scilicet singulorum fidem in solidum creditor sequatur, si quidem ex eo debitorem æstimare solemus quòd ipsius fidem secuti simus, *l.cùm amplius 84.§.is natura debet.de regul.iur.* At in donatione quę per traditionem fit, nihil tale est, quia neque donator sequitur fidem donatarij, neque donatarius fidē donatoris, neque fit aut hic debitor, aut ille creditor, cum donatio non sit contractus, sed potiùs acquisitio, vt Iacobus Cuiacius, quem suo loco retulimus dicebat. Quamquam in donatione causa mortis verum est negotium quoddam geri inter donantem & accipientem, & obligari donatarium vt condictione teneatur, si casus contigerit in quem donatio reuocetur, siue ex sola iuris communis dispositione, siue ex pactione aliqua expressa, *d.l.senatus 35.§.2. D.de mort. caus. donat.* Qua ratione possit quis non malè dicere. Etiam ex donatione causa mortis per traditionem facta posse fieri duos correos debendi, si fortè fundum Cornelianum ego tibi & Titio mortis causa tradidero, ea lege vt si ex hac infirmitate conualuero, mihi reddatur, & ego in eo vtriusque vestrum fidem in solidum sim secutus. Sed non potest ea res facere vt inter te ac Titium debeat esse locus iuri adcrescendi, si tu ante me decesseris, mox ego ex eadem infirmitate. Aliud enim est, fieri nos in solidum donatarios, aliud

verò

verò fieri in solidum debitores: Donatarios facit sola traditio, quæ tamē pluribus in solidum fieri nō potest, ne quidē volente donatore, quia facti extrinseci & realis est, non solius animi, siue inter viuos, siue causa mortis facta donatio proponatur. Debitores verò facit solus consensus, cùm ex vtraque parte id agitur, vt vtriusque donatarij fidem donator in solidum sequatur, quod proculdubio agi potest, quia in animo consistit, etiamsi traditio nec facta sit, nec potuerit fieri singulis, nisi pro parte tantùm. Deniq; in tradendo partes fiunt inter donatarios, sed in donatariis donatori obligandis, in casum reuocatis donationis partes fieri non est necesse si conuenerit vt in solidum obligentur, quia traditio facti est obligatio iuris, *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios. l. 1. §. vlt. D. de rer. diuis.* De his quæ iuris sunt disponit ius ipsum pro arbitrio: de his quæ sunt facti, non item, vulg. *l. denique 19. D. ex quib. caus. maior.* Mouentur interpretes nostri errandique occasionem sumūt ex eo quod Iustinian. in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* vbi tractat de legatariis & fideicommissariis coniunctis, deque iure adcrescendi inter eos inducendo, idem ius constituit in donationibus causa mortis, quod in legatis & fideicommissis. Primùm in §. *sin autem aliquid sub conditione*, in postremis illis verbis *cùm certi iuris sit & in institutionibus & in legatis fideicommissis & mortis causa donationibus posse substitui.* Deinde in § penult. vbi generaliùs scribit in hæc verba, *Hæc autem omnia locum habere censemus tam in testamentis siue in scriptis siue sine scriptis habitis, quàm in codicillis & omni vltimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, necnon in mortis causa donationibus.* Sed ad priorem locum facilis responsio est, donationes causa mortis non comparari institutionibus legatis & fideicommissis, quantum ad ius adcrescendi, sed quantum ad hoc tantùm vt donatario causa mortis perinde ac heredi & legatario & fideicommissario substitui vulgariter possit, quod & scriptum est in *d. l. vt heredibus 50. de legat. 2.* nam & per fideicommissum substitui posset, *l. 1. C. donat. caus. mort.* Ad posteriorem vero etsi difficilior responsio videtur, responderi tamen commodissimè potest Iustiniani sententiam non illam esse vt eadem in omnibus ratio constituenda sit legatorum & donationum causa mortis; sed hanc potiùs, vt quæ de legatis & fideicommissis constituerat ne fierent caduca vel in causa caduci sublata in hanc rem lege Papia, eadem locum habere debeant in donationibus causa mortis, sicut è contrario ante Iustinianum ita ius erat, vt lex Papia de caducis, tametsi de hereditatibus tantùm & de legatis locuta fuisset, tamen non ad fideicommissa solùm, sed etiam ad mortis causa donationes protraheretur, *l. & fideicommissum 87. de legat. 3.* Idq; Iustinianus ipse non obscurè exprimit cùm post supradicta verba subijcit, *Tantum enim nobis superest clementiæ quòd scientes etiam fiscum nostrum vltimum ad caducorum vindicationem vocari.* Nec quicquam apertius est quàm Iustinianum ea constitutione id potissimùm agere, vt caducorum ius & legem Iuliam de caducis tollat, cætera verò quæ interferit ille de adcrescendi iure, magis per occasionem quàm ex professo tractari. Sed etsi admitterem hanc Iustiniani mentem fuisse vt eandem faceret in omnibus rationem donationū causa mortis & vltimarum voluntatum, quod tamen non prius ab eo inductum est, quàm tulerit legem vlt. *C. de donat. caus. mort.* nihilomagis ex eo probares in donationibus causa mortis locum esse iuri adcrescendi, quia neque ex ea constitutione probare possis inter legatarios quoslibet id ius obtinere, sed inter eos tantùm qui sunt coniuncti, scilicet vel re, & verbis, si-

mul, vel re tantùm. Nam qui verbis tantùm coniuncti ſunt, ij cùm ab initio partes habeant, non poſſunt videri coniuncti quod attinet ad ius adcreſcendi. Atquin donatarij cauſa mortis quantumcumque coniuncti ſint facta per traditionem donatione, non alijs tamen legatarijs aſſimilari poſſunt, quàm qui ſint coniuncti verbis tantùm, quia, vt iam dixi, perinde ab initio partes habent. Non poteſt igitur ſola iſta donationum cauſa mortis & legatorum comparatio facere vt in donationibus cauſa mortis admittendum ſit eſſe locum iuri adcreſcendi. Et hæc ſanè potiſſima errandi cauſa interpretibus noſtris fuit, quod putarunt ius hoc adcreſcendi in legatis & fideicommiſſis omnibus locum habere, ſed illa præterea, quòd de donatione cauſa mortis ſic loquuntur, quaſi poſſit fieri nudo pacto, nec niſi voluntatem nudam requirat donatoris, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. ſi quis argumentum 35. §. pen. C. de donat.* Cùm tamen illud ex iure vetere omnino ſuperſit vt niſi traditione vel ſtipulatione interueniente donatio cauſa mortis fieri nullomodò poſſit, quemadmodum à nobis ſæpiùs diſputatum, probatúmque eſt; De mortis cauſa capionibus, an in ijs locus ſit iuri adcreſcendi, quoniam alia quæſtio eſt, ſequenti Decade tractabimus.

* *
*

ANTONII FABRI IC. SEBVSIANI, SABAVDI, &c.

DE ERORIBVS PRAGMATICORVM, ET INTERPRETVM IVRIS,

DECAS QVADRAGESIMA NONA.

ERROR I.

De iure adcreſcendi tractaturos nos tota hac Decade auſpicari conuenit ab hac quæſtione, Quænam ſit cauſa iuris adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis. Inde namque fluxerunt errores illi omnes, de quibus poſtea dicemus, quòd cauſam & originem iuris adcreſcendi non intellexerunt. Atque vt de hereditatibus primùm tractemus, ſi noſtros interroges, Cur inter coheredes etiam inuitos locus ſit iuri adcreſcendi (eſſe enim neque quiſquam dubitat, neque dubitari poteſt, *l. ſi quis heres 31. l. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1. D. de acquir. hered.*) ſtatim adferent rationem hanc, & quidem vnicam quæ in omnium ore eſt, quod alioqui fieret, vt quis pro parte teſtatus decederet, pro parte inteſtatus contra iuris regulam, de qua in *l. ius noſtrum 7. de regul. iur.* Sic enim ex communi antiquorum & recentiorum ſententia ſcribit Mich. Graſſ. in *§. ius adcreſcendi, quæſt. 3.* Quam rationem licèt vera ſit, cùm factum fuit teſtamentum, germanam tamen, & propoſitæ quæſtioni aptam non eſſe ex eo apertiſſimè intelligitur, quòd nullo facto per patremfamilias teſtamento habere locum non poteſt, quia etiamſi negaremus eſſe hoc caſu locum iuri adcreſcendi, non ideo tamen conſequens fieret vt pro parte teſtatus deceſſiſſe videretur is qui teſtamentum nullum feciſſet. Atqui non minùs ab inteſtato, quàm teſtamento facto verum eſt deficientis coheredis portionem hereditariam coheredi etiam inuito adcreſcere, adeòque, quod magis mirum eſt, etiam ad ipſius heredem tranſmitti, *l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & legit.* Quinimò multo faciliùs eſt vt poſſit quis decedere pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus, quàm vt ab inteſtato heredem pro parte hereditatis habere poſſit. Prius enim aliquando permittitur etiam in pagani hominis hereditate, nimirũ ex poſtfacto, id eſt poſt aditam in ſolidũ ex teſtamento hereditatem, puta ſi contingat moueri querelam inofficioſi teſtamenti vel ab vno ex fratribus exheredatis vel contra vnum ex heredibus inſtitutis, vt in *l. nam etſi 15. §. vlt. & l. circa 24. D. de inoffic. teſtam.* Poſterius verò numquam, neque ab initio, neque ex poſtfacto. Vera igitur ratio illa eſt quam in prima Chiliadis noſtræ parte quodam loco attulimus, quòd heres ad hoc fiat per legem duodecim tabularum, itémque hereditas vt repræſentet perſonam defuncti quæ indiuidua eſt, nec repræſentari pro parte poteſt.

Nam & inde est quòd hereditas indiuidua esse dicitur, *l. Pomponius 8. in fin. D. de rei vindicat.* heres autem & hereditas eodem modo se habent ad personā defuncti repræsentandam, *l. heres & hereditas 22. D. de vsucap.* Nec est contrarium quòd aliquando permittitur vt decedat quis pro parte testatus, pro parte intestatus ex postfacto, *d. l. nam etsi. §. vlt. & d. l. circa.* Eo namque casu satisfactum est legi & rationi iuris statim atque hereditas patris semel adita in solidum fuit ex testamento: & quod postea hereditas desinit esse adita ex testamento pro ea parte pro qua testamentum per querelam inofficiosi ruptum fuit, non facit vt persona defuncti non repræsentetur ab herede testamentario nisi pro parte, sed potiùs vt duæ huius hominis hereditates fuisse intelligantur, vna testamentaria, alia legitima, quarum vnaquæque personā defuncti repræsentet, illa ex testamento, ista ab intestato. Quod etsi nouum quoque videtur, vt est, & à iuris ratione satis alienum, eo tamen colore defenditur, quòd hereditas quæ adita fuit, desijt esse hereditas, factáque est patrimonium heredis, & in eo statu manet, quamdiu testamentum subsistit, vt proinde nulla iam pro ea parte testamentaria hereditas dici possit. Pro quā verò parte ruptum fuit testamentum, sicuti non potest videri quisquā heres esse ex eo testamento quod ruptum fuerit, ita & hereditas quæ pro illa etiam parte videbatur cōuersa in patrimonium heredis, nec ampliùs esse hereditas, reperitur perinde esse hereditas acsi numquam adita fuisset; at non eiusdem speciei, quoniam quę ante aditionem fuerat hereditas testamentaria, quippe quæ ex testamento & delata erat, & acquiri poterat, adeóque re vera fuit acquisita, postea rupto tandem testamento reperitur hereditas legitima, & intestati, sed eo tempore quo non est hoc absurdum, cùm hereditas nulla sit testamentaria. Nam quod dicimus, non posse quem decedere pro parte testatū, pro parte intestatum, non alium sensum habet quàm hunc, Eiusdem hominis non posse eodem tempore duas esse hereditates, quarum vna sit testamentaria, alia legitima, nec vnam hereditatem, quæ sit duplicis huius conditionis, id est pro parte testamentaria, pro parte legitima. At eius hominis cuius nulla amplius hereditas ex testamento est, quia iam habet testamentarium heredem, aliquam reperiri ex postfacto legitimam hereditatem, nouum & rarū magis quàm absurdum est, quoniam vtraque hereditas in idē tempus nō cōcurrit. Et hæc quidem de causa iuris adcrescendi in hereditatibus. In legatis verò, & in fideicommissis, si quæratur quare ius adcrescendi locum habeat, non eadem ratio adferri potest, sed tota petenda est ex testatoris voluntate, vt inter quos testator voluit iuri adcrescendi locum esse, inter eos solos sit, inter alios nō item. Nulla enim necessitatis ratio excogitari potest, quæ nos cogat ius adcrescendi in legatis & fideicommissis inducere, siue præter, siue contra voluntatem testatoris, cùm deficiēs portio commodè possit remanere penes heredem oneratum, nec in eo absurdi quicquam futurum sit. Quomodo è contrario perabsurdum esset dari totum legatum vel fideicommissum prætextu iuris adcrescendi ei cui testator non nisi partem dedisset, vt postea dicemus, quod tamen eueniret, si præter, nedum contra voluntatem testatoris ius adcrescendi in legatis & fideicommissis induceretur. Atrursum voluntas illa testatoris in iure adcrescendi inter legatarios ac fideicommissarios inducendo, non ex sola & qualibet coniunctione colligenda est, vt volunt pragmatici & interpretes nostri, vt post alios tractat idem Michael Graff. quæst. 4. sed ex ea tantùm coniunctione quæ sit realis, quæ tum facta intelligitur, cùm ad eandem

ad eandem rem plures sine partibus vocati sint, ita vt singulis tota res relicta sit, nec nisi per concursum partes fiant, vt proinde inter legatarios & fideicõmissarios huiusmodi ius adcrescendi potiùs dicendum videatur ius non decrescendi si quis propriè ac partitè loqui velit. Numquam enim ad hoc competit, vt plus habeat legatarius aut fideicommissarius, quàm ei testator dederit, sed tantùm vt illud ipsum habeat quod testator dedit nullius socij concursu deminutum, quod habere tum non potuisset, si socius per concursum partem fecisset. Quod inter heredes dissimile est, quia etiamsi testator ita scripserit, *Titius ex semisse heres esto, Sempronius ex alio semisse heres esto*, Titio semissem suum repudiante, Sempronius, quamuis non nisi ex alio semisse scriptus, totam nihilominùs hereditatem habebit, eo iure quod verè adcrescendi appellatur, cuius scilicet potestate fit, vt propter adcrescentem portioni portionem habeat totam hereditatem is cui testator non dederat nisi partem: adeò vt nec sit in testatoris potestate ius adcrescendi prohibere inter heredes, non magis quàm facere ne leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest 55. D. de legat.* 1. cùm ius adcrescendi sit ex lege duodecim tabularum sic à prudentibus interpretata, vt ne quidem per testamentum posset quis facere vt decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus: multo magis vt non posset quis heredem ab intestato pro parte habere, & pro parte nõ habere. In quo ridere soleo subtilitatem illorum quos refert *Graff. in §. ius adcrescendi. quæst.* 1. existimantium verbis illis legis duodecim tabularum, *Paterfamilias vti sua rei legassit, ita ius esto*, datam cuilibet testatori tam plenam disponendi facultatem, vt posset, si vellet decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus: quasi verò potuerit quis ex ea lege facere testamentum sine alicuius heredis institutione, aut heredem habere sine hereditate, aut eã hereditatem sibi effingere, quæ indiuidua nõ esset: quorum omnium nihil certè est quod nisi perabsurdè dici possit. Nam ab ipso initio eius temporis quo leges duodecim tabularum in vsu esse cœperunt, dubitandum non est iusta interpretatione coangustatam fuisse nimiam illam & effrenatam testandi licentiam autoritate siue prudentum siue magistratuum iura in ciuitate constituentium, vt scriptum est in *l. verbis legis* 120. *D. de verb. signi.* solorúmque militum priuilegium illud est, vt possint decedere pro parte testati, pro parte intestati; non quia per legem aliquam, nedum per statutum id fieri possit, vt vulgò creditum est, sed quoniam ea propria & vnica lex est testamentorum militarium, vt omnibus legibus & solennitatibus sint soluta. Inde igitur est quòd inter heredes non tantùm inuitos sed etiã inuito testatore iuri adcrescendi locus est: Inter legatarios verò, vel fideicommissarios inuitos nũquam, nec rursus inuito testatore. Quamquam non eo minùs appellatur inter istos quoque ius adcrescendi, retento eodem nomine, licèt non eadem nominis potestate, *l. 1. & tot. tit. D. de vsufr. adcresc. l. ex Proculo* 20. *de legat.* 2. *& alibi passim.* Esset enim duriusculum vocare ius nõ decrescendi, quamuis ita penè locutus videatur Iustin. in *l. vnic. §. vbi autem. C. de caduc. toll.* Obiiciat aliquis fortasse, Inter heredes quoque ius adcrescendi ex tacita testatoris voluntate descendere, ob idque tacitam substitutionem dici in *l. si Titio & Meuio* 61. *§. Iulianus. de legat.* 2. quæ idcirco excluditur per expressam, siquidem substitutus præfertur coniuncto, *l. vnic. §. pro secundo. & §. sin autem aliquid. C. de caduc. tollend.* Sed respondeo tunc ius adcrescendi ex voluntate testatoris descẽdere cùm testator vel idipsum expressit, vel de eo nihil cauit, quia in dubio nõ

aliud testator velle creditur quàm quod lex præcipit. Cæterùm etiamsi à testatore ius adcrescendi prohibitum sit, nō eo minùs habebit locum inter heredes. Ex quo apparet non descendere ius hoc ex testatoris voluntate siuè expressa siue tacita, siue immediatè, siue mediatè, vt vult *Graß. post alios, qu. 2.* sed ex lege sola.

ERROR SECVNDVS.

De heredibus & legatariis ex parte, & ex partibus.

CONFVNDVNT passim nostri hoc in tractatu institutionem heredum, quæ facta sit ex parte, & eam quæ facta sit ex partibus, vt è contrario, quod consequens est, institutionem quæ fit sine parte, & eam quæ sine partibus. Neque contenti hoc errore, confundunt etiam institutiones & legata, vocántque legatarios ex parte & ex partibus, quibus testator partes adscripsit, sine parte autem & sine partibus, quibus testator rem aliquam legauit nullis partibus adscriptis. Vt ex iis videre est quæ tractat Bartolus ad *l. re coniuncti 89. num. 8. de leg. 3.* & ex communi nostrorum sententia *Mich. Grass. in §. ius adcrescendi. quæst. 5 num. 4.* Duplex hîc error est, & grauissimus vterque. Aliud enim est esse institutos heredes ex parte, aliud ex partibus: aliud institutos esse sine parte, aliud sine partibus, quod & ante nos ingeniosissimè obseruauit Anton. Goueanus in suo illo pereleganti tractatu *de adcrescendi iure.* Cùm verò de legatariis agitur, possunt quidem illi etiā ex partibus aut sine partibus vocati esse, itémque interdum ex parte, sed numquam sine parte. Dicuntur heredes instituti ex parte, quibus testator certam partem hereditatis dedit ex iis scilicet partibus quæ in iure consistunt, puta vnciam, sextantem, quadrantem, trientem, & hoc modo, *Titius heres esto ex semisse, Sēpronius & Mæuius ex alio semisse heredes sunto.* Instituti sunt hoc casu omnes ex parte; sed cum hac differētia, quòd Titius in parte sua solus est, Sempronius verò & Mæuius ad eandem partem coniunctim vocati. Sine parte instituti sunt quos testator ita instituit vt nullam partis fecerit mentionem, puta si sic scripserit, *Titius heres esto, Sempronius & Mæuius heredes sunto.* Hic enim neque semissem, neque aliam vllam hereditatis partem testator expressit. At ex partibus instituti sunt illi, quibus testator non partem, sed partes adscripsit; quod contingit, cùm eos, quos siue ex parte, siue sine parte heredes scripsit, admitti vult ex æquis, aut etiam ex disparibus portionibus in hunc modum: *Titius heres esto ex semisse, Sempronius & Mæuius ex alio semisse pro æquis partibus heredes sunto.* Sunt instituti Sempronius & Mæuius non tantùm ex parte, sed etiā ex partibus, quemadmodum & si testator ita scripsisset, *Titius heres esto ex semisse, Sempronius & Mæuius ex alio semisse, Sempronius quidem pro semissis illius triente, Mæuius pro reliquo heredes sunto.* Nisi quòd hoc casu instituti sunt Sempronius & Mæuius, non tantùm ex partibus, sed etiam ex inæqualibus, qui tamen instituti essent sine partibus, quamuis ex parte, si substitutio ita simpliciter concepta proponeretur: *Titius heres esto ex semisse, Sempronius & Mæuius ex alio semisse heredes sunto.* Ita fit, quod interpretibus peradoxū est, vt possint aliqui heredes instituti esse ex parte, & tamen sine partibus; & contra,

contrà, quod magis mirum videatur, ex partibus sine parte, hoc modo, *Titius heres esto, Sempronius & Maeuius ex aequis partibus heredes sunto.* Nec enim negari potest, quin hac in specie Sẽpronius & Maeuius instituti sint ex partibus cùm instituti sint ex aequis, neque tamen possunt dici ex parte aliqua instituti, cùm nullam hereditatis partem testator iis adscripserit, sed potiùs in secundum assem eos vocauerit dato primo toto asse soli Titio; sed & si ita scripsisset, *Titius heres esto ex semisse, Sempronius & Maeuius heredes sunto,* quamuis dubitari nequeat quin ad reliquum primi assis semissem coniũctim vocati sint Sempronius & Maeuius, perinde ac si semissis illius mentio facta esset, non ideo tamen possent dici ex parte instituti quia partem illam facit sola iuris interpretatio, non expressa conceptio verborum testatoris, quem verum est non coniunxisse istos in vlla hereditatis parte. Et ideo repudiante portionem suam Sempronio non debet illa adcrescere Maeuio soli, sed Titio & Maeuio simul pro hereditariis portionibus, quia quod ad ius adcrescendi attinet, non sunt coniuncti qui sine parte heredes instituuntur, vt ait Vlpianus in *l. item quod Sabinus 17. §. vnde idem tractat D. de hered. instit.* Adcresceret soli Maeuio, si testator ita scripsisset, *Titius heres esto ex semisse, Sempronius & Maeuius ex alio semisse heredes sunto,* quia hoc casu instituti sunt Sempronius & Maeuius ex certa parte, id est ex semisse, & ad vnum semissem coniunctim vocati, vt proinde ex voluntate testatoris deficiens portio Sempronij adcrescere debeat soli Maeuio qui solus coniunctus fuit, non etiam Titio qui & re & verbis disiunctus est, in alio scilicet semisse institutus. Etsi enim verum est quod superiore capite diximus locum esse iuri adcrescendi inter coheredes quantumuis disiunctos, facit tamen ius coniunctionis vt in eo iure adcrescendi, coniuncti sint praeferendi disiunctis. Idque est quod supradicto loco Vlp. ait non esse coniunctos, quod ad ius adcrescendi attinet, eos qui sine parte instituuntur, non habere scilicet ius praelationis quod haberent si essent coniuncti. Numquam enim dubitatur inter heredes quin portio vnius deficiens adcrescere debeat caeteris, etiamsi coniunctio nulla sit, sed de illo tantùm cui ex caeteris, hoc est, de iure praelationis, non de iure adcrescendi. Sicque intelligi debent prudentes nostri, quoties de adcrescendi iure inter heredes tractant. Et ob id semper posuimus tres heredes scriptos esse, quia si duo tantùm essent, quorum alter repudiaret, non eo minùs quidem ius adcrescendi locum haberet, sed nullus tamen quaestioni de iure praelationis locus relinqueretur, cui nimirum nisi inter duos pluresve inuicẽ contendentes locus esse non potest. Quod in legatis & fideicommissis secus est, in quibus coniunctio sola & necessaria est, & attenditur, quoties non tantùm de praelatione, sed etiam de ipso adcrescendi iure disputatur, quia vt in praecedentibus diximus, deficiens portio legati vel fideicommissi neque adcrescit inuito, neque etiam volenti, si non sit coniunctus. At rursum vt heredes pro coniunctis habeantur, quod ad ius adcrescendi, hoc est praelationis attinet, non sufficit quòd ex parte instituti sint, sed illud etiam requiritur vt sint instituti sine partibus, eo quo suprà diximus modo, *Titius heres esto ex semisse, Sempronius & Maeuius ex alio semisse heredes sunto.* Nam si essent instituti Sempronius & Maeuius non solùm ex parte, verùm etiam ex partibus, puta si institutio sic concepta proponeretur, *Titius ex semisse heres esto, Sempronius & Maeuius ex alio semisse pro aequis partibus heredes sunto,* non haberet Maeuius ius praelationis in deficiente portione Sempronij, quoniam ad-

Mæuius instituti singuli ex quadrantibus, quàm vt habeantur pro institutis ex vno eodémque semisse qui postea diuidatur in quadrantes: Nimirũ quod attinet ad ius adcrescendi & prælationis, quoniam alioqui certum est in hac quoque specie hactenus coniunctos esse Sempronium & Mæuium vt ad eũdem semissem vocentur, quomodo scriptum est in *l. triplici* 142. *vers. videamus. de verb. signific.* qui locus ita conciliandus est cum *d. §. vnde idem tractat. d. l. item quod Sabinus* 17. *de hered. instit.* vbi ob hanc causam non ita loquitur Vlp. vt simpliciter & absolutè dicat eos qui sine parte instituuntur, coniunctos non esse, sed cum hac adiectione, *quantum ad ius adcrescendi.* Sed cùm testator certam partem expressit, ex qua Sempronium & Mæuium instituit, licèt pars illa per legem subdiuidatur in quadrantes, quia tamen verum est fuisse illos coniunctim ad semissem vocatos à testatore, non possunt perinde haberi acsi separatim scripti fuissent ex quadrantibus, quoniam diuisio illa quæ per legem fit semissis in quadrantes, non fit ad tollendam eam coniunctionem quam testator induxit, sed tãtùm hereditatis inter heredes distribuẽdæ gratia, ob idque nec impedit quominùs in deficiente portione Sempronij Mæuius debeat præferri Titio tanquam coniunctus. Legatum verò fundi Corneliani relictum Titio primùm ex semisse, deinde Sempronio & Mæuio simpliciter non potest sic accipi, quasi relictum sit Sempronio & Mæuio ex quadrantibus, quia fundus cùm in corpore non in iure consistat, nullas habet iuris partes, sed eas tantùm quæ sint & corporales & æquales, & quas nec fieri necesse esset, nisi cõmodioris diuisionis causa: vt ex eo apparet, quòd si malint Sempronius & Mæuius hoc casu manere in communione, nec alter alterum ad diuisionem prouocet, erunt in communione fundi legati, qui tamen non essent in communione hereditatis etiam ante acceptum iudiciũ familię erciscundę, tanquam habente vnoquoque propriam & separatam portionem hereditariam, ipsis etiam corporibus hereditariis manentibus indiuisis. Differt enim toto genere hereditas à rebus hereditariis, non etiam legatum à re legata, cùm legatum, licèt iuris ciuilis nomen sit, in iure tamen non vsque adeò consistat vt possit esse sine aliqua re, non magis quàm vt legatarius sit successor iuris. *l. quædam* 9. *§. nihil interest. D. de eden. §. legatarios. Inst. de testam. ordin.* Igitur cùm quis legauit Titio fundi Corneliani dimidiã, Sempronio verò & Mæuio eiusdem fundi dimidiam alteram, dicendum est, vocatos esse Sempronium & Mæuium ad eandem rem, ac proinde ad eandem fundi Corneliani partem, id est, ad dimidiam hoc ipso quod sine partibus vocati fuerunt, (sicut è contrario supra diximus, heredes institutos sine parte, hoc ipso ex partibus scriptos intelligi) & consequenter deficientem Sempronij portionem soli Mæuio, nõ etiam Titio adcrescere debere, quod tamen secus esset, si fuissent honorati ex æquis partibus, quoniam hęc adiectio separationem partium induxisset, fecissetque vt verbo tantùm coniuncti dicendi essent, quomodo qui cõiuncti sunt numquam habent ius adcrescendi, vt postea dicemus.

ERROR TERTIVS.

De coniunctione verbis tantùm.

TRIPLICI modo coniunctio intelligitur, inquit Paulus in *l. triplici 142. de verb. signific.* Aut enim re tantùm & per se coniunctio contingit, aut re & verbis, aut verbis tantùm. Re tantùm coniuncti dicuntur, qui diuersis orationibus ad eandem rem vocantur, vt si testator dixerit, *Lego Titio fundum Cornelianum, eundem fundum lego Sempronio* (ponimus exemplum in legatis, quia in hereditatibus nihil refert an coniuncti sint heredes, an disiuncti, nisi cùm de iure prælationis magis quàm de iure adcrescendi disputatur, vt diximus in præcedentibus) sunt enim hîc duæ orationes, & tamen vnus tantùm fundus, ad quem Titius & Sempronius simul vocantur, cùm singulis fuerit in solidū legatus. Verbis tantùm coniuncti dicuntur è contrario, qui vna eadémque oratione vocantur ad res diuersas, quod euenit si testator ita scripserit, *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum pro æquis partibus.* Hîc enim vna tátùm oratio est per quam Titius & Sempronius vocantur, & tamen diuersæ sunt res ad quas vocantur, Data siquidem est vnicuique pars fundi, nec pars vni data eadem est quæ alteri data fuit, licèt partes indiuisæ sint, *l. Mæuius 66. §. duorum. de legat. 2.* Denique re & verbis coniuncti sunt qui eadem oratione ad eandem rem vocantur, puta legato pluribus ita relicto, *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum.* Vna nāque hîc oratio est, & vna eadémq; res ad quam vocantur ambo, fundus scilicet Cornelianus vnicuique ipsorū in solidum legatus. Et in hoc nobis conuenit cum pragmaticis & interpretibus iuris omnibus. At non etiam in eo quòd nostri volunt posse verbis tátùm coniunctos dici etiam illos qui ad eundem fundum vocati sint pro inæqualibus portionibus, puta hoc modo, *Sempronio lego fundum Cornelianum pro octo vnciis, Titio autem pro quatuor.* Quo exemplo vtitur Mich. Grass. in *§. ius adcrescendi, quæst. 4. num. 5 post Bart. ad l. re coniuncti. nu. 14. de legat. 3.* & alios multos ibidem relatos. Nec enim dubito quin ita concepto legato, Titius & Sempronius non tantùm re, sed etiam verbis disiuncti sint, vel ex ipsa Bartoli traditione quæ vult coniunctionem istam verbalem, quòd sanè verum est, non pendere nisi ab vnitate sermonis. Nam in proposita specie licèt semel tátùm expressum sit verbum *lego*, quæ vna res Bartolo cæterisque interpretibus imposuit, fatendum tamen est duas esse orationes, quia idem verbum subintelligi necessariò debet, tacitéque repeti vt construi oratio possit. Quid autem refert an bis, an verò semel exprimatur, & semel subintelligatur? Sunt igitur duæ orationes, non minùs quàm si ita scriptum esset, *Sempronio fundum Cornelianum lego pro octo vnciis, Eundem fundum Titio pro quatuor vnciis lego*, quo casu nemo dubitaret quin essent Sempronius & Titius tam verbis quàm re disiuncti. Ideóque fatendum est errasse Bartolum, & cæteros à Grasso vbi supra relatos, in eo quòd scripserunt verbalem coniunctionem perinde fieri posse per dictionem aduersatiuam, *autem*, vel *verò*, atque per copulatiuam. Id enim falsum est cùm aduersatiuæ dictionis vsus nullus esse possit, quin oratio duplex fiat: quod etsi tam naturalem intellectum habet, vt probatione non egeat, probatur tamen non malè ex *l. Lucius 78. §. quæ habebat. D. ad SC. Trebell.* in cuius loci specie quod pro responsione ait Bartolus duplicem fuisse sermonem & orationem testatricis, verum quidem est, sed tamen aliam iudicio meo rationem non habet, quàm quòd licèt vnico tantùm verbo vsa testatrix fuisset, non tamen poterat verbum illud nisi tacitè repetitū vtrique parti orationis subseruire propter aduersatiuam, cuius ea natura est,

vt omnimodo & semper diuersam faciat orationem. Itaque quamuis testatrix ita scripsisse proponeretur, *ita tamen vt decem vncias Caius habeat, duas autem Seius nepos habeat*, bis repetito verbo illo *habeat* (ad quod videtur respexisse Bartolus, cùm dixit duas eo loco proponi orationes) nihilominùs idē proculdubio dicendum fuisset, etiamsi in altera tantùm, siue priore, siue posteriore parte clausulæ verbum illud *habeat* expressum fuisset, in altera verò prætermissum, quod & elegantius videri debuisset. Nemo enim nō videt eius verbi *habeat* non tantùm superuacuam, sed etiam insulsam esse eo loco repetitionem. Indéque est quod videmus Paulum in *dict. l. triplici* tam diligenter & auxiè inquirere, an verbalis coniunctio possit fieri per articulum *cum* hoc modo, *Titio cum Sempronio fundum Cornelianum lego*, an verò necessarius sit vsus syllabæ *&*, cuius proprium est vt faciat coniunctionē *d. l. si ita quis 66. D. de hered. instit.* Ac quamuis respondeat nihil interesse vtro modo testator locutus sit, an ita, *Titio & Sempronio*, an ita potiùs, *Titio cum Sempronio*, quoniam vtraque coniunctio est *l. Titiæ textores 36. §. penult. l. si quis inquilinos 112. §. si ita de legat. 1.* ex eo tamen intelligimus non idem responsurum eum fuisse de dictione aduersatiua, quæ scilicet nihil commune aut simile habet cum dictione copulatiua. Sanè quod de alternatiua scribit Bart. eúmq; post alios secutus Grassus *dict. quæst. 4. num. 5.* ex ea quoque fieri cōiunctionem, verū qui dem est propter Iustiniani constitutionem in *l. cùm quidā 4. C. de verb. signific.* quæ induxit vt nihil referat an testator sic dixerit, *Titio & Sempronio fundum cornelianum lego*, an ita, *Titio aut Sempronio*, sed tamen abhorret omnino à ratione iuris, secundùm quam fieri nequit vt coniuncta pro disiunctis accipiantur, aut contrà, quin omnes siue defunctorum, siue contrahentiū voluntates & dispositiones perturbentur, nisi cùm alioqui futurum esset vt absurdum aliquod sequeretur, quod tamen in proposito nullum posset emergere, quoniam cùm Titio, aut Sempronio fundus Cornelianus legatus est, optimum facilémque exitum habere defuncti voluntas potest, illum videlicet vt ei qui prior legatum petet, déque eo litem contestabitur, soli totum debeatur, arg. *l. si pluribus 33. ad fin. de leg. 1. iunct. l. si Titius 9. D. de verb. obligat. l. pluribus 32. D. de procurat. l. ex duobus 16. D. de duob. reis.* Nisi maluerit heres ante legati petitionem eligere cui daret, *l. si Titio aut Seio 16. de legat. 2.* Et ridiculum est argumentum quo vtitur Iustin. ex interdicto *Quod vi aut clam*, quasi in iis edicti verbis sumatur disiunctio pro coniunctione. Nam si ita esset, sequeretur non fore locū edicto, nisi cùm opus & vi & clam simul factū probaretur, quod falsum est, quamuis possit nonnunquā, sed perrarò contingere, vt idem opus & vi & clam factum probetur, vt in *specie l. is qui in puteum 11. §. interdictum. D. quod vi aut clam.* de quo plura scripsi ad *l. Lucius 85. D. de hered. instit. lib. 18. Coniect.* Sed ea disputatione in præsens omissa, dico etiāsi fecerit Iustinianus, vt legato ita relicto, *Titio aut Sempronio fundum lego*, disiunctio pro coniunctione accipiatur, non ideo tamen fecisse illum vt per eiusmodi formulam possint videri Titius & Sempronius verbis tantùm coniuncti. Nam etsi testator expressim eos coniunxisset hoc modo, *Titio & Sempronio fundum cornelianum lego*, non verbis tantùm, sed etiam re coniuncti essent, nisi poneres subiectam adiectionem illam *pro æquis partibus*, quam tamen adiectionem apertum est non nisi ridiculè subiici posse legato alternatiuè relicto in hunc modum, *Titio aut Sempronio fundum Cornelianum pro æquis partibus lego.* Nam qui disiunctiuè loquitur, alterutrum duntaxat vult,

d.l. si Titio 16. de leg. 2. l. ille aut ille 25. de legat. 3. qui verò adiicit *pro æquis partibus*, vtrique dat partem, & ita secum pugnaret qui ita loqueretur. Nisi huius absurdi euitandi gratia disiunctionem pro coniunctione acciperemus, quod in proposita specie fieret sanè ex aperta testatoris voluntate. Ex his apparet fieri non posse vt verbis tantùm coniuncti sint ij quibus testator inæquales partes adscripserit, quia non possunt inæquales partes adscribi nisi diuersis orationibus. Ob idque solent prudentes nostri cùm tractant de verbo tantùm coniunctis, exempla ita concipere vt addant verba illa, *pro æquis partibus*, vt in *d.l. re coniuncti. de legat. 3. d.l. si ita quis 66. de hered. instit. l. pen. D. de vsufr. adcresc.* Quod ab ingeniosissimo I.C. Antonio Goueauo feliciter obseruatũ, fecit vt ille scripserit, non posse fieri vt verbis tantùm coniuncti sint, nisi qui pro æquis partibus admittuntur: sed tamen in hoc quoq; videtur ille lapsus cõtrario errore. Casum enim reperio in quo euenit vt quidã verbis tãtùm coniuncti sint, qui tamen ex partibus inæqualibus & disparibus admittantur. Is est in *l. & Proculo 20. de lega. 2.* vbi Celsus ex Proculi sententia scribit, si Sticho seruo communi Titij & Sempronij aliquid legatum sit, & maiorem Titius, minorem Sempronius in eo seruo dominij partem habuerit, & alteruter portionem suam omiserit, alteri eam non adcrescere: non enim cõiunctim, sed partes legatas. Nam & ambo, si legatum vindicarent, inquit lex, eam quisque legati partem habiturus esset, quam dominij haberet in seruo, cùm per seruum sicuti non quæritur dominus nisi ex causa dominij, ita neq; aliter quàm ex dominicis portionibus, & consequenter ex inæqualibus, cùm nihil vetet eas partes esse inæquales. Hoc igitur casu reperiuntur Titius & Sẽpronius coniuncti in legato, & quidem verbis tantùm, quia si verba inspicias vnica oratio est, quæ nec breuior, nec simplicior esse potest quàm hęc, *Sticho seruo Titij & Sempronij fundum cornelianum lego.* Si verò rem ipsam quæ legatur, diuersæ partes sunt quæ legantur Titio & Sempronio, sicut & dominij partes, quas in eodem Sticho habent, sunt distinctæ saltem iuris intellectu, *d. l. Mæuius 66. §. duorum. de legat. 2.* Et ob id nimirũ negat Celsus esse inter eos locum iuri adcrescendi non quòd sint coniuncti legali cõiunctione tantùm, vt vult Bartolus ad *d.l. & Proculo. & ad l. si duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* sed quia, nunquam ei locus est inter eos, qui verbis tantùm sunt coniuncti, vt in sequẽtibus dicemus. Nec quòd supra citatis locis vocantur pro æquis partibus illi qui verbis tantùm coniuncti sunt, nostram sententiam impugnat, etsi hoc vnum esse videtur quod Goueanum fefellit. Sunt enim illa exẽpla, ex quibus propositio generalis nisi periculosè confici numquam potest. Erit igitur vera Goueani obseruatio, quoties testator ipse legati partes specialiter expresserit, quia, vt iã diximus, nõ possunt exprimi specialiter partes inæquales, quin orationum pluralitas inducatur: sed tamẽ falsa quoties eas partes legati non testator, sed sola iuris potestas facit, siue nullam omnino partiũ mẽtionẽ testator fecerit, vt in proposito illo exẽplo, *Sthico seruo Titij & Sẽpronij fundũ Cornelianum lego*, siue partes quidem expresserit, sed generaliter, & facta earũ relatione ad potestatem iuris, puta si in suprascripta specie testator adiecisset *pro dominicis partibus*. Nec enim ea adiectio verbalem coniunctionem tolleret, quæ ex orationis vnitate, vt & Bart. loquitur, sẽper æstimãda est, nec minorẽ tamẽ vim haberet ad inæquales quoq; partes cõstituẽdas, cùm partes dominij sunt dispares, q̃ si portiones ipsę dominij ac inęquales specialiter expressæ essẽt, cùm per æquipollẽs, & verbis, quãquã generalib' tamẽ aptissimis expressæ reperiantur.

ERROR

ERROR QVARTVS.
De iure adcrescendi inter verbis tantum coniunctos.

NVLLAM agnoscunt nostri differentiam inter eos qui verbis tantùm, & eos qui vel re tantùm, vel etiam re & verbis coniuncti sunt; nisi quòd inter eos qui verbis duntaxat coniuncti sunt volunt esse propriè ac verè ius adcrescendi, inter cæteros verò ius non decrescendi potiùs quàm adcrescendi, vt tractat *Bart. ad l. re coniuncti 89. de legat. 3.* & post eum cæteri cõmuniter, teste Mich. Graff. in *§. ius adcrescendi. quæst. 8. num. 4. quæst. 9. in princip. & quæst. 10.* Mouentur ex eo, quòd qui vel re tantùm, vel re & verbis coniuncti sunt, non habent partes nisi per concursum: singulis enim siue vnica oratione, siue pluribus tota res à testatore data fuit, *l. planè 34. §. si coniunctim de legat. 1. l. coniunctim. 80. de legat. 3. l. 1 §. vlt. l. 3. in princip. D. de vsufr. adcresc.* Ideoque cùm nolente concurrere, altero ex legatariis, aut non valente concurrere, quia fortè decesserit ante testatorem, vel incapax factus sit, totum legatum ad collegatarium pertinet, non plus ille consequitur, quàm testator ei dederit, vt aliquid ipsi adcrescere videatur: sed illud ipsum habet quod testator ei dedit, non diminutum per concursum collegatarij, qui si concurreret, faceret vt decresceret legatum alij relictum, id est, vt partem duntaxat habere posset is cui testator totum dedisset. Qui verò verbis tantùm coniuncti sunt, partes ab initio habent, alioqui si partes non haberent, re quoque coniuncti essent, *d. l. re coniuncti. d. l. planè 34. § si coniunctim. de legat. 1.* Proinde si alteruter ex legatarijs vel nolit, vel non possit ad legatum admitti, atque ita legatum totum ad alterum perueniat qui legatum consequi & velit & possit, iure adcrescendi id fieri dicendum est, non iure non decrescendi. Quod aiunt, eos qui vel re tantùm, vel re & verbis coniuncti sunt, non habere partes nisi per concursum, ideoque inter illos non tam adcrescendi quàm non decrescendi ius dicendum esse, nos verum esse admittimus, nisi quod prudẽtes nostros nunquam sic locutos legimus, vt dixerint *ius non decrescendi*, vt monuimus in Err. 1. Decadis huius. Sed quod volunt inter verbis tantùm cõiunctos locum esse iuri adcrescendi, falsissimum est, nullóque iuris loco comprobatum. Nam cùm negari non possit quod Paulus scribit in *d. l. re cõiuncti*, legatarios qui verbis tantùm coniuncti sunt, semper habere partes, id est iam inde ab initio, vt explicat *Vlp. in d. l. planè §. si coniunctim*, proculdubio volũtas testatoris quæ sola inter legatarios ius adcrescendi inducit, non patitur vt in ea re, quæ ex testatoris liberalitate proficiscitur simus liberaliores testatore, quod tamen contingeret, si totum daremus ei cui testator non nisi partem dedisset. Ac quemadmodum idem Paulus in ea specie quam tractat in *l. debitor 59. in fine principij. D. ad S. C. Trebell.* pro absurdo habet, vt cui testator alterutrum dedit, nos vtrumque præstemus (sic enim locus ille interpretandus est, vt in nostris coniectutis explicauimus) & rursum Caius in *l facta 63. § si sub conditione. eod. tit.* apertè scribit absurdum esse vt prætor fideicommissarius plus iuris tribuat ei, qui fideicommissum petit, quàm testator voluerit. Ita & in proposita quæstione fatendum est absurdum esse vt totum fundum habeat nunc ex collegatarijs, cui testator partem duntaxat dedit. Eum porrò qui verbis tantùm coniunctus sit; non nisi partem ab initio habere constat

non solùm ex Pauli & Vlpiani autoritate, in *d.l.re coniuncti.& d.§.si coniunctim*: sed etiam ex eo quod præcedenti capite monuimus, verbis tantùm coniungi non posse, nisi eos quibus testator partes & quidem æquales adscripserit, adiectis scilicet ijs verbis *pro æquis partibus* extra casum *l.& Proculo 20.de legat.2.* Nec quod eiusmodi adiecto non impediret ius adcrescendi inter heredes, ad rem facit. Nam vt in superioribus ostendimus, differentia illa euidens est hac parte inter heredes & legatarios, quòd deficiens portio coheredis adcrescit coheredi, non tam ex voluntate testatoris, quàm ex necessitate iuris inuito etiam testatore, adeóque ipso coherede, ne alioqui eueniret vt persona testatoris pro parte tantùm repræsentari videretur. At inter legatarios pendet hoc ius adcrescendi ex sola testantis voluntate, quia non potest aliqua subesse necessitas quæ cogat nos dare totum ei, cui testator partè duntaxat datam voluit, siue quòd legatarij nō sicut heredes iuris successores sint, siue quòd deficiens legati portio, licèt ad collegatarium transitura non sit cōmodè, tamen dominum sit habitura heredem, scilicet apud quem remanere debet, vel sine onere, si penes legatarium sine onere futura erat, vel cum onere, si fortè legatarius eandem rem tibi legatam alteri restituere debuerat *l.vnic.§.pro secundo & §.sin autem aliquid C. de caduc. tollend.* Atque ita esse vt inter verbis tantùm coniunctos non sit locus iuri adcrescendi præter rationem illam ex iure & ex testatoris voluntate petitam, quam attulimus, probatur apertissimè ex *d.l. & Proculo*, vbi negat Celsus locum esse iuri adcrescendi inter eos quorum seruo communi aliquid legatum sit, quos tamen negari non potest & verbis coniunctos esse, & verbis tantùm. Nam quod respondet Bart. *ad §.vlt.l.si duobus 16. de legat.* 1. esse quidem illos coniunctos, sed coniunctione legis tantùm, non hominis, ridiculum est cùm quisquis legat seruo, quem scit esse incapacem vllius legati ex propria persona consequēdi, eum necesse sit intueri personam domini, ac proinde id agere cùm legat seruo communi duorum vt ambos dominos in eo legato coniungat pro dominicis portionibus. Nihilque hac parte interesse potest an legem fundū Cornelianum Sticho communi seruo Titij & Sempronij, an ipsis Titio & Sempronio: nisi quòd vno casu legatum ipsi Sticho, non autem eius dominis delatum esse intelligitur, altero verò casu ipsis dominis defertur. Cæterùm illo etiā casu quo legatū ipsi seruo delatū est à domino, tamē repudiari potest vt intelligamus ipsi quoque domino delatū videri per mediā serui personā, *l.legatum seruo 7. de legat.*1. Probatur etiam sententia nostra manifestiùs ex *l.penult. D. de vsufr. adcresc.* vbi Papinianus scribit, si duobus eadem res aut eiusdem rei vsusfructus pro æquis portionibus legetur, esse illos separatos, indéque fieri vt inter eos non sit ius adcrescendi. Et tamen adhuc nugatur Bartolus, respondétque agi eo loco de vsufructu legato à diuersis heredibus, & consequenter separatim: quod verum quidem est, si solam eius legis primam partem inspicias, de qua sic Papin. scribit, *Cùm singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarij separati videntur*: sed quod sequitur, *non minus quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset*, eandem interpretationem recipere non potest. Tractat enim his verbis Papinianus nouum casum priori dissimilē, in eo quod nō à singulis heredibus fuerit pluribus legatus vsusfructus, vt in priore, sed ab vno tantùm herede, cum illa tamen adiectione quæ in priore casu expressa non fuerat, *pro æquis partibus*: similem verò in eo quòd in vtraque specie separati sunt legatarij, quanquam

diuersa ratione. In priore quidem propterea quòd à singulis heredibus separatim vsusfructus relictus esset, tametsi non adiecto eo *pro æquis partibus*. In posteriore verò, propterea quòd pluribus relictus esset vsusfructus cùm hac adiectione, *pro æquis partibus*, quamuis non à singulis heredibus separatim, sed vel ab vno tãtùm, vel à pluribus simul & coniunctim. Porrò siue hac siue illa ratione separati sint, nihil refert, sufficitque quòd sint separati vt non fit inter eos ius adcrescendi. Generaliter enim verum est quod ex Celso Vlpianus velut pro regula, aut potiùs pro certissimo iuris principio scribit *in l.3. in princip.eod.* Toties ius adcrescendi esse, quoties in duobus pluribúsve, qui rem aliquam in solidum habuerunt, concursu partes fiunt. Nec quod ibi Vlpianus de vsufructu loquitur facere potest vt in proprietate aliter ab eo, vel à Celso constitutum putare debeamus. Nihil enim hac in re speciale habet vsusfructus nisi quòd faciliùs adcrescit quàm proprietas, cùm adcrescere possit etiã posteaquàm fuit acquisitus, quia nimirum quotidie constitui, & quotidie legari intelligitur, quod in proprietate diuersum est, vt eleganter idem *Vlp. scribit in l.1.§.interdum.eod.tit.* Itaque si quo casu ius adcrescendi in vsufructu locum non habet multò minùs potest habere in proprietate. In eóque parum subtiles sunt vulgares interpretes qui cùm non dubitent quin ius adcrescendi sit inter verbis tantùm coniunctos, disputant tamen quasi nescio quid diuersum ac longè obscurius, An inter eos locus sit iuri adcrescendi in vsufructu. Quanquam in eo sunt constantes, quòd tuentur in vsufructu eum ipsum errorem quem in proprietate inuexerunt, vt testatur Mich. Grass. *dict. quæst.9. in fin. post crott. ad l. re coniunctis. num.44.* Sed addamus eũdem Vlpianum nostrum in *d.l. planè 34.§.si coniunctim. de legat.1.* vbi posteaquàm scripsit partes ab initio fieri, si qua res coniunctim legetur coniunctione, scilicet verbali tantùm (nam in ea quæ vel realis tantùm esset, vel mixta, id est, & realis simul, & verbalis, falsum esset nimis euidenter quod Vlp. pro vero constare ait ab initio fieri partes, præsertim cùm ea quæ apud Vlpianum sequuntur, ostẽdant partes quę ab initio fiunt, opponi ab eo partibus quæ fiant per concursum) subiicit in hæc verba, *Nec solum hi partem faciunt, in quorum persona legatum constitit, verùm hi quoque, in quorum persona non constitit legatum, vt puta si Titio & seruo proprio sine libertate legetur.* Quibus verbis quid apertius scribi potuit ad excludendum ius adcrescendi inter eos qui verbis tãtùm sint coniuncti? Nam si vllo casu posset locus esse iuri adcrescendi inter coniũctos verbis solùm, quando posset, obsecro, ius illud magis locũ habere, quàm cùm alteruter ex collegatarijs talis est, vt in eius persona legatum ab initio non consistat: siquidem is neque admittitur, neque admitti vnquam speratur ad partem: Ob idq; succedit traditio eiusdem Bartoli, negantis partem vnquam facere illum, qui ad partem neque admittatur, neque admitti vnquã speretur. Sic enim ille ad *d.§.si coniunctim & ad d.§.vlt.l.si duobus. & ad l. huiusmodi 84.§.si Titio eod. ex d.§.vlt. & §.si duobus. dict.l. planè.* Quod namque idem Bart. ad *d.§.si coniunctim,* Accursium secutus, ait seruum testatoris proprium, cui sine libertate legatum est, ideo facere partem, quia licèt non valeat legatum ex rigore iuris vt actio detur, valet tamen secundùm æquitatẽ, quæ facit vt heres debeat legatum illud præstare seruo, ex *l. penult. §. illo videlicet 1. de necess. hered. instit.* nullomodo potest adaptari Vlpiano. Non ob id solùm quòd supradictis verbis generaliter complexus est omnes casus, quibus fieri possit vt in alterutrius persona legatum non consistat, de legato au-

tem quod proprio seruo relictum fuerit sine libertate, non fuit locutus nisi exempli gratia, verùm etiam quia Vlpiani temporibus ità ius fuisse certú est, vt legatum quod quis proprio seruo sine libertate reliquisset, omnimodo esset inutile, nec magis æquitatis specie, quàm mero iuris rigore defenderetur, *l. seruus vxori 76. D. de hered. instit.* Primus Iustinianus fuit, qui in *d. §. videlicet*, constituit, vt non debeant heredes testatoris esse tam impij, vt miseros seruos fraudent domini sui liberalitate: quibus tamē verbis videtur Iustinianus voluisse heredes hortari potiùs, ne se in ea re impios præsteut, quàm seruis consulere velle, siue data iis ex æquitate actione aliqua, quæ proculdubio inter dominum & seruum nulla esse potest, *l. lis nulla 4. D. de iudic.* siue data iis licentia implorandi officij prætoris, vel alterius magistratus. Id enim tùm fit vt per se habeat seruus aditum ad prætorem cùm debetur ei libertas, nec suo tēpore præstatur, *l. mulier 22. § non est dubitatū. D. ad SC. Treb.* Id. n. fit propter solam spem & prærogatiuam libertatis, cuius fauor alia etiam pleraque pro seruis cōtra iuris rationem extorsit, *l. statuliber 14. D. de quæst. l. mortis 9. §. vlt. D de poen.* Quamquam de tota quęstione illa, Vtrum is qui ad partem non admittitur, partem nihilominùs faciat, postea exactiùs & separatim tractandum erit. Postremò contra interpretes pro nobis accersendus est Pomponius in *d. l. si duobus 16. in princip. de legat. 1.* vbi disertè scribit, Si duobus res aliqua coniunctim legata sit, quamuis alter in rerum natura non fuerit, alteri tamen solam partem deberi. Apparet enim non posse id accommodari ad eum casum quo testator plures in legato coniunxerit, siue re tantùm, siue re & verbis simul, cùm inter legatarios siue re tantùm, siue re & verbis coniunctos ius adcrescendi locum habere certissimum sit, & nemo vnquam negauerit: vt proinde non de aliis legatariis quàm de iis qui tantùm verbis coniuncti fuerint, ea lex intelligi possit. Etsi enim dictio illa *coniunctim* habet sensum ęquiuocum, magisque propriè iis conuenit qui re coniūcti sunt, vt constat ex *d. l. & Proculo 20. de legat. 2.* in illis verbis, *non enim coniunctim, sed partes datas*, & ex *l. coniunctim 80. de leg. 3.* quia scilicet testator, qui aliquos verbis tantùm coniungit, non tam eos coniūgere, quàm celeriùs loqui vel scribere videtur, vt eleganter ait Pomponius in *l. si ita quis 66. D. de hered. instit.* interdum tamen ex necessitate subiectæ materię ad eos etiam aptatur, qui verbis tantùm coniuncti sunt, nimirum quoties alioqui falsum aut absurdū quidpiam sequeretur, vt in *d. l. si duobus. & d. l. planè §. si coniunctim. l. 3 §. sed etsi coniunctim. de legat. præst.* Neque in eo violatur proprietas sermonis, quandoquidem verum est etiam eos qui verbis tantùm coniuncti sunt, esse coniunctos, sed verbis tantùm, *d. l. re coniuncti. & l. triplici 142. de verb. signific.* Numquam tamen ita, vt in iure nostro habeantur pro coniunctis quod attinet ad ius adcrescendi: ob idque si quando scriptum legimus indistinctè ius adcrescendi esse inter eos qui coniuncti sunt, de iis solis intelligere debemus qui vel re, & verbis simul, vel saltem re tātùm sint coniuncti, non etiam de iis qui verbis tantùm, vt in *dict. l. vnic. §. pro secundo. §. fin autē aliquid & vbi autem C. de caduc. tollend.* ita dictante regula ipsa iuris, quę vult in ambigua voce legis, eam potiùs accipiendam esse significationem quę vitio caret, prę sertim cùm etiam voluntas legis ex ea significatione colligi potest, *l. in ambigua 16. D. de legib.* In quo videtur mihi valdè errasse Duarenus *lib. 2. de iur. adcresc. cap. 18.* & eum secutus Fachineus *lib. 4. cōtrouers. iur. cap. 97.* existimantes hodie abrogatum esse quod scriptum est in *d. l. si duobus in princip.*

prin.& in *d.l planè.* §.*si coniunctim*,propter Iustiniani cõstitutionem *in 6.§.vbi autem C de cadu tollen.* quę induxit vt pars legati quoquomodo deficiens adcrescat coniuncto,iis exceptis quæ vt indignis auferuntur, & fisco applicantur. Nec enim aut eo loco,aut alio vllo id egit Iustinianus, vt ius adcrescendi induceret inter coniunctos verbis tantùm, aut vt hac parte ius vetus abrogaret. Scio Bartolum respondere locum illum Pomponij accipiendum esse de eo collegatario qui in rerum natura nondũ quidem sit, sed tamen esse speretur,quem facere partes ęquum est,& ipsi etiam iuris rationi consentaneum, cùm possit aliquando admitti,licèt nondum admittatur,quasi dixerit Pomponius,*non* pro *nondum*,vt Africanus in *l.si filius heres 16.D.de liber.& posthũ.* quem errorem nos quoque iuniores nimis bona fide secuti sumus lib.1.Coniect.cap.10. Sed præter id quod verba illa Pomponij sunt generalia, & contrariam potiùs interpretationem præ se ferentia, *quamuis alter in rerum natura non fuerit*, video etiam obstare huic interpretationi quod sequitur apud Pomponium *alteri solam partem deberi.* Erat enim addenda dictio *interim*,vt in *d.l. si filius.& in l sub conditione.10.D.de assign.libert.& in l.sed si §.ad fin.D. de bon.damnat.* si de illo Pomponius sensisset, qui in rerum natura nondum quidem esset, at futurus aliquando speraretur, Bartolũ verò ne hanc, quam dicimus,veram illius loci sententiam assequi potuerit,duo impediuerunt, illud primùm,quòd non poterat distinguere inter coniunctionis species,cùm pro certo haberet inter coniunctos quoslibet etiam verbis tantùm esse locũ iuri accrescendi,alterum,quòd non aliter sibi videbatur posse conciliare primum illud legis responsum cum §. vlt.eiusdem legis, vbi idem Pomponius scribit, Si Titio & posthumis legatum sit,nullo nato posthumo Titium vindicare totum posse:sed & si testator Titio & posthumis viriles partes dari voluisset,vel etiam id expressisset,totum nihilominùs legatum Titio deberi nõ nato posthumo. Ex quo etiam loco putauit Bartolus,probari apertissimè inter eos quoque quibus ab initio testator partes dedit ius adcrescendi esse posse: quod tamen, quoniam ab iis quæ diximus non minùs quàm à iuris ratione abhorret,de illius loci sententia noui aliquid,sed breuiter discipiendũ est.

ERROR QVINTVS.

De legato,relicto Titio & posthumis pro æquis & virilibus portionibus.

IN toto iure nostro alius textus non est, ex quo tam apertè videatur probari posse vulgaris illa falsaq; interpretum nostrorum traditio, quæ habet, Inter legatarios verbis tantùm coniunctos adcrescẽdi ius esse, quàm ex Pomponij responso quod proximè retulimus in *l.si duobus 16.§.vlt.de legat.*1.vbi ait ille,si Titio & posthumis legatum sit, non nato posthumo,Titium vindicare totum posse: sed & si testator Titio & posthumo viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum nihilominùs legatum Titio deberi posthumo non nato. Id enim si verum est, omnino corruit ratio illa præcipua & perpetua, qua diximus nos moueri vt inter legatarios verbis tantùm coniunctos ius adcrescendi non esse existimemus: nempe quòd qui verbis tantùm coniuncti sunt,semper habeant partes,absurdum autem sit cui testator nonnisi partem dederit, ei nos totum dare. Ponit enim Pomponius ita relictum esse legatum Titio & posthumis,vt viriles partes ex-

pressæ sint, neque tamen dubitat quin non nato posthumo legatum totū ad Titium solum debeat pertinere. Nec vllus relinquitur locus ei interpretationi, vt de ijs legatariis Pomponius sensert, qui coniuncti sint vel re & verbis simul vel saltem re tantùm: quia nullomodo, nullóque casu possunt dici re coniuncti illi quibus testator partes præsertim æquas & viriles adscripsit. At rursus pugnabit secum Pomponius, si cum Bartolo sic eum intelligas, vt etiā inter eos qui verbis tantùm coniuncti sunt, locus sit iuri adcrescendi, cùm in eiusdem legis principio scriptum sit, si duobus res aliqua coniunctim legata sit, quamuis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi. Nā quemadmodum de aliis quàm de verbo tantùm coniunctis id intelligi non potest, ita neque interpretationem illam recipere, quam somniat Bartolus, vt de illo Pomponius sentiat, qui in rerum natura nondum sit, sed esse speretur, sicuti ad finem superioris capitis à nobis probatum est. Illud ergo vnum dicendum superest, specialem esse casum illum quem Pomponius tractat in *d.l.§.vlt.* Si Titio & posthumis legatum sit, neque facilè ad alios casus protrahendum, quod libenter sanè admittet quisquis rationem specialitatis intelliget. Sed in ea exploranda non parum subesse videtur difficultatis. Existimo posse non improbabiliter dici, eum qui legat Titio & posthumis licèt viriles partes expresserit, ea tamen esse voluntate vti ne aliter velit posthumis facere partem quàm si nascantur. Quicquid enim relinquitur posthumo eam habet tacitam conditionem, si posthumus nascetur, nō solùm quòd alioqui, nec priùs videri possit homo, quàm sit editus, *l. in falcidia 9. D. ad leg. falcid.* nec is qui numquam natus est, nascíque amplius non potest, in vtero vnquā fuisse credatur, *l. is cui 18. D. quand. dies legat. ced.* sed etiam quia incertum est quęnā possit esse portio posthumi, antequàm sit natus, propterea quòd plures nasci possunt, *l. sed etsi 28.§.vlt. D. de iudic. l. 3. D. si pars hered. petat. l. si pater 76. D. de solut.* Idque est quod apertè Caius scribit in *l. vtrum 7. D. de reb. dub.* ita demum partē facere posthumū si natus sit, si verò minimè natus sit, partē eū nō facere, sed totū ad collegatariū pertinere, *quasi ab initio solido ei relicto:* Sin autē natus fuerit, vtrúque accipere quantum cuiq; relictū est, vt vno nato pars tibi dimidia debeatur, duobus natis tertia tibi debeatur. Tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta tibi debeatur. Quibus verbis duo illa quæ diximus insinuat Iurisconsultus: Vnū est, expressionem viriliū portionū, nō impedire quominùs in proposita specie videatur totū relictū Titio, si posthumus nullus nascetur: quia sicuti nō potest negari quin solus posthumorū fauor fecerit ne totū Titio reliquerit testator, vt posthumus, si quis nasceretur partē habere posset, ita nullo deinde nato posthumo facit eadē ratio vt viriliū portionū expressio debeat haberi pro nō facta, quippe quā certū sit nō fuisse facturū testatorē, nisi posthumū nasciturū sperasset. Quod in cæteris coiūctis diuersum est qui siue partē facere possint, siue nō possint, semper tamē faciūt ex voluntate testatoris qui partes adscripsit, quia nō potest videri partes illas adscripsisse sub tacita illa cōditione, Si omnes legatarij ad legatū admittētur, cùm potuerit testator scire & debuerit inquirere an essent omnes capaces accipiēdi legati, quod diuersum est, cùm legatur posthumis, quia natiuitas posthumorū sperari potest, an verò nascituri sint, certò sciri nō potest. Alterum est, in legato posthumis relicto specialem illam subesse rationem propter quam expressio viriliū portionū ius adcrescēdi impedire nō debeat, quòd quandiu natus nō est posthumus, nō solùm nescitur an sit nasciturus, sed ne-

sed neq; quòd nasciturі sint. Inde namq; fit vt nec sciri possit quænã sit virilis portio Titij quandiu posthumi natiuitas est in incerto, cùm ea virilis portio Titij necessariò cõstituéda sit ex cōparatione portionũ quæ posthumis natis debebũtur. Quid.n. aliud est *virilis portio*, quàm quæ virium & in singula capita constituitur? *l. virilis* 8. *D. de legat. præst.* Cùm ergo nõ possit dici quid, & quãtũ testator dederit Titio, quousq; nascatur posthumi vnus pluréſve, illud etiã cõsequẽs fit vt in id vsq; tẽpus nulla possit haberi ratio expræssæ virilis portionis, tãquã quæ nulla sit. Quo admisso, id quoq; admitti necesse est, vt si postea nullũ posthumũ nasci cõtingat, totũ habere Titius debeat, quippe cuius portio virilis adhuc nulla fuerit vnquã in id vsq; tẽpus. Nã cuius nulla est, quãdiu posthumus speratur, eius verũ est dicere nulla vnquã fuisse, cùm posthumi spes defecit. Quid ergo impedire potest quominùs hoc casu totũ habeat Titius acsi de virilibus portionibus nihil testator dixisset? In cæteris quibus viriles partes adscriptæ sunt, siue ad partẽ admitti aliquãdo possint, siue nõ possint, nõ idẽ tractari potest. Nam si legauerim fundũ Cornelianũ *Titio & seruo meo sine libertate* hoc adiecto *pro virilibus partibus*, iã inde ab initio perinde est acsi legassem Titio dimidiã partẽ fũdi, & aliã dimidia seruo meo, quia nihil potest accidere, quod faciat vt virilis portio Titij nõ sit omnimodo dimidia, siue legatũ seruo meo relictũ valeat, aut conualescere aliquãdo possit, siue non: ideóq; nihil vnquã ex hoc legato sperare Titius potest supra dimidiã: cùm nihil prorsus intersit an Titio virilis data sit, an dimidia: dimidia verò pars certa sit, sempérque eadem quæ nec augmentum recipere potest, nec diminutionem. Vnde si poneres posse Titium in legato ita coniungi verbis tantùm cum posthumis, vt vocaretur ad dimidiam partẽ fundi Corneliani, posthumi verò ad reliquam dimidiam in viriles, concepto in hunc modũ legato, *Lego fundum Cornelianum Titio pro dimidia, & posthumis qui nascentur in viriles*, non dubitarẽ quin dicendum esset nullo nato posthumo solam dimidiam Titium habere debere: quoniam eo casu constituta esset Titio certa pars cuius modum si egrederemur vt daremus ei totum: essemus liberaliores testatore. Sed ne hoc dici possit, illud facit, quòd in suprascripta specie nõ essent Titius & posthumi verbis tãtùm coniũcti, sed omnino separati. Quãuis enim dixerimus in præcedentibus non posse verbis tantùm coniungi, nisi eos qui ex æquis partibus vocẽtur extra casum, *l. & Proculo* 20. *de legat.* 2. non tamẽ similiter possis dicere omnes qui ex æquis partibus vocãtur coniũctos esse verbis, quia illud etiam requiritur, vt vocati sint vna eadémq; oratione: quod non euenit cùm vocatus est Titius pro dimidia, & posthumi in viriles. Duplicẽ nãq; hîc orationẽ esse necesse est, siue verbũ *lego* bis exprimatur, siue semel tãtùm exprimatur, tacitè verò repetitũ intelligatur. Quid ergo? Si quis Titio & posthumo non posthumis leget pro virilibus partibus, an dicemus, nullo casu debere Titiũ habere totũ, nec si posthumus nullus nascatur? Ita videtur: quoniã hoc casu virilis appellatione, quod ad personã Titij videtur, testator de dimidia sensisse, ad aliã verò dimidiã posthumos omnes quotquot nascerẽtur vocasse, eósq; in ipsa coniũxisse propter factã posthumi in singulari tãtùm numero expressionẽ. Quomodo enim potuit meliùs declarare testator, quòd posthumos omnes vnius loco haberi vellet, tãtũq; solùm Titiũ habere, quãtũ posthumos omnes simul? Et ob id nimirũ fortasse tractat Põponius eũ casum quo fuerit legatũ Titio & posthumis, nõ autẽ Titio & posthumo, sed tamẽ video apud Caiũ in *l. quidam* 5. §. *vlt. cum l. seq. & in dict. l. vtrum*

etiã totũ cõtineri, magnã errãdi occasionẽ sumunt interpretes vt ex iis quæ sequẽti capite dicemus, apparebit: hũc etiã errorẽ detegam⁹ & depellamus.

ERROR SEXTVS.

De sententia & ratione responsi Scæuolæ in l. pater filium 38. §. filiam. de legat. 3.

EST hoc responsum ex eorum numero quorum rationem assequi non valentes interpretes, nec sententiam alioqui per se facillimam percipere voluerunt. Nos de vtraque nunc dicemus, quoniam & ad tractatum nostrum, De iure adcrescendi, locus ille maximè pertinet, & ad ea quoq; explicanda quæ proximo capite diximus, De virilis portionis appellatione, Testator filia sua herede instituta ita cauerat, ***Veto autem ædificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos quos hoc testamento nominaui pertinere volo.*** Decesserat post patrem filia, eadémque heres: Decesserant etiam vernę, iidemque legatarij, hoc est, quibus eodem testamento legata fuerat libertas. Vnus tantùm libertus remanserat, qui solum fideicommissum petebat. Respondet Scæuola, ad hunc qui ex vernis solus superesset, virilem partem pertinere. Quod post Accursium Bartolus cæterique omnes interpretes nostri sic intelligunt vt debeat ille habere totum: Ratione illa quòd huiusmodi fideicommissum conditionale sit, hoc est, sub ea tacita conditione relictum, Si alienabitur ædificium extra nomen & familiam testatoris, ideóque nõ ad alios pertinere possit quàm qui supersint tempore alienationis & existentis conditionis, & cõsequenter totum ad illum vnum qui superest, si sit solus. Ex illa nimirum iuris regula, quæ vult in dispositionibus omnibus conditionalibus præsertim testamentariis inspiciendum esse tempus euenientis conditionis, *l. cùm pater 77. §. hereditatem filius, de legat. 2. l. intercidit 59. l. eum qui post apertum* 104 *De condict. & demonstr.* Ac quoniam huic interpretationi quæ totum fideicommissum dat vernæ superstiti, repugnant euidenter verba Scæuolæ, quibus cõtinetur virilem partem ad eum pertinere; Respondent illi non esse nouum vt virilis appellatione interdum etiam totum contineatur, in eámque rem abutuntur ea Vlpiani sententia, de qua supra dicebamus, quæ extat in l. *virilis 145. de verb. signific.* Hæc verò omnia ideo tantùm, quia rationem percipere non potuerunt, propter quam non debeat totum habere is qui solus ex fideicommissarijs superest, & cui eo tempore quo fideicommissum deberi incipit, nemo partem facit. Nec sanè dissimulandum est, rationem quæ mouerit Scæuolam vt ita responderet, valdè in obscuro positam esse, dignámque cuius explicandæ gratia noui aliquid afferatur, quod nemo adhuc fortasse ex interpretibus nostris dixerit. Nam & Iacobus Cuiacius, quem video ingenij & diligentiæ laude non minùs præstare cæteris recentioribus, quàm recentiores in vera iuris ratione indaganda præstãt, meo iudicio, antiquioribus, etsi laborauit non parum vt huius respõsi & nouam & veram rationem assequeretur, nouam quidem attulit, sed nisi ego fallor, non solùm minùs veram, sed neque probabilem. Is *libr. 15. Obseruat. cap. 4.* responsi rationem sumendam esse ait ex illis testamenti verbis, ***quos hoc testamento nominaui***, quæ ille sic accipit, vt testator vernas suos omnes quibus libertatem dedit nominauerit dãdo ipsam libertatem, quæ scilicet ex lege Caninia danda erat nominatim: vt perinde sit, acsi scriptum esset, ***Quos hoc testamento manumisi***, vt *in l. Lucius*

88.§. *Lucius de legat* 2. Itaque retulit se testator, inquit Cuiacius, ad nomina propria vernarum testamento expressa, atque ita omnibus nominatim legasse videtur. Nominum autem nuncupatio viriles partes facit ab initio, maximè in fideicommissis, & in legatis per damnationem, & ideo singulis ab initio quasi diuisim partim adscriptae fuisse videntur, *l. si T itio & ei 7. eod. tit. de legat.* 2. *l. vxorem* 41. §. *agri plagam. de legat.* 3. & consequenter inter eos non est ius adcrescendi, nisi adiecerit testator, *Donec ædificium ad vnum peruenerit*, vt in *d.* §. *Lucius. & in l. codicillis* 34. *in princip.* D. *de vsufr. legat.* Fatetur enim nobiscum vir doctissimus, inter eos, qui partes ab initio vel habent vel habere intelliguntur, nunquam esse ius adcrescendi, sed inter illos tantùm qui habēt partes per concursum, *l.* 3. D. *de vsufr. adcresc.* quamquam citat in eam rem Pomponium in *l. si duobus* 16 §. *vlt. de legat.* 1. quod miror, cùm locus ille sit, qui omnium maximè sententiam hanc impugnare videtur, nisi quomodo superiore capite diximus, intelligatur, & explicetur. Voluit, vt puto, citare *d. l. si duobus in princip.* quo etiam loco vsi sumus ad probandum inter coniunctos verbis tantùm non esse ius adcrescendi. Sed quemadmodum cum ipso ego in hoc consentio, ita rationem quam ille adfert, cur in specie quam tractamus iuri adcrescendi locus non sit, prorsus improbabilem esse puto. Nullo enim iuris loco, aut colore probare possis nominum nuncupationem facere viriles partes ab initio. Alioqui dicendum erit, si quis Titio & Sempronio fundum Cornelianum legauerit, non fore illos nisi verbis tantùm coniunctos, nec ius adcrescēdi habituros, quod falsissimum est, cùm non solùm re, sed quod magis est, & re & verbis coniuncti sint. Idque nimirum præsentiens Cuiacius adiecit, *maximè in fideicommissis & legatis per dānationem*, vt effugeret eam obiectionem, quam videbat fieri posse ex legatis per vindicationem. Neque tamen possit quis pro Cuiacio rationem reddere, cur eam vim habere debeat nominum nuncupatio, vt partes ab initio faciat in vno potiùs quàm in alio genere legatorum, cùm legatis omnibus commune illud sit, vt legem sumere debeant ex voluntate testatoris. Quod verò addit de fideicommissis & de legatis per damnationem, magis miror cùm tam in his quàm in illis ita comparatum esset iure vetere, vt etiamsi nulla nominum facta esset nuncupatio, ius tamen adcrescendi inter legatarios & fideicommissarios esse non posset, sicuti in sequentibus dicemus. Et hoc certè vnum est, quod dicere Cuiacius debuit in specie de qua respondet Scæuola, idcircò præmortuorum portiones deficientes superstiti non adcrescere, non quia nuncupata fuissent nomina vernarum, sed quia fideicommissum vernis relictum proponebatur: inter fideicommissarios autem nunquam est ius adcrescendi, nisi cùm à testatore ita expressim constitutum est. Fideicommissum enim hoc fuisse, non legatū, apertè scribit Scæuola illis verbis, *an ad vnum libertum qui remansit, totum fideicommissum pertineret*, & constat etiam ex verbis testamenti, *ad vernas meos pertinere volo*, quæ fideicommissi verba sunt, non legati, nec magis per damnationem quàm per vindicationem relicti, §. *vlt. Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* vnde & illud quoque miror, quod idem Cuiacius legatum hoc vocat, cùm ita scribit, *atque ita omnibus nominatim legasse videtur*, quasi verò nihil hac parte distet legatum à fideicommisso, nisi fortè virum doctissimum illud fefellit quòd eosdem vernas legatarios vocat Scæuola illo loco *& legatariis vernis*. Sed iam explicauimus ita id intelligi debere, vt fuerit ipsis legata libertas verbis directis, non vt ædificium quoque ipsis legatum dici possit. Fero

autem

autem hunc viri doctissimi errorem multo impatientiùs quàm vulgarium interpretum. Illi enim sicut cæteras differentias, quæ olim erant inter vindicationis & damnationis legata, ignoratione iuris veteris non perceperunt, ita neque hanc quæ erat ex præcipuis, quòd in legato vindicationis locum habebat ius adcrescendi, in legato damnationis non item: quam tamen differentiam Cuiacius non ignorauit, scilicet non tantùm ex fragmentis Vlpiani Caij & Pauli, sed etiam ex ipsis prudentum responsis quæ Tribonianі manũ, casu, vt puto, magis quàm & proposito effugerunt. Illud planè ferre non possum quòd post Accursiũ illi volunt totũ fideicõmissum pertinere ad vernam hunc solum superstitem, cui Scæuola non dat nisi virilem. Nam quod adferũt ex *d.l.virilis*, appellatione virilis interdum etiam totum contineri, ad hunc sensum nullomodo pertinet, vt cui lex aliqua dat virilem, ei totum dandum esse interpretemur. Sed ita potiùs accipiendum est, vt virilis portio, siue in testamento, siue in contractu data nonnunquam euadat in totam hereditatem, vel in totum legatum, scilicet tunc cùm nulla persona est, ex cuius comparatione possit constitui quænam debeat esse portio virilis minor toto, vt explicauimus capite præcedenti. Itaque portio quæ destinata est vt virilis esset, potest facilè fieri totum, sed ea quæ semel virilis dicta, & constituta fuit, totum esse nunquam potest. Multo minùs possum videre cur Bartolus tam improbabilis interpretationis rationem ex eo sumere velit, quòd in dispositionibus conditionalibus spectandum sit tempus euenientis conditionis. Etsi enim propositio illa vera est, ad propositum tamen non pertinet, in quo non agitur de fideicommisso conditionali, saltem cuius conditio per venditionem & alienationem extiterit, vt ipse perperam & commentitiè ratiocinatur, sed de fideicommisso ita relicto, vt nulla etiam facta alienatione debuerit restitui libertis omnibus, qui superessent. Non enim testator simpliciter ita scripserat, *veto ædificium de nomine meo exire*, ex qua sola prohibitione alienationis fideicommissum vtique nonnisi conditionale, ac in casum secutæ alienationis induceretur, *l.cùm pater 77.§.libertis l.peto 69.§.fratre de legat.2.* sed adiecit quod præcipuè inspiciendum est, *sed ad vernas meos pertinere volo*, quibus verbis apertissimum & fideicommissum purum dari, nisi quod in diem incertum mortis heredis datum intelligitur, atque ita sub conditione, quia dies incertus in testamentis pro conditione habetur, *l.dies incertus 75.de cond. & demonstr.* at non sub conditione alienationis, quomodo Bartolus intelligit. Est enim longè maior voluntas relinquendi fideicommissi in eo qui vult bona sua ad vernas suos pertinere, quàm in eo qui prohibet duntaxat ne de familia exeãt: & qui prohibitus est alienare, nõ idcirco prohibetur heredé extraneum in ijs bonis habere, præsertim ab intestato, nisi etiã ea relinquere in familia iussus sit, vt disputauimus lib.14. Coniecturarũ. Proinde non illa ratio pro verna solo superstite faciebat quòd testator ædificiũ de nomine suo exire vetuisset, siue libertorũ dũtaxat, vt vult Cuiacius, siue totius familiæ gratia: sed hęc vna potissimũ, quod ædificiũ istud ad vernas suos pertinere voluisset, hic autẽ solus ex vernis omnibus superesset. Verùm ad hãc rationẽ respõdẽdũ est, fideicõmissũ hoc esse quod vernis quidẽ omnibus relictũ, at nõ omnibus tamẽ cõiunctim, sed singulis separatim, & pro virili cuiusq; portione datũ esse intelligitur: ac proinde in quo non potest inter eos esse ius adcrescẽdi, tãquã pro ijs habẽdis, qui verbis tãtùm sint cõiũcti: Nã quibus per fideicõmissũ aliquid cõiũctim relinquitur, etiãsi adiecta nõ sint verba illa *pro æquis partibus*, ij verbis tãtùm, nũquã verò etiã re cõiuncti intelligũtur, vt posteà

dicemus. Aliam Accursij lectionem & interpretationem, nec referre lubet, adeò improbabilis est, & ab omnibus quoque interpretibus improbata.

ERROR SEPTIMVS.

De sententia & ratione l. re coniuncti 89. de leg. 3.

NON mirabitur, toties ac tantopere hallucinatum esse Bartolũ eóq; duce ac antesignano cæteros iuris ciuilis interpretes in tractatu isto *de iure adcrescendi*, quisquis nobiscum fatebitur nihil eos vidisse in explicanda sententia & interpretatione *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* cùm hæc lex præcipuas quæstiones contineat, quæ pertinent ad tractationem illam, quam & solent nostri post Bart. vulgo ad hunc locum referre. Principio legis monet Paulus, re coniunctos esse nõ etiã verbis eos quibus eadem res separatim legatur: Verbis verò non etiã re, illos quibus aliquid legatur pro æquis portionibus, quoniam, inquit, semper partes habent isti legatarij, qui scilicet verbis tantũ sunt coniũcti. *Semper*, inquam, id est iam inde ab initio, nõ autẽ per concursum, vt non malè interpretatur Accursius, si priores duas ipsius interpretationes iungas, ad differentiam scilicet eorũ qui re tãtùm vel etiã re & verbis cõiuncti sunt, qui partes quidẽ habent, sed non semper, & ab initio, at per cõcursũ dũtaxat, de quibus in *l. plane 34. §. si coniunctim. vers. sed si alij. de leg. 1. & in l. coniunctim. 80. de legat. 3.* De coniunctis verò re & verbis quinam illi sint, Paulus non explicat neque definitione, neque exemplo: ratione illa, vt puto, quod ei qui scit quosnã vel re tãtùm, vel verbis tãtùm cõiũctos dicere debeamus, nõ est difficile intelligere quid sit, Esse re & verbis cõiunctos. Nẽpe qui & ad eandẽ rẽ & eadẽ oratione vocantur, hoc modo, *Lego Titio & Sẽpronio fundũ Cornelianũ.* His verò præmissis incipit Paul⁹ in *d. l. re coniun.* tractare nõ de iure adcrescendi inter legatarios, sed quod præcipuè obseruandũ est de iure prælationis, qui longè diuersus tractatus est. Etsi enim de iure prælationis, disputari non potest, siue inter heredes, siue inter legatarios, nisi præsupposito iure adcrescẽdi, non tamẽ omnia quæ de iure adcrescendi disserantur possunt accõmodari ad ius prælationis, aut contra, de iure adcrescendi vix vlla potuit occurrere dubitatio apud veteres illos prudẽtes, apud quos tam certa erant omnia iuris principia & indubitata, quàm apud interpretes nostros sunt vel incognita, vel perperã explicata. Sed de iuris prælationis longè subtilior inquisitio est, & dignior quàm Iureconsulti non prætermitterent, vt cõstabit ex ijs quæ mox dicemus, & quæ sequũtur in *dict. l. re coniunct.* Solet quæri de iure adcrescendi, tùm etiã cùm duo tantùm sunt, quorũ alter suam portionem repudiat, vel alio modo amittit. Statim enim locus fit quæstioni, an deficiens illa vnius pars adcrescat alteri. At de iure prælationis disputari nõ potest quin tres vel heredes, vel legatarij proponantur. Vnũ enim esse necesse est, cuius pars deficiat, de qua dubitari possit cui adcrescat, duos verò superesse inter quos contẽdatur vtri eorũ adcrescat. Inde fit vt cùm nemo vnquã ex iuris autoribus dubitauerit, quin ius adcrescẽdi locũ haberet inter legatarios, etiã qui re tantùm coniuncti sint, dubitet tamen Paulus in *d. l. re coniuncti*, an hic qui re tantùm cõiunctus est, debeat esse potior cęteris non coniunctis, in quæstione *de iure prælationis*. E cõtrariò quamuis inter prudentes omnes semper cõstiterit, verbis tantùm cõiunctos ius adcrescẽdi inuicem non habere, dubitat tamẽ Paulus in eadẽ *l. re coniuncti*, an habeat ius prælationis, & quod magis est, cõcludit

dit habere: nimirū his quęstionibus locū facit concursus tertij, quæ diximus interuenire necessariò debere, vt de iure prælationis tractari possit, nō etiam cùm simpliciter agitur de iure adcrescendi, vt mox explicabamus. De iis solis qui & re & verbis simul coniuncti sunt non dubitat Paulus, an præferri debeant cæteris qui vel re tantùm, vel verbis tantùm coniuncti sint, multo magis iis qui neutro ex his modis, quia cùm nitantur duplici coniunctionis vinculo vtroque facto per testatorem, ex cuius solius voluntate ius prælationis inducitur, nō tātùm inter legatarios, sed etiā inter heredes, nulla ratio est cur non debeant cæteris omnibus præferri, tanquā qui sint coniunctiores. Idque est, quod Paulus ait iis verbis, *præfertur igitur omnimodo cæteris, qui re & verbis coniunctus est*, nec habet hoc apud ipsos etiam interpretes dubitationem, sed quod sequitur, *Quòd si re tantùm coniunctus sit, constat non esse potiorem*, hoc verò primùm explicatu difficillimum est. Nam si quæstionem sic concipias, Vtrū is qui re tātùm cōiunctus est, præferatur ei qui neq; re, neq; verbis coniunctus sit, nō modò falsum videbitur quod lex ait, non esse illū potiorē, sed etiā absurda & ridicula quæstio, cùm dubitādi ratio nulla occurrat cur is qui re cōiunctus est, licèt re tātùm, præferri non debeat ei qui nullomodo cōiūctus fuit. Itaq; ob hanc causam putarūt Ioannes & Azo, quos refert & probat Accursius, quæstionem eò pertinere; An is qui re tātùm coniūctis sit præferatur ei qui vel re & verbis cōiūctus est, vel verbis tātùm: voluntq; ad quæstionē hanc responderi à Paulo, nō esse præferēdū. Alij, inter quos Rogerius, volunt ei quidē qui re & verbis coniūctus sit, præferri non debere illū, qui re tantùm coniunctus est, sed præferendū tamē ei qui verbis tantùm coniūctus proponatur: & hoc esse quod sequitur in versic. *si verò verbis*, de cuius etiā interpretatione postmodum subiiciemus. Sunt denique qui putent verbis dūtaxat cōiūctū, præferendū ei qui re tantùm cōiūctus est: quā sentētiā, itémq; contrariā præcedētē quā retulimus, refellit Accursius, cōcludēs ambos simul admitti: eū scilicet qui verbis tātùm, & eū qui solummodò re cōiunctus sit, ex *l. si ita quis 66. D. de hered. instit. & l. Mæuio 41. in princip. de legat. 2.* Nemo istorū dixit quod dici debuit, Paulū in hoc versic. id omnino sibi velle, vt qui re tantùm cōiūctus est, potior nō sit eo, qui neq; re neq; verbis coniunctus sit. Quod quāquā paradoxum videtur, vt nō sit potior is qui aliquomodo, quàm qui nullomodo coniūctus est, verissimū tamē est, probatúrq; apertissimè ex ea ipsa *l. Mæuio*, qua Accurs. abutitur in cōtrariā partē. Ibi.n. proponebatur ita scriptū esse, *Mæuio fundi partē dimidiā, Seio partē dimidiā lego: eūdē fundū Titio lego*, quibus verbis coniunctus erat Titius re tantùm cū Mæuio & Seio, Mæuius verò & Seius inter se neq; re neq; verbis; vt sequenti capite dicemus. Et tamen si Seius decesserit, aut repudiauerit, Iauolenus eo loco scribit partē eius vtrique adcrescere & Mæuio & Titio: atque ita negat Titiū esse potiorē, quia, inquit, cùm separatim & partes fundi, & totus fundus legatus sit, necesse est vt ea pars, quæ cessat, pro portione legati cuiq; eorū, quibus separatim fundus legatus est, adcresc at. Et verò alius non est ad quē possit aptari quęstio de iure prælationis, pręter eum qui nullomodo sit coniunctus. Si.n. velis conferre eū qui re tātùm cōiūctus est cū eo, qui similiter re tātùm coniūctus sit, facies ridiculā dubitationē vter debeat vincere ex iis qui eodē iure sunt, & in quibus omnia sunt paria. Rursus si eū conferre velis cū eo qui & re & verbis cōiūctus est, iā ex Paulo ipso diximus, omnimodo præferri eū qui cōiūctus sit & re & verbis. Solū igitur illud superest, vt hūc, qui re tantùm coniūctus est,

conferat quis cũ eo qui nõ nisi verbis coniunctus reperitur. Neq; sanè quicquã est quod impediat ne cõparatio hęc fiat. Sed tamen non hanc fuisse Pauli sententia ex eo intelligimus, quòd statim aliã subiiciens quæstionẽ de illo qui verbis tantùm cõiunctus fuit, ait esse illũ pręferendũ, quod vtiq; nõ aliũ sensum habere potest, quàm vt pręferendus sit ei, qui re tãtùm cõiunctus est, vt mox explicabimus. Quid ergo attinuisset scribere coniũctũ re tantùm nõ esse pręferendum ei cui sit postponẽdus? Nam qui dicit pręferendũ quẽ nõ esse, nõ statim dicit esse eũdẽ postponendũ, immò potiùs significat vtrũq; concurrere, quod mediũ est inter præponi, & postponi: sed qui è contrario dicit esse quem postponendum, hoc ipso multo magis significat nõ esse igitur præponendũ, cui nec permittitur quod mediũ est, vt cõcurrat. Ratio tãtùm quærenda est, quã vulgares interpretes reperire nõ potuerũt, Cur is qui re tãtùm coniũctus est non sit præferendus ei qui nullòmodo cõiunctus fuit. Ea verò petenda est ex eo quod iã diximus, nõ posse quæstionẽ incidere de iure prelationis quin tres legatarij sint, quorũ vnus portionẽ suã amittat vel repudiet, alij autẽ de habenda ea cõtẽdant. Hinc nãq; fit, vt is qui à testatore nullomodo, id est, neq; re, neq; verbis coniunctus est, propter cõcursum tamẽ eius qui re tantùm vtriq; coniunctus inuenitur, reperiatur, etiã ipse re coniunctus, ac proinde tantundẽ iuris habere ratione illiusmodi coniunctionis realis, quãtũ si à testatore ipso re tantùm coniunctus fuisset. Quod tamen quoniã pertinet ad explicationem *d.l. Mænio*, de qua sequenti capite dicemus, de hoc quoque plura nunc dicere nolumus. Sequitur apud Paulum, *Si verò verbis quidem cõiunctus sit, re autem non, quæstionis est an coniunctus potior sit, & magis est vt & ipse præferatur.* Hic verò versiculus est qui interpretũ omniũ, & veterũ & recentiorũ ingenia mirabiliter torsit, veterésq; omnes in duplicẽ errorẽ induxit, quorũ primus ille fuit, quòd putarunt ex eo probari apertissimè, Etiam inter verbis tantùm coniunctos locum esse iuri adcrescendi: quasi stultum alioquin esset quærere: An ius prælationis esset inter eos, inter quos non esset ius adcrescendi, cùm ius pręlationis supponat illud in necessarium antecedens, vt suprà monuimus. Alter error fuit, quòd cùm non possent intelligere aut concoquere, quod Paulus non obscurè scribit, coniunctũ verbis tantùm præferendũ esse ei qui re tantùm sit coniunctus, sic Paulũ pręposterè interpretati sunt, vt velit coniuncto verbis tantùm, preferri eũ qui sit coniunctus vel re & verbis secundùm Ioannis & Azonis explicationẽ: quam Bartolus & probat, & à Citramõtanis omnibus probatã esse ait, vel etiã re tantùm secũdùm Rogeriũ. Ita fit, vt postponat eum quẽ Paulus anteponit, & quod est cõsequens, anteponat illũ quẽ Paulus postponit. Priorẽ errorẽ iã refutauimus: sed quomodo ad hũc locũ responderi possit, cuius potissimùm autoritate tãtus error nititur, nondũ docuimus. Id nunc ita faciemus, vt pariter secundùm quoq; errorem tollamus, nec minùs apertam quàm veram totius legis sententiam demonstremus. In quo vt minùs laborandũ nobis sit, effecit mirabile felixque ingenium magni illius Iureconsulti Antonij Goueani, qui etsi in eleganti suo libello *De iure adcrescendi* nondum potuerat assequi mentẽ Pauli, vt fatetur ille ipse in libris Variarum lectionũ, postea tamen & mentẽ & rationẽ assecutus est optimè, & explanauit non minùs disertè quàm breuiter suo more, sed tamen subobscurè libris Var. lect. Ait igitur, quod certè si quid aliud in toto iure nostro verissimũ est, loqui Paulum de eo legatario, qui sit quidem coniunctus verbis tantùm à testatore, sed qui tamen ex post facto reperiatur

periatur etiã re coniunctus propter concursum Titij, quem testator re tãtùm coniunxit, vt proinde, hic de quo agimus, quem testator verbis tantùm coniunxerat, ex postfacto reperiatur coniunctus & re, & verbis eo tẽpore quo de iure prælationis disputatur. Quid ergo mirũ est si præferatur ei qui re tantùm coniunctus fuit, cùm sit ipse coniunctus & re & verbis? Hoc.n. cõsequens est ei quod iã ex Paulo præmisimus, eũ qui & re & verbis cõiunctus sit, omnimodo esse præferẽdũ. Et verò quid refert vtrũ ab initio & ex verbis ipsis testamẽti, an ex postfacto dũtaxat & propter cõcursũ tertij reperiatur quis re & verbis cõiũctus? Sed exẽplo facili opus est vt res alioquin perobscura oculis subiiciatur: Finge testatorẽ ita scripsisse, *Lego Mæuio & Seio fũdũ Cornelianũ pro æquis partibus, eũdẽ fundũ lego Titio.* In hac specie si verba testamẽti & rei veritatẽ, qualis ab initio est, inspicias, Mæuius & Seius verbis tantùm cõiuncti sunt, quia eadem vtráque oratione vocati, sed re nullomodo, quia licèt vocati sint ad eũdẽ fũdũ, vocati tamẽ sunt cũ illa adiectione, *pro æquis partibus*, quæ adiectio sicuti verbis eos cõiũgit, ita re separat, quãdoquidẽ adscribit singulis partes vnicuiq; suã à socij sui & collegatarij parte separatã. Titius verò vtrique, id est tã Seio quàm Mæuio cõiũctus est, sed re tãtùm, nõ etiã verbis. Re coniunctus est, quia testator dando ei fundũ integrũ, quẽ pro æquis partibus dederat Mæuio & Seio, vocat illũ ad eãdẽ rẽ, id est, nõ tãtùm ad eundẽ fundũ, sed quod magis est, quódq; vnũ realẽ cõiũctionẽ inducit ad easdẽ partes quas dederat Seio & Mæuio. Re ipsa.n. nihil aliud sunt partes illæ quàm fundus diuisus, quẽ & totũ & indiuisum Titio legauit. At verbis cõiũctus nõ est Titius cũ cæteris, quia separatim, hoc est, diuersa oratione vocatus fuit. Ideóq; nec tãtum iuris eũ habere æquũ est, quãtum si & re & verbis cõiũctus esset, vt repudiãte Seio ipse in Seij portione Mæuio præferatur omnimodo. Neq; verò fieri potest vt cui testator totũ fundũ legauit, eũ re & verbis cõiũxerit cũ iis quibus viriles portiones adscripsit. Diuersitas.n. illa & disparitas vocationis necessariò diuersitatẽ quoq; orationũ & formularũ requirit. Nã etiamsi poneres ita scripsisse testatorẽ, *Mæuio & Seio fundũ Cornelianũ pro æquis partibus, eundẽ fundum Titio in solidum lego,* essent quidẽ Mæuius & Seius coniũcti verbis inter se, sed nõ cũ Titio, qui ẽ cõtrario re quidẽ cũ iis coniunctus reperiretur, sed verbis tamẽ separatus. Nõ.n. quod semel tantùm expressum esset verbũ *lego*, facere posset vt vna tãtùm oratio videri deberet, vt pleriq; existimãt, quia idẽ verbũ necessariò subintelligẽdũ esset ad cõstruẽdã priorẽ partẽ clausulæ. Parũ autẽ refert an expressum sit, an tacitè subintelligẽdũ, vt oratio vel vna vel multiplex existimetur. Porrò cùm Titius iure suo vtitur, & totũ fundum ex legato suo petit, facit necessariò vt Mæuius & Seius qui ab initio verbis tantùm coniuncti fuerãt à testatore & postfacto & per cõcursum illum Titij etiã re cõiuncti reperiãtur: siquidem fieri nequit vt & Mæuius dimidiã partẽ fundi Corneliani, & Seius aliã dimidiã, & prætereà Titius totũ eũdẽ fundum cõsequatur, nõ magis quàm vt in vno fundo sint duo fundi eiusdẽ quantitatis, vel vt duo eiusdẽ fundi in solidũ domini esse intelligãtur, quorũ vtrumq; nõ tãtùm à iuris nostri, sed ab ipsius etiã naturæ ratione abhorret. Itaq; fieri hoc casu necesse est propter concursum Titij qui solus tãtũ habere debet quãtũ Mæuius & Seius simul, vt semisses qui Mæuio & Seio legati fuerunt reduci debeãt ad quadrãtes, hoc est reuocari ad semissem vnicũ qui postea in quadrãtes diuidatur, vt aliũ semissẽ consequi Titius possit. Sic.n. fiet vt quáuis minùs cõsequãtur singuli, quàm testator singulis

dederit, ita nimirũ faciẽte ipsa rei necessitate, eadẽ tamẽ ꝓportio seruetur in diuidẽdo inter eos omnes fundo Corneliano, quę seruaretur, si volũtas testatoris eũ ipsum effectũ, quẽ verba præ se ferebãt, sortiri potuisset. Nã quę proportio est totius fundi ad aliũ totũ fundũ qui sit eiusdem omnino qualitatis, & quãtitatis, eadẽ est semissis fundi Corneliani ad aliũ semissẽ eiusdẽ fundi: & similiter quæ ꝓportio est semissis fundi Corneliani ad totũ fundũ Cornelianũ, eadẽ omnino est quadrãtis fundi Corneliani ad semissẽ eiusdẽ fundi. Deniq; per hãc reductionẽ quæ necessariò ex iuris potestate inducitur, quãtitas quidẽ & vtilitas legatorũ minuitur, sed ꝓportio nõ immutatur. Cùm ergo Mæuius & Seius, quibus singulis testator dimidiã partẽ fundi Corneliani dederat, reuocentur ad dimidiã vnicã ꝓpter cõcursum Titij, quẽ necesse est tãtũ habere solũ, quãtũ Mæuius & Seius habeãt: ac ꝓinde ad eũ solũ totã aliã fundi Corneliani dimidiam pertinere, negari nõ potest, quin ex postfacto Mæuius & Seius, quos testator verbis testamẽti re disiũxerat, fiant tamẽ re cõiũcti: nõ aliter q̃ si testator ita scripsisset *Mæuio & Seio fundi Corneliani dimidiã, Eiusdẽ fundi aliã dimidiã Titio lego*: qua formula proculdubio Mæuius & Seius & re & verbis cõiũcti reperirẽtur, Titius verò ẽ cõtrario & re & verbis ab vtroq; separatus. Quẽadmodũ igitur ita locuto testatore, si Seius portionẽ suam legati vel amitteret, vel omitteret, solius Mæuij portioni illa adcresceret secũdùm illã ꝓpositionẽ qua iã diximus eũ qui re & verbis cõiũctus sit, alij cuilibet nõ similiter re & verbis cõiũctũ semper & omnimodo esse præferẽdũ: Ita & cùm testator sic scripsit, *Lego Mæuio & Seio fundũ Cornelianũ pro æquis partibus: eũdẽ fundũ Cornelianũ lego Titio*, partẽ Seij quã is vel amiserit vel omiserit soli Mæuio adcrescere necesse est, tãquã ei qui solus re & verbis cõiũctus reperiatur eo tẽpore quo incipit locus esse quæstioni *De iure adcrescẽdi*, nõ etiã Titio qui eodẽ tẽpore saltẽ verbis disiũctus inuenitur, an quia quę ratio necessitatis facit vt Mæuius & Seius, quos testator disiũxerat, cõiũcti re ac verbis reperiãtur, eadẽ in necessariũ cõsequẽs efficiat, vt Titius quẽ testator vtriq; re cõiũxerat, ab vtroq; disiũctus inueniatur? Sic existimare quis fortasse possit: quia sicut per Titij cõcursũ diminuitur legatũ quod Mæuio & Seio relictũ fuerat, vt qui singuli dimidiã fundi Cornel. atq; ita ambo simul totũ fũdũ habere debuerãt, nõ nisi quartã partẽ singuli, & ita simul iũcti ambo nõ nisi dimidiã vnã cõsequãtur: Ita per Mæuij & Seij cõcursum necesse est minui legatũ Titij, vt qui ex verbis testam. fundũ totũ habere debuerat, nõ nisi dimidiã cõsequatur, quã dimidiã nemo nõ videt ab alia dimidia, quæ ad Mæuiũ, & Seiũ ꝑuenire debet, esse omnino separatã: sed nõ ita est. Nõ. n. sicut cõiũctio realis, quæ à testatore inducta nõ fuit, ex post facto induci potest per alteriꝰ collegatarij cõcursũ, ita ex aduerso fieri ex vllo euẽtu potest, vt cõiũctio realis à testatore inducta tollatur. In hac igitur specie dicẽdũ est, præferri Mæuiũ Titio nõ tãquã re cõiũctũ ei qui nõ sit re cõiũctus, sed tãquã cõiũctũ re & verbis, ei qui re tãtùm cõiunctus sit. Neq; tamẽ ex eo quod volumus soli Mæuio, nõ etiã Titio adcrescere Seij portionẽ volũtas testatoris vlla in re violatur, vt neq; ratio illa iuris quæ prohibet ne inter verbis tãtùm cõiũctos ius adcrescendi locum habere possit: ne sc. eueniat vt simus liberaliores testatore si totũ deinꝰ ei cui testator partẽ tãtũ dedit. Quãtũuis. n. soli Mæuio des portionẽ Seij deficiẽtẽ, nõ tamẽ plꝰ habebit, q̃ testator ei dederit, sed illud ipsũ quod ei testator dederat, sc. dimidiã partẽ fũdi, vt ꝓinde nulla ex eo cõquerẽdi occasio supersit Titio, cui nihil diminuitur ex eo semisse, ad quẽ

necesse

necesse fuit redigi legatum quod ei factum fuerat totius fundi. Dicat aliquis Immo fuisse totum fundum Titio legatum perinde atque Meuio dimidia eiusdem fundi pars legata fuerat, & consequenter voluntatem testatoris non minùs facere pro Titio vt ex deficiente Seij portione aliquid possit consequi supra suam dimidiam, quàm pro Mæuio vt ex eadem portione aliquid possit consequi supra suam quartã ad quam similiter necesse fuit redigi legatũ, quod ei factũ fuerat dimidiæ partis. Verùm respondeo, in hoc & ob hoc plus iuris habere Mæuium quàm Titium in deficiente Seij portione, quod Mæuium & Seium testator verbis coniunxerat, Titiũ verò ab vtroq; verbis separauerat. Etsi enim verbalis ea cõiunctio cùm sola est nullas vires habet ad inducendũ ius adcrescẽdi, accedẽte tamẽ cõiunctione reali facit vt qui verbis tãtùm cõiunctus fuerat, nõ tantùm adcrescendi, sed etiã prælationis ius habere debeat, non tanquã verbis tãtùm cõiunctus (perpetua enim est nec vllã exceptionẽ admittens ea propositio, Verbis tantũmodo coniũctum quatenus verbis tantùm cõiunctus est nunquã ius adcrescendi habere posse) sed tanquã is qui & re & verbis coniunctus ex postfacto reperiatur. Verbalis namq; coniunctio & hoc cõmune habet cum reali quod se nel à testatore facta semper durat, nec vnquã ex postfacto tollitur, & hoc amplius quàm realis quod nunquã ex postfacto inducitur, id est neq; ex alterius legatarij cõcursu neq; ex alio vllo euentu. Nam cùm æstimetur tota ex verbis à testatore prolatis, ea verò verba non possint ex euentu vllo immutari, quia testator semel tantùm loquitur, & quãdiu viuit, nõ cùm iam mortuus est, fieri certè nequit, vt qui à testatore verbis coniũcti non fuerũt, ex postfacto vnquã verbis coniuncti reperiantur, quamuis in re disiunctis aliud sit vt qui à testatore disiuncti re fuerunt postea tamẽ coniuncti fiant, quia realẽ cõiunctionẽ nõ tã verba testatoris faciunt quàm res ipsa, rei autẽ status & cõdicio post testatoris mortẽ immutari potest, prout euenit vel nõ euenit vt ex pluribus legatarijs vnus cum alijs concurrat. Itaque in proposita specie Mæuius & Seius qui ab initio fuerãt verbis tãtùm cõiuncti re autẽ disiuncti, reperiũtur ex postfacto & re & verbis coniuncti. Titius verò qui vtriq; coniunctus fuerat re tantùm, verbis autem separatus, re quidem coniunctus manet tum etiam cùm cõcurrit, sed verbis semper disiunctus manet, atque ob id vincitur à Mæuio in quæstione de iure prælationis, non tanquam is qui nullomodo coniunctus sit ab eo qui saltem re coniunctus sit, sed tanquã re tantùm coniunctus ab eo qui coniunctus sit & re & verbis. Ille tantùm scrupulus tollendus superest, quod etiam post reductos Mæuij & Seij semisses ad quadrantes propter concursum Titij qui solus aliũ semissem fundi Corneliani totũ habere debet, ea tamẽ reductio non necessariò realem inter eos coniunctionẽ inducere debere videatur propter verba illa in ipsorum legato adiecta *pro æquis partibus* & quæ adijci necesse fuerat vt verbis saltem coniũgerẽtur, quos testator re distingebat. Quid enim vetat legatũ totius fũdi quod Mæuio & Seio relictũ fuerat, pro æquis partibus ita reuocari ad semisẽ propter cõcursũ Titij, vt tamẽ semis ille perinde pro æquis portionibus Mæuio & Seio relictus esse intelligatur? Nã & hęc interpretatio videretur cõueniẽtior volũtati testatoris vt quos testator verbis quidẽ cõiũxisset, re autẽ disiũxisset, ij semper & verbis cõiuncti & re disiũcti manerent. Facilis tamen responsio est reductionem illam quę fit totius fundi, duorumque semissium ad vnum semissem, & semissis ad quadrantem sicuti à testatore non fit sed à lege adiuuante voluntatem testatoris contra ipsam vt ita dixerim voluntatem vt habeat effectum eo saltem modo quo potest ne a-

lioqui per impoſſibilitatem vitietur,ſi hoc vnum remedium & temperamentū non adhibeatur, Ita fieri ſine repetitione illius adiectionis *pro æquis partibus* quam nec repeti neceſſe eſt cùm lex eos quos ſimul vocat ſemper pro æquis partibus vocet,vbi alia partium ratio conſtituta nulla eſt.Nec aliud ſuadet voluntas teſtatoris,quippe qui partes quidem legatarijs fecit adiiciendo verba illa *pro æquis partibus* ſed legando ijs totum fundum,non autem legando dimidiam.Verum igitur eſt in ea dimidia ad quam ambo reducuntur,nullas eſſe factas partes à teſtatore, nec æquales nec inæquales, fieri tamen à lege & quidem æquales,ſed non eo minus Mæuium & Seium re coniunctos eſſe quia non quæ à lege ſed quę tantum à teſtatore fiunt impediunt realem coniunctionem. Nec putandum eſt adiectionem illam *pro æquis partibus* neceſſariò repetendā eſſe aut potius à lege habendam pro repetita,vt verbalis coniunctio retineatur, quemadmodum fuit neceſſaria ab initio vt Mæuius & Seius verbis tantùm coniungerentur. Nam fuit quidem neceſſaria vt verbis tantùm coniungerentur, ſed non etiam vt verbis ſimpliciter coniungerentur quia poterant coniungi verbis ſine illa adiectione ſi modo re quoque illos coniungere voluiſſet. Multo minùs igitur neceſſaria erit ad retinendam verbalem illam coniunctionem inter eos qui propter concurſum Titij ſicut legati diminutionem patiuntur, ita hoc plus iuris nanciſcuntur quod fiunt re & verbis coniuncti cùm ab initio verbis tantùm coniuncti eſſent.Sed meliùs intelligentur hæc omnia quæ toto hoc capite diſputauimus,ſi iungantur ea quæ tractabimus in ſequenti.

ERROR OCTAVVS.

De ſententia & ratione *l. Mæuio 41.in princip. De legat.2.*

SPECIEM & ſententiam & rationem huius legis ſuperiore capite adumbrauimus tantùm non expreſſimus, quod nunc faciendum nobis erit accuratè.Locus enim perelegans eſt,& ab omnibus noſtris interpretibus vulgaribus non minus malè acceptus,quàm qui proximè à nobis explicatus fuit.Teſtator ita ſcripſerat *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partē dimidiam lego Eundem fundum Titio lego.* Si Seius deceſſerit, inquit Iauolenus pars eius vtrique adcreſcit quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus fundus legatus ſit neceſſe eſt vt ea pars quæ ceſſat pro portione legati cuique eorū quibus ſeparatim fundus legatus eſt,adcreſcat.Non eſt obſcurum quid ad propoſitam quæſtionem Iauolenus reſpondeat. Sed quam rationem illud habeat quod reſpondet,adeò obſcurum eſt vt credatur prorſus aliud reſpondiſſe.Nam cùm Mæuius & Seius omnino diſiuncti proponerentur id eſt & re & verbis,ſolus verò Titius vtrique re coniunctus,quid neceſſe eſt deficientem Seij portionem adcreſcere Mæuio pro parte qui nullomodo coniunctus eſt, ac non potius totam Titio qui etſi ipſe quoque verbis diſiunctus, re tamen coniunctus fuit?Eſt enim certi & indubitati iuris inter legatarios nullomodo coniunctos non poſſe locum habere ius adcreſcendi, in eoque omnes & boni & mali interpretes conſentiunt,etſi ſolent veram iſtam propoſitionem falsò probare ex *l. & Proculo 20.de legat.2.* in cuius ſpecie negari certè non poteſt, quin teſtator qui communi plurium ſeruo legauit, in eo legato dominos ſerui coniunxerit,

non

non quidem re cùm ipsi ad legatum admittantur pro dominicis portionibus, quæ sunt separatæ, sed verbis tantùm, quasi facta dominorum mentione hoc ipso quod serui communis nomen expressum fuit vt suo loco explicauimus. Augent dubitationem verba illa Iauoleni *necesse est vt ea pars &c.* quasi verò inter legatarios perinde atque inter heredes ius adcrescendi ex necessitate inducatur quod sanè non ita est. Inter heredes namque ideo ex necessitate inducitur, quia pars deficiens coheredis si non adcresceret coheredi qui suā agnouit, vacaret, defunctique persona quæ indiuidua est, non nisi pro parte repræsentaretur per heredem qui hereditatis partem duntaxat agnouisset. Ob idque nimirum constitui necesse fuit inter heredes quantumuis & re & verbis disiunctos adeóque etiam inuitos locus esset iuri adcrescendi, & quod magis est, inuito quoque testatore: At in legatarijs nulla talis vrget necessitas, quia deficiens vnius ex legatarijs portio etiamsi collegatario non adcrescat, siue quòd nolit ille sibi eam adcrescere, siue quòd adcrescendi ius non habeat tanquam disiunctus, non idcirco tamen vacat, cùm remaneat in hereditate atque ita penes heredem: vt pluribus etiam à nobis in præcedentibus expositum est. His rationibus coacti interpretes, Iauolenum sic intelligendum esse volunt, vt Mæuius & Seius, inter quos vult ille ius esse adcrescendi fuerint coniuncti à testatore, atque in hoc etiam omnes consentiunt. Sed quonam coniunctionis genere coniuncti fuerint, hoc verò est de quo disputant, nec possunt inuicem conuenire. Bonus Accursius ex cuius vnius glossis omnes omnium aliorum commentarij prodierunt, tres adfert interpretationes. Prima est quam & Bartolus probat fuisse Mæuium & Seiū verbis tantùm coniunctos, re verò disiunctos, hoc modo *Mæuio & Seio lego fundum pro æquis portionibus & Titio eundem fundum.* Et quia videt huic interpretationi apertè repugnare quod scribit Iauolenus partes fundi separatim legatas esse, respondet intelligi debere dictionem illam *Separatim* quod ad rem, sed non quod ad verba, Alias inquit, si etiam quod ad verba nullomodo essent coniuncti nec esset locus iuri adcrescendi, vt *supr. eod. l. & Proculo*, sed cùm verbis tantùm, sic vt *infr. tit. 1. l. re coniunct.* Verùm non potest Accursius effugere quin abhorreat hæc interpretatio verbis Iauoleni. Non enim ponit ille sic dixisse testatorem *Mæuio & Seio lego fundum pro æquis portionibus* quomodo vult Accursius, sed quod longè diuersum est in hunc modum, *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego.* quibus verbis apertum est disiunctos eos esse & re & verbis. Re quidem quoniam ad diuersas partes vocantur Mæuius ad vnam dimidiam, Seius ad aliam, Verbis autem quia separatim & diuersis orationibus. Nam licet vnicum fuerit verbum *lego* quo vsus est testator, vnde proculdubio errandi occasionē interpretes sumpserunt, necessariò tamen subintelligendum & pro tacitè repetito habendum est vt vtraque pars formulæ construi & explicari possit. Nihilque prorsus interest siue Iureconsultos siue Grammaticos consulas an testator ita scripserit vt scripserat apud Iauolenum *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego*, an verò in hunc modum *Mæuio fundi partem dimidiam lego, Eiusdem fundi partem aliam dimidiam Seio lego* quo tamen posteriore casu nemo dubitaret quin Mæuius & Sæius dicendi essent & re & verbis disiuncti. Rursus si poneres Mæuium & Seium verbis tantùm coniunctos fuisse à testatore secundum hanc interpretationem Accursij, non posset verum esse quod Iauolenus

respondet deficientem Seij portionem & Mæuio & Titio adcrescere pro cuiusque eorum legati portione. Nam immo verò adcresceret soli Mæuio in totum, nulla verò ex parte Titio, quia per concursum Titij fieret vt Mæuius quem testator verbis tantùm coniunxisset, ex post facto tamen & re & verbis coniunctus reperiretur, atque ita Titium vincere deberet eo iure quo quisquis re & verbis coniunctus est præfertur ei qui re tantùm coniunctus est: Quam Pauli sententiam esse in *d.l.re coniuncti in fi.* docuimus capite superiore. Alioqui si quis plus interpretibus quàm Paulo tribuens pertinacius fieri velit Mæuium quem testator verbis tantùm coniunxerat nunquam habendum pro eo qui etiam re coniunctus sit, illud è contrario fiet vt non possit habere ius adcrescendi tanquam quod nunquam locum habeat inter legatarios verbis tantùm coniunctos vt probauimus in præcedentibus. Atque ita æquè falsum erit quod vult Iauolenus portionem Seij & Titio & Mæuio adcrescere, cùm eo casu esset vt ad solum Titium tanquam solum re coniunctum tota deberet peruenire. Secunda Accursij interpretatio est, quam tamen aliorum fuisse ait, Mæuium & Seium in hac specie fuisse coniunctos re id est, ad eandem partem dimidiam vocatos, Titium verò fuisse coniunctum verbis vt Iauoleni sensus sit, coniunctum re tantùm admitti cum coniuncto verbis tantùm: licèt videatur, inquit Accursius, quòd coniunctus re tantùm præferatur vt *infr. tit. 1. l. re coniuncti*, quod non est verum vt hîc. Sunt enim hæc ipsa verba Accursij. Sed hac interpretatione nihil potest dici improbabilius, nihil insulsius, siue Iauoleni verba siue iuris rationem consideremus. Volunt enim isti vocatos esse Mæuium & Seium ad vnam eandemque partem dimidiam fundi Corneliani, Iauolenus verò apertè scribit fuisse ijs separatim legatas partes fundi. Et quamuis Accursius in eorum verborum explicatione dicat plurale vsurpatum esse pro singulari, quàm tamen id ridiculum sit, iudicium esto cuiuslibet. Numerum enim singularem pro plurali poni nouum non est, sed pluralem pro singulari & partes plures pro vna eadémque parte mihi certè nouum est, & inauditum. At illud quàm stultius, fuisse Titium verbis coniunctum Seio & Mæuio, adeóque coniunctum verbis tantùm: cùm apertè ponat Iauolenus eundem ipsum fundum qui Mæuio & Seio per partes legatus fuerat, legatũ fuisse Titio & totum & separatim. Quomodo enim potuit Titius non esse re coniunctus si totus fundus ei legatus fuit? Contra verò, quomodo potuit esse coniunctus verbis si fuit ei separatim legatus? Aut quis vnquam verbis disiunctus dici poterit Si Titius hic verbis disiunctus non fuit cùm legati verba in hunc modum concepta proponerentur, *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego Eundem fundum Titio lego.* An non prorsus separata oratione legatum Titio datum est addito etiam verbo *lego* quod in legato relicto Mæuio & Seio nõ nisi semel expressum fuerat? Si ergo Mæuius & Seius nihilominus verbis quoque disiuncti fuerunt vt probauimus, quanto magis dicendum est Titium ab vtroque fuisse verbis disiunctum? Quòd verò ijdem inferunt ex hoc Iauoleni responso perperam intellecto, coniunctum verbis tantùm concurrere cum eo qui sit coniunctus re tantum, ex d.l. re coniuncti, iam diximus falsum esse. Nunquam enim fieri potest vt concurrant, sed alterutrum euenire necesse est, vt vel coniunctus verbis tantùm prorsus excludatur, scilicet si remaneat verbis tantùm coniunctus, vel ei qui re tantùm coniunctus fuit, præferatur, euadẽdo ex postfacto in eũ, qui & re & verbis cõiũctus reperiatur, vt in specie *d.l.re cõiũcti.*

Tertia

Tertia itaque ac postrema Accursij interpretatio est fuisse omnes istos legatarios re tantùm coniunctos quod quantū ad Titij cum Seio & Mæuio coniunctionem verum quidem est, sed non quantum ad Mæuium & Seium inter se, vt ostendimus in proximæ interpretationis confutatione. Eodem nāque vicio hęc quoque interpretatic laborat, iisdémq; proinde argumētis refellitur. Præsertim verò ex eo, quod Iauolenus ait Mæuio & Seio partes fundi separatim legatas esse, Quod etiamsi minus apertè expressisset, poterat tamen sufficere quod legati verba verba sic proposita fuissent *Mæuio fundi partem dimidiam Seio partem dimidiam lego*, ne quis dubitare posset qnin dimidia vna Mæuio, alia Seio legata esset. Cùm enim cuiusque rei duplex dimidia sit cur duplex legatum in quo bis facta sit mentio partis dimidiæ, de eadem parte dimidia duobus data intelligi vellemus? Nec possis quod Iauolenus de partibus in plurali numero scribit de ijs partibus accipere quæ fiunt per concursum, quæ alia eiusdem Accursij explicatio est. Loquitur enim Iauolenus de partibus separatim legatis ac proinde ab ipso testatore factis non à lege, At eæ quæ per concursum fiunt, non per testatorem ipsum factæ dici possunt, sed sola iuris potestate constituuntur, nec ab initio vt quæ à testatore sed tum demum cum legatarii concurrunt. Vnde illa fluxit differentia, quod inter legatarios quibus testator ipse partes dedit, nunquam est ius adcrescendi, semper verò est inter eos qui partes habent per concursum *l. 3. D. de vsufr. adcresc.* Neque sanè potuit Iauolenus exprimere apertiùs quod Mæuius & Seius re & & verbis disiuncti fuissent, quàm cùm dixit fuisse ijs separatim partes legatas. Et quemadmodum adscriptæ partes excludunt coniunctionem realem, ita & dictio illa *separatim* verbalem, quamuis prima interpretatio Accursij separationem istam intelligi velit quod ad rem tantùm non quod ad verba. Nam imò verò intelligi necessario debet quod ad verba non quod ad rem vt ex eo constat, quod refert eam Iauolenus non modò ad partes fundi legatas Mæuio, & Seio sed etiam ad legatum eiusdem totius fundi Titio relictum, quod tamen relictum fuit coniunctim non separatim si de reali non de verbali aut coniunctione aut separatione Iauolenus intelligatur. Dicendum igitur est in ea specie quàm Iauolenus tractat fuisse Mæuium & Seium disiunctos & re & verbis inter se, cum Titio verò coniunctos fuisse re tantùm verbis autem separatos. De quo nec quisquam ex interpretibus dubitasset, adeò aperta sunt legis verba, si potuissent illi rationem inuenire, propter quam ius adcrescendi esset inter eos qui nullomodo id est, neque re neque verbis coniuncti essent. Ratio autem, quam illi assequi non potuerunt, illa est quam superiore capite tractauimus in explicanda sententia *l. re coniuncti* quod quotiescunque duobus re disiunctis coniungitur tertius ea coniunctione quæ realis tantùm sit non verbalis, & is tertius concurrit facit concursus ille vt qui ab initio erant omnino & re & verbis disiuncti, reperiantur ex post facto re coniuncti per reductionem quam fieri necesse est ambarum portionum quæ singulis fuerant legatæ ad eam portionem solam quæ vnicuique eorum data erat, Vt ecce in casu nostro cùm propter concursum Titij qui solus tantum habere debet quantum Mæuius & Seius simul non possit fieri vt Mæuius habeat dimidiā partem fundi quæ ei legata fuit, & Seius aliam dimidiam necesse est dimidiā datam Mæuio reduci ad quadrantē, & dimidiā datā Seio ad alium quadrantem, atque ita duas illas dimidias ad vnius dimidiæ rationem reuocari: quo facto Mæuius & Seius inueniuntur re coniuncti, tanquam ad vnā

eādémq; dimidiā vocati. Similiter & Titius qui ab initio fuerat vtrique re tātùm coniunctus, etiam re coniunctus manet, quia ipsius concursus, qui Mæuiū & Seium prorsus antea disiunctos re coniungit, multò magis coniunctum reti net Titium qui ab initio coniūctus fuit. Sic fit vt cùm eo tēpore quo de adcrescendi & prælationis iure quæritur, omnes re coniuncti reperiantur, & quidē re tātùm (quia verbalis cōiunctio quæ ab initio nulla fuit neq; per cōcursum neq; alio vllo modo induci potest ex postfacto) necesse sit eos concurrere, quippe qui eodem coniunctionis genere, & consequenter pari iuris & voluntatis ratione nitantur. Non est quidem necesse deficientem legatarij portionem cuiquam ex collegatarijs adcrescere (vt huic quoque dubitationi ab initio propositæ satisfaciamus) quia posset illa remanere penes heredem, quemadmodum supra diximus, sed cùm adcrescit, & quidem pluribus collegatarijs ad legatum concurrentibus & æquè coniūctis, necesse est omnibus eam adcrescere non vni potius quàm alteri, quoniam in plurium legatariorum cōcursu si omnia sint paria, id est si par sit omnium causa, neuter potest vincere, neuter vinci. Et inde illud quoque est quod Iauoleno placet Seij portionem adcrescere Mæuio & Titio nō pro virilibus vt malè habet vna ex eiusdem Accursij nostri interpretationibus, sed pro portione legati cuiusque eorum, id est ita vt eius partis deficientis tres fiāt partes, quarum duas ferat Titius, vnam duntaxat Mæuius, quia cùm ius illud adcrescendi non nascatur nisi ex coniunctione, eaque reali, consequens est vt eatenus prodesse collegatarijs debeat quatenus re coniuncti sunt. Eatenus autem re coniuncti sunt, quatenus ad legatum vocati. Præter id quod in legatis quoque non minus quàm in hereditatibus verum est deficientē portionem non personæ adcrescere sed portioni, exemplo alluuionis, vt eleganter ait Papinianus noster in *l. si Titio fructus 33. §. 1. D. de usufr.*

Error nonus.

De partibus quæ per concursum fiunt.

Quoniam in hoc tractatu De iure adcrescendi frequens mentio habetur partium quæ inter coheredes aut collegatarios per concursum fiunt, operæprecium est de iis aliquid etiam dicere, quādoquidem in hoc quoque video errari à plerisque. Opponūtur huiusmodi partes quæ per concursum fiunt ijs partibus quæ iā inde ab initio factæ sint à testatore, ideóque non aliter dicuntur per concursū fieri quàm si ab initiò totum datum sit vnicuique illorū qui ex postfacto partes concursu factas habere inueniuntur, vt constat ex *l. planè 34. §. si coniunctim de legat. 1. l. coniunctim 80. de legat. 3. l. 3. D. de usufr. adcresc.* Itaque partes ab initio habent illi solùm legatarij quos testator vel omnino disiunxit, vel verbis tātùm coniunxit. Per concursum verò illi, quos testator re coniunxit, siue verbis eos disiunxerit, siue etiam verbis cōiunxerit. Vnde fieri suprà diximus vt inter verbis tantùm coniunctos quandiu tales manent, ius adcrescendi esse numquā possit, sed inter eos duntaxat qui re coniuncti sunt, ne liberaliores simus testatore si totum demus ei cui testator partem solùm dedit, vt disputauimus ad *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Neque verò ipsi etiam vulgares interpretes videntur hoc ignorasse, quid nimirum sit partes ab initio fieri, & quid per concursum

ſum, vt proinde tanto magis mirandum ſit in quæſtione illa De iure adcreſcendi inter coniunctos verbis tantùm hallucinatos eos omnes fuiſſe tam turpiter. Etſi minus hoc mirabitur quiſquis nobiſcum obſeruabit eſſe hoc ipſis familiare, vt non ex iuris ratione, quod facere deberent, legum interpretationem eliciant, ſed contrà æſtiment rationem iuris ex legibus perperam intellectis. At quod attinet ad partes quæ per concurſum fiunt illud etiam malè vulgo acceptum eſt, quod putant pleríque quoties non niſi concurſu partes fiunt permittendum eſſe vnicuique ex legatarijs vt interim petat totum legatum quandiu collegatarius non concurrit. Quem errorem nos quoque aliquando tanquam probabilem ſecuti ſumus, Moti ea ratione, quòd cùm partes fiunt per concurſum eæ prorſus nullæ ſint antequàm concurratur, alioqui non poſſent videri per concurſum factæ quæ ante concurſum fuiſſent. Interim igitur, ſicuti tota res in cuiuſque legato eſt, ita conſequens videtur, vt tota peti poſſit ab eo qui prior ex legatarijs venit ad legatum Quam ob cauſam mirabar quod ſcriptum eſt in *dict. l. planè §. ſi coniunctim verſicul. ſed ſi in pupillari.* Si pater in pupillari teſtamento alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo teſtamento legauerat, non poſſe me interim niſi partem habere quia concurſu partes habeamus. Sic enim ex Iuliano Vlpianus, *Iulianus ſcribit concurſu partes nos habere, Interim igitur partem habebit is cui in ſuo teſtamento legauit.* Quæ conſecutio abſurda videtur, cùm ex eo quod Iulianus ſcripſerat & verum eſt in ea ſpecie concurſu partes nos habere, potius inferre Vlpianus debuiſſet. Interim igitur totum habere illum debere cui in paterno teſtamento legatum fuit. Nec ſuſpicione carebat apud me is verſiculus, vt ab imperito aliquo interprete additus videretur, præſertim cùm præcedentibus Vlpiani verbis conſentaneũ eſſet, vt ſcriberetur non quomodo in tertia perſona ſcriptum eſt *partem habebit is cui &c.* ſed potiùs in prima perſona in hunc modum, *Interim igitur partem habebo.* Sic enim ſcripſerat Vlpianus in præcedentibus *Sed ſi in pupillari teſtamento alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo teſtamento legauerat*, & paullo poſt *Concurſu partes nos habere.* Quæ ratio etiamnum me mouet vt hac parte retineam priorem coniecturam. Eſt enim iudicio meo probabiliſſima, & adiuuatur innumeris alijs obſeruationibus ſimilium additionum quæ ex gloſſis interpretum irrepſerunt in textum per modum illationis, cùm putarent illi ex textu inferri poſſe aliquid, de quo tamen fortaſſis nunquam Iureconſultus ne per ſomnium quidem cogitaſſet. Sed quanquam hoc ita eſt, mihi tamen nunc dubium non eſt, quin illatio vera ſit ſiue Vlpiano eam adſcribere libeat, ſiue interpreti, neque poſſe defendi eorum interpretationem, qui verba illa *interim igitur partem habebit* de collegatarij parte deficiente intelligunt vt totum dent mihi, cui lex non dat niſi partem. Verius enim eſt non niſi partem interim habere me debere quandiu collegatarius meus cui pater in teſtamento pupillari legauit eandem rem quam in ſuo mihi legauerat, in eo eſt vt poſſit concurrere, quamuis nondum concurrat, quod iam olim Bartolus pro Ioanne contra Hugolinum & Azonem diſputauit, Ex *l. ſi domino 99. eod. titul. De legat. 1.* vbi ex eodem Iuliano ſcribitur, ſi domino Stichus legatus eſſet, & ſeruo eiuſdem domini cùm eſſet manumiſſus, optio ſeruorum data, non niſi partem dimidiam Stichi ad dominum interim pertinere, quod poſſit ſeruus manumiſſus eundem Stichum optare & ex *leg. quid ergo 53. §. 1. eod. titul.*

Ratio autem, quam Bartolus non adducit, quamque nec percepisse videtur, sed quæ tamen in hanc sententiam me sola trahit, illa est, quod legatum non ex sola testatoris voluntate, neque ex testamenti tantùm verbis acquiritur legatario, sed potissimum ex legis duodecim tabularum autoritate, quæ vti quisque suæ rei legassit ita ius esse sanxit *l. verbis legis* 120. *de verb. signific.* Legis autem potestas tota in eo est non vt legatario acquirat ipsa legatũ, sed tãtùm vt deferat, acquirendum postea si volet. Delatio enim necesse est vt præcedat acquisitionem, cùm in nullius potestate sit quicquam sibi acquirere ex vltima voluntate quod non priùs delatum fuerit siue hereditas sit siue legatum *l. delata* 151. *eod. l. ei qui* 13. *D. de condic. instit.* Delatio fit à lege, acquisitio ab homine extra causam suorum & necessariorum heredum: Porrò lex non defert nisi semel, quia, vt alibi monuimus tota legis potestas vnica delatione consumitur. Vnde est quod olim neque in suis neque in agnatis erat successio *l. 1. §. sciendum D. de suis & legit. §. placebat Instit. de legit. agnat. success.* Ex hoc igitur fieri necesse est, vt tum quoque cùm partes per concursum fiunt lex non deferat totum ei qui diligentior est in occupando legato, quamuis collegatarius nondum concurrat, si modo adhuc ille sit in eo vt possit quandoque concurrere, quia si interim totum huic deferret, non posset eadem lex postea eiusdem rei partem deferre alteri collegatario concurrere volenti, nec rursus ille sibi acquirere partem quam lex alij iam delatam ipsi nunquam detulisset. Ita fieret vt lex cuius non aliud propositum est quàm vt testatoris voluntatem conseruet, faceret contra voluntatem, legatíque commodum eriperet ei cui tantum quantum alij testator dedisset. Ne id eueniat, remedium illud vnicum superest, vt pro parte quam habiturus est collegatarius si quandoq; cõcurret, delatio remaneat in suspenso quousque vel concurrat ille, vel certum esse incipiat amplius eum cõcurrere non posse. Sic enim fit vt neque is qui prior ad legatum venit, partẽ illam possit acquirere, quippe nunquam sibi delatam, neq; collegatarius quandocũque concurrere volens eam partem sibi acquirere impediatur, quę scilicet nunc primùm ipsi defertur, nec alij vnquã vlli fuit delata nedũ acquisita. Bona ergo est illa consecutio de qua in *d. §. si coniunctim*, vt quo casu partes per concursum fiunt, interim igitur partem solùm habeat is, qui diligentior est in petendo legato. At si ita est, dicat aliquis, quid intererit an partes ab initio fiant an per concursum? Nam & cùm ab initio fiunt, partẽ suam habet is, qui prior venit ad legatum. Et tamen apertè significat Vlp. aliud iuris esse si partes ab initio fiant, aliud si per concursum. Atque hoc vnum sanè est, quod & me aliquando fallebat, & omnes qui hac in re decepti sunt hucusque fefellit. Adeò vt non habuerit Bartolus quid diceret, nisi quod in illis verbis *Sed si in pupillari* maluit legere *Sed & si* vt diuersitas vtriusque casus in facto tantùm, in iure autem identitas, vt ipse ait, demonstraretur, quasi verò idem ius hac in re sit siue ab initio siue per concursum partes fiant. Verùm non ita scripsit Vlpianus, sed per meram aduersatiuam illam *Sed si* quæ ostendit diuersitatem non minus iuris quàm facti. Dicendum igitur est, hoc quoque admisso, vt qui per concursum duntaxat partem habet, interim nihil nisi partem possit petere, illam nihilominus differentiam superesse inter eum casum, quo partes ab initio fiant, & illum quo per concursum quòd qui ab initio partem suam habuit hoc est factam sibi ab ipso testatore, nunquam nisi partem habet, id est neque interim neque ex postfacto, quamuis collegatarius neque concurrat, neque possit vnquam concurrere. Id enim est quod ait Paulus

in *d.l.re coniuncti* cùm loquitur de verbo tantùm coniunctis, eos habere partes semper, id est omni tempore sicut & omni casu, & ab initio & ex postfacto, neque vnquam totum consequi posse. Qui verò non habet partem nisi per concursum is si currat non concurrat id est si prior ad legatum veniat habet quidem similiter partem duntaxat, sed interim, quandiu scilicet collegatarius, qui nondum concurrit, concurrere adhuc potest. Ex postfacto autem habet totum, si desinat posse aut velle concurrere is qui antea in eo fuit vt partem facere per concursum posset. Illud quoque obseruandum est apud Vlpianum in *d.§.si coniunctim*, dici ab eo coniunctim legatum fuisse ijs, qui verbis tantùm coniuncti fuerunt, sicut è contrario in *l.Meuio 41.in princip. de leg.2.* separatim legatum fuisse dicitur Titio quem testator cum Mæuio & Seio re cōiunxerat vt & in *l.si separatim 30.D. de condic.& demonstr.* Cùm tamen coniunctim heredes institui aut coniunctim legari Celsus definiat in *l.coniunctim 80.de legat.3.* nihil aliud esse quàm hereditatem totam & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri, quod supra diximus non euenire nisi inter re coniunctos. Quo etiam sensu passim Iustinianus in *l.vnic.C.de caduc.tollend.* coniunctos vocat quod ad ius adcrescendi eos tantum qui non verbis solummodo sed vel etiam re, vel saltem re tantùm fuerint coniuncti, coniunctim tamen disiunctim ve legatum ait prout verbis coniuncti fuerunt legatarij vel disiuncti, quia aduerbia ista non tam rem ipsam in qua sit coniunctio quàm coniunctionis modū exprimunt, quod idē Iustinianus in *§.his ita definitis eiusd.leg.* sic exprimit. *Non enim tantum coniunctiuo* inquit *modo quadam relinquuntur sed etiam disiunctiuo.* Nimirum vt sunt diuersa coniunctionis genera, ita coniunctionis nomen æquiuocū nihil vetat nunc ad hoc, nunc ad illud accommodari. Sed quo sensu accipiatur facile est bono Iureconsulto ex ijs quæ vel præcedunt, vel sequuntur, si iuris rationem coniungas, vt suo loco monuimus, dijudicare Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione verissimè dicuntur. Sed non ex mente Iustiniani. Is námq; in *d.l.vnic.§.vbi autem vers.sin verò* cōstituit expressis verbis vt cùm partes per concursum fiunt inter verbis disiunctos interim totū habeat is qui prior ad legatū vel fideicōmissum venit sed posteà collegatarij pars ei abstrahatur si collegatarius concurrat. Quod neque Bartolo neque ab alijs animaduersum fuisse miror. Sane in heredibus nihil fuit hac parte innouatum v: sequenti capite dicemus.

ERROR DECIMVS.

De pluribus heredibus institutis vno purè, alio sub condicione an purè institutus, totum interim habeat, an partem. Et ad l.3. 4.& 5. D.si pars hered.petat.

HABVIT hæc quæstio iam olim dissentientes veteres illos nostri iuris interpretes, vt refert Accursius noster ad *l. 2.D. si pars heredit.petat.* vbi & proponit quæstionem & dissentientes Ioannis & Pilei Azonisque cum Pileo sentientis opiniones. Ioannes enim dicebat eum qui purè institutus esset debere interim partem duntaxat habere ex *d.l.2.& l.hac scriptura 26. §.1. l. si separatim 30. D. de*

condic.& demonstr.l.planè 34.*§.si coniunctim de leg.*1.*l.ex parte* 25.*D. de solut.l.vnic.§.vbi autem C. de caduc.tollend.* Pileus autem & Azo contrà esse illum interim solū & in solidum heredē ex *l.sub condicione* 10.*D.de assign.libert.l.idem etsi* 6.*§.si mihi D.de vsufr.adcresc.l.*1.*§.sed & quoties D. ad SC.Trebell.* Hugolinus verò egregius si Dijs placet, ercifcundus distinguebat an testator ita scripsisset *Titium heredem instituo, & si venerit nauis ex Asia tunc etiam Seium cum eo instituo, an verò ita Titium ex dimidia parte heredem instituo, & si nauis ex Asia venerit Seium instituo in aliam dimidiam* vt priore casu solus Titius in totum admitteretur ex *l. si solus* 80. *De acquir. hered.* posteriore verò non nisi pro dimidia & dict.*l vnic.§.vbi autem C.de caduc.tollend.* Eámque Hugolini distinctionem Accursius quoq; probat itémque Bartolus ad *d.l.planè §.si coniunctim de legat.*1.sed more suo vt subtiliorem agat, cum noua distinctione & subdistinctionibus. Primùm enim distinguit ille an de hereditate tractemus an de legato, an de fideicommisso, Et rursus an de fideicommisso vniuersali an de singulari (hanc enim subdistinctionem etsi Bartolus non exprimit, adhibuit tamen hoc ipso quod subinde distinguit an heres adierit sponte an coactus, cùm distinctio illa non cadat in heredem qui fideicommissis tantùm singularibus fuerit oneratus) Itémque si de vniuersali an compulsus fuerit necne heres vt adiret. Denique an de proprietate per legatum aut fideicommissum relicta aut verò de vsufructu. In hereditate directò data, admittit Hugolini & Accursij distinctionem, cum hoc tamē temperamēto vt heres purè institutus, totam quidē hereditatem interim habeat pendente condicione quæ fuit adscripta coheredi, at non eo iure quasi reuera in solidum heres sit, quia semel heres in solidum non posset ex postfacto fieri aut desinere esse heres pro parte, sed ita vt totam hereditatem possideat incerto quodam iure cuius certitudo tota pendeat ex euentu, hactenus vt si postea condicio deficiat, tum demum ipse in solidum heres fuisse retrofingatur, Si verò existat & coheres institutionem suam velit agnoscere, [illegible] rò pro parte tantùm is qui purè institutus fuerat heres fuisse intelligatur. Adfértque in hanc rem exemplum Bartolus de illo qui heres est cum posthumo. Nam cùm nesciri possit quot posthumos mulier quæ ventre pleno est paritura sit, nec illud quoque sciri potest ex qua parte possit aut debeat heres esse is qui iam est in rerum natura, quandoquidem possunt nasci plures paucioré ve, lex autem vtique pro numero liberorum qui nati erunt viriles partes constitutura est *l. antiqui* 3. *cum duab. sequentib.D. si pars hered. petat. l. cum quidam* 30. *§. suum heredem D. de acquir. hered.* Et tamen placuit prudentibus interim pro quarta parte heredem esse illum qui ad hereditatem cum posthumo vocatur *d.l. antiqui in fin.l.sed etsi* 28. *§.vlt. D. de iudic.* Similiter ergo vult Bartolus instituto herede vno purè alio sub condicione pendēre ex euentu an pro parte an in solidum heres retrofingi debeat, is qui purè institutus fuit, interim tamen totam hereditatem habere illum debere. At in fideicommisso si sit vniuersale distinguit Bartolus an heres adierit sponte an coactus, Si coactus transire actiones omnes ipso iure in fideicōmissarium cui pars hereditatis purè restitui debuit, sed ita tamen vt si postea alterius partis condicio existat transeant pro illa parte in fideicōmissariū condicionalem ex *d.l.*1.*§.sed & quoties D.ad.SC. Trebell.* Si verò sponte adeatur hereditas tunc idē iuris esse in fideicōmissario vniuersali quod in singulari & in vtroq; idē quod in legato In legato autē ita ius esse vt subdistingui oporteat an agatur de proprietate an de vsufructu. Si de proprietate tunc ea obtinere quæ
supe-

superiore capite disputauimus,id est partē duntaxat ei qui purè legatarius est in terim deberi ex *d.l.planè 34.§.si coniunctim l.quid ergo 13.§.1.l.si domino 99.de legat.*1.Si verò de vsufructu, totum interim ad eum pertinere ex *d. l.idem 7.§. si mihi D.de vsufr. adcresc.* Rationem diuersitatis inter hereditatem & legatum hanc adducit Bartolus quia in hereditate non est alius qui interim retineat, & ad quem pertineat,ideo heres cui relictum est totum interim retinet totum, Sed in legato est qui interim retineat vt heres. Eius autem differentiæ quam ponit inter proprietatem & vsumfructum adfert eā rationem, quòd res legata eiusque proprietas eadem modò sit quæ erit tempore existentis vel deficientis condicionis,& ideò cùm ea sit spes, quòd alius admittetur, interim partem facit. Sed vsusfructus, qui in illo inquit, medio est, donec condicio pendet non est idem cum eo qui erit post condicionem existentem vel defectam quia vsusfructus,quotidie constituitur & finitur *l.1. §.interdum D.de vsufr.adcresc.l.si fructus mihi 6. D.de vsufr.legat.* Meritò cùm ad illum vsumfructum non speretur quod alius admittatur, interim vsufructuarius habet totum.Idém que est inquit,si vni sit legatus fundus purè, alij vsusfructus sub condicione vel è conuerso, quia ille cui legatus est purè totū habebit,interim eadem ratione ex *l.1.§.si decem D.vt legat. nomin.caueat.* Ita Bartolus,& quidem quantū ad id quod ait de vsufructu non malè nec insubtiliter. Nā proculdubio alius vsusfructus est vnius diei,alius vsusfructus alterius temporis,& vsusfructus semel legatus quotidie legari intelligitur, vt eleganter scriptum est in *d.§. interdum* quia consistit ex vtendo fruendo *l.vnic.D.quand.dies vsusfr.legat.ced.* alia autem est fruitio hodierna,alia erit crastina,quāuis ea res cuius vsusfructus cōstitutus est eadē semper maneat.Vnde aliæ pleræque differētiæ fluunt inter proprietatē & vsumfructū,præsertim quod attinet ad ius adcrescēdi de quo agitur in *d.§.interdum.* Quamquam quod subijcit Bartolus de alio illo casu quo vni legatus sit fūdus purè alij eiusdem fundi vsusfructus sub condicione, valde dissimile est.Habet enim hoc casu legatarius fundi non totum vsumfructū sed totū fundum qui ei legatus fuit,tanquam cuius appellatione plena proprietas significetur, id est non ea quę vt nostri loqui solēt,coniuncta sit cū vsufructu,qualis nulla est,sed à qua vsusfructus nullus sit separatus,qui porro non aliter quàm per separationē constitui potest,vt à nobis alio loco probatum est aduersus vulgarem illam nostrorū traditionē,quæ duplicem facit vsumfructum causalem & formalem.Sed quam idem Bartolus hac parte differentiam ponit inter hereditatem & legatū ea mihi probari non potest, vt nec illa dissimilitudinis ratio quam adfert. Non probatur differentia, quoniam video eandem constitui rationem hereditatis & legati in *d. l. hac scriptura 26.§.1. De condic. & demonstr.* ad quem locum licet Bart.in *d.§.si coniūctim* dicat se responsurum in *d.§.1.*nihil tamen respondet. Rursum video in *d.l. 2. D. si pars heredit.pet.* apertè scriptum esse, Si ex pluribus ad quos eadem hereditas pertinet,quidam adierint, quidam adhuc deliberent,eos qui iam adierint si petant hereditatem non maiorem partem petere debere,quàm habituri essent cæteris adeuntibus. Nec eis proderit si cæteri nondum adierint. Sic enim accipienda est particula *non pro nondum* in illis verbis *si cateri non adierint* vt ex eo apparet quod statim sequitur *Non adeuntibus autem cateris poterunt tunc partes eorum petere si modo ad eos pertinerent.* Quid verò interest, an coheres partem suam nondum adierit quia deliberet, de illa vel adeunda vel repudianda. An quia nondum possit eam agnoscere tametsi maxime velles, vt contingit in

eo qui fuit institutus sub condicione quæ nondum extitit? Sed me omniū maximè mouet ratio illa superiore capite à nobis disputata per quam fieri diximus vt eo quoque casu quo legati partes per concursum fiunt, tamen non nisi partem interim habere debeat is qui prior ad legatū venit. Nempe quod non possit legatum acquirere nisi quatenus ei per legem delatum fuerit, non autem deferatur per legem nisi pro parte, ne alioqui eripiatur spes alteri collegatario qui ex voluntate testatoris admitti quandoque potest, vt admitti nunquam possit. Eadem enim ratio in hereditate quoque locum habet quia cùm plures heredes instituuntur, vnus purè alius sub condicione, non defert lex hereditatem totam ei qui purè institutus fuit sed pro parte duntaxat, ne alioquin eueniat vt existente postea condicione non possit lex amplius aliam partem illam hereditatis deferre ei qui sub illa condicione institutus fuerat, quippe quam alteri iam detulisset, quandoquidem portio semel per legem vni delata alteri postea deferri nunquam potest: Adeo vnica delatione tota legis potestas consumitur. Non ergo fieri potest vt qui pro parte fuit purè institutus, interim totam hereditatem habeat. Nisi fortè volumus acquisitionem hereditatis, priorem esse delatione, quod sanè sicuti præposterum, ita & absurdum esset *l. delata* 151. *De verb. signific. l.* 1. *§. decretalis D. de success. edict.* Contra verò, non est bona ratio illa quam adfert Bart. commentitiæ huius differentiæ inter hereditatem & legatum. Nam quod ait in hereditate non esse alium qui interim retineat partem coheredis sub condicione instituti, quomodo in legato est heres qui possit retinere legatum cuius condicio nondum extitit, verum quidem est sed ad rem nostram nullomodo pertinens. Vt enim pars illa coheredis sub condicione instituti possit ad coheredem purè institutum pertinere, adeóque penes eum remanere vel vno temporis momento, non illud sufficit vt nemo alius sit ad quem ea pertineat, sed illud quoque requiritur vt huic coheredi purè instituto ex parte, fuerit etiam delata, quod tamen esse nemo dixerit, quandiu in eo est portio illa vt ei ipsi deferri possit cui testamento relicta fuit, Deferri autem potest quandiu condicio non defecit, quamuis necdum extiterit. Nec quicquam absurdi est quod interim neutri ex heredibus deferatur, Neque ei cui fuit relicta sub condicione, quia condicio nondum extiterit, neque ei qui ex alia parte purè scriptus est quoniam alij adhuc deferri possit. Interim namque portio illa non tam est vacans quàm iacens, & satis est quod iaceat ne heredi purè scripto deferatur, quia ratio illa necessitatis quæ inter coheredes etiam inuitos, & inuito testatore ius adcrescendi inducit non incipit habere locum ex eo tempore quo hereditatis pars iacêre incipit sed ex eo tantùm die quo incipit vacare, id est nullam habere personam cui ex voluntate testatoris acquiri possit. Vacare quidem potest ea portio quæ nunquam iacuerit sed eam portionem quæ & iacuerit & vacauerit, iacuisse prius quàm vacasse necesse est. De iure autem adcrescendi quærere antequàm vacet portio & cùm adhuc iacet, præmaturum vtique est & absurdum. Et verò quam futilis sit hæc ratio Bartoli ex eo etiam apparet, quod idē Bartolus fateri cogitur hūc coheredem purè institutum quem ille vult habere interim totam hereditatem non esse tamen interim verè heredem in solidum sed tantùm ex post facto apparere an talis fuerit necne, cùm alterius partis condicio vel extitit vel defecit. Nam si adcrescendi iure totam hereditatem interim habere deberet ob id solùm quod alius nemo sit ad quem ea portio pertinere aut apud

quem

quem remanere possit, sequeretur esse illum interim verè heredē in solidū quoniā portio quæ non habet personam ad quā currat currit ad portionē aliā, eique adcrescit tanquam alluuio *l. si Titio fructus* 33. §. 1. *D. de vsufr.* eiusque naturā induit ita vt incipiat penes eum esse penes quē erat prior portio, eodem prorsus iure: Ex quo autem instanti portiones iunctæ esse cœpissent, fieri postea non posset vt separarentur nec si condicio existeret, quia eiusmodi separatio numquam fit legis potestate sed facto aliquo opus est *l. sed si plures* 10. *filio impuberi l. si filius* 12. *D. de vulg. & pupill. subst.* Vt ergo portio quæ vni ex heredibus sub condicione instituto data fuit eidem deferri possit existente quandocunque condicione, fatendum est ita ius esse debere vt & delatio & consequenter acquisitio siue temporaria siue perpetua illius portionis in suspenso retineatur, quandiu condicio ipsa pendet. Ac quemadmodum in legato concedit Bartolus eam partem quæ vni ex collegatariis sub condicione data fuit non posse interim ad collegatarium pertinere, quia nil necesse est hoc dicere, cum alia sit persona ad quam ea pertinere possit quamuis nondum pertineat, scilicet heredis, Ita & in ea hereditatis parte de qua tractamus cōcedendum esse dico vt pendente cōdicione non possit interim ad coheredem purè institutum pertinere, quia neque necesse est vt pertineat cùm alia sit persona ad quam possit aliquando pertinere quāuis nōdum pertineat scilicet ad heredē sub condicione institutum, si quando condicio existet. In hoc solo differentia aliqua inter has hereditatis & legati partes adserri potest, quod legati partē condicionalē interim & pendente condicione heres possidere potest, vt proinde nil necesse sit possideri eam ab alterius partis collegatario: At partem hereditatis datam ei qui sub condicione scriptus fuit, nemo est qui possidere queat præter coheredem purè institutum: Et ita ni fallor, sensit Bartolus, tanto magis in eo culpandus, quod de hereditate tam impropriè loquitur, vt eam accipiat pro hereditariarum rerum possessione. Sed tamen neque hac ratione poteris assequi vt admittam differre hac in re legatum ab hereditate, quia pars illa iacens hereditatis licèt à nemine possideatur, potest tamen commodè, immò debet possideri ab alio quàm à coherede purè instituto ex alia portione: Nimirum à curatore qui hoc casu dandus est non hereditati, vt vulgo pragmatici nostri sentiunt, sed bonis hereditarijs, quemadmodum fieret si vnus tantùm esset heres institutus sub condicione, & creditores vrgerent solutionem eius, quod sibi deberetur *l. 1. D. de curat. bon. dand.* Cur non enim seruetur in parte hereditatis quod in tota hereditate seruandum esset? *l. quæ de tota* 76. *D. de rei vindic. l. si duo* 51. *D. de admin. & peric. tutor.* Cùm igitur pars ista hereditatis nondum cuiquam delatæ possit regi & administrari commodè per curatorem bonis dandum quid necesse est siue proprietatis siue possessionis causam intueare, vt interim eam dicas adcrescere debere coheredi ex alia parte instituto? His autem argumentis nostris sicut Bartoli subdistinctio, ita Hugolini & Accursij distinctio quam & Bartolus probat, manifestè conuincitur. Etenim quamuis testator ita scripserit, *Titium heredem instituo, & si nauis ex Asia venerit tunc etiam Seium cum eo instituo*, quod exemplum est ab Accursio allatum, tamen certum est non nisi partem hereditatis Titio deferri per legem, acsi scriptum ita esset *Titius ex semisse heres esto*, &, *si nauis ex Asia venerit, Seius ex alio semisse heres esto*, Siquidem nihil refert an testator in scribendis heredibus vnum duntaxat

assem fecerit,& inter eos diuiserit vt in posteriore exemplo,an verò transierit ad secundum assem primúmque Titio dederit totum purè, & Seio secundum sub condicione,vt in priore.Nam duo illi asses à testatore facti statim & iam inde ab initio sola iuris potestate ad vnius assis intellectum reuocantur,ideóq; perinde vtroque casu sibi lex temperat,ne ei,qui purè scriptus fuit totam hereditatem interim deferat,vt partem illam quæ alteri sub conditione data fuit deferre ipsi possit existente demum conditione.Sed & in eo labitur Accursius quod in vtroque exemplo ponit ita conceptas institutiones heredum,*Titium heredem instituo Seium cum eo instituo*.Constat enim non fuisse olim bonam & receptam huiusmodi formulam instituendi heredis,vt nec si testator dixisset, *Titium heredem facio* quemadmodũ Vlpianus in Titulis scribit *tit.21.quemadmo.her.instit.deb.*Non quod legis sit non testatoris heredem instituere vt ad cũ locũ notat Cuiacius(nã legis quidẽ est heredẽ facere sed solius testatoris eum instituere) at quia non alia heredis institutio testatori permissa erat per legẽ duodecim tabularum,quàm quæ fieret per modum legis,hoc est verbis imperatiuis qualia solẽt & debẽt esse legũ omniũ verba & cuiusmodi tamẽ non sunt illa *heredem instituo* aut *facio* quæ sunt indicatiui modi non imperatiui, quamuis nec idcirco sint precaria.Non enim sufficiebat vt precaria non essent, nisi illud quoque accederet vt essent imperatiua.Nec simile est quod valebat legatum ita relictum *Titio fundum Cornelianum do lego*, cùm tamen legatũ ab eodem Vlpiano definiatur in *ti.de lega.*quod legis modo imperatiuè relinquitur. Nam verbum illud *lego* licet indicatiui modi sit non imperatiui, habet tamen vim imperandi hoc ipso quod legare nihil aliud est quàm legis modo ac proinde imperatiuè disponere.Quanquam non ignoro has verborum differentias sublatas fuisse à Constantino in *l.quoniam indignum* 15. *C.de testamen.*& valere hodie institutionem heredis etiam quæ concepta sit ijs verbis quæ Accursius vsurpat.Quod verò Bartolus in suæ sententię confirmationem adducit de posthumis tanquam simile,magis dissimile est.Nam cùm hereditas aliqua pertinet ad eum qui iam natus sit & ad posthumos nascituros,quorum numerus adhuc sit incertus,verum est eum qui iam natus est interim heredem esse pro quarta parte inspecto scilicet eo quod euenire facile potest vt tres nascãtur,quomodo scriptum est in *d.l.antiqui.* Adeo vt si pauciores quàm tres posthumos nasci cõtingat residuum ei pro rata adcrescat. Et è contrario si plures quàm tres,decrescat etiã pro rata de ea portione ex qua heres factus est, quomodo loquitur Vlpianus in *l.4.eod.tit si pars heredit.petat.*quibus posterioribus verbis apertè significat factum esse hunc re vera heredem pro quarta parte.Ex quo si esset accommodatum exemplum vt vult Bartolus illa ipsa Bartoli sententia manifestissimè refelleretur. Vult enim eũ qui purè fuit institutus,non esse interim verè heredem quandiu pendet conditio adscripta coheredi,sed tantùm habere totam hereditatem perinde acsi in totum heres esset.At is qui heres est cum posthumo nondum nato, is interim re vera heres est pro quarta parte. Ergo vel falsa est Bartoli traditio vel minus bona comparatio huius casus cum illo, quo fuerit quis ex parte institutus purè cum alio scripto ex alia parte sub conditione. Ac sanè ita est.Habet specialem rationem is casus quo hereditas pro parte spectet ad ventrem plenum quia cùm nesciri possit quot nascituri sint posthumi nec illud sciri potest pro qua parte spectatura sit hereditas ad ventris coheredem,quem tamen certum est partem aliquam hereditatis habiturum
siue

siue plures siue pauciores posthumi nascentur, ideóque nec prohibendū esse ne adire possit vt si forte moriatur ante natos posthumos habeat quod transmittat ad heredem, ad quem nihil posset trāsmittere si non adita hereditate moreretur. Itaque ne absurdum illud eueniret quod non parum haberet iniquitatis, placuit prudentibus permittendū esse huic coheredi vt incerto eo quod posthumi nascituri sint, possit nihilominus adire hereditatem pro quarta parte & adeundo heres fieri pro ea portione. Quo inducto illud etiam induci necesse fuit vt si plures quàm tres posthumos nasci cōtingeret, de ipsius parte illa quarta ex qua heres fuisset tantum decresceret pro rata quantum necesse esset ad virilem quarti posthumi portionem constituendam: sicut è contrario si pauciores quàm tres nati essent, futurum erat vt ei pro rata residuum hereditatis adcresceret. Inter quos tamen casus differentia illa est, quod in hoc posteriore cùm residuum adcrescit non violantur regulę iuris, quia portionem vacantem necesse est adcrescere pro rata ijs qui reliquas portiones habent, neque in eo aut alius quisquam aut ipsa etiam iuris ratio offenditur. At in priore, cùm pluribus quàm tribus natis posthumis oportet pro rata decrescere ex quarta illa parte ex qua coheres ventris, heres fuit, violatur quodammodo ea iuris regula quæ facit vt qui semel heres fuit nunquam heres esse desinat. Etsi enim remanet hic heres, pro minore licet portione, tamen illud semper verum est desinere ipsum esse heredem ex ea parte ex qua aliquando fuit: tam autem difficile videtur vt desinat quis heres esse pro parte quàm vt in totum. Neque certè habeo quod respondere possim, Nisi liceat mihi dicere in ijs quæ contra rationem iuris ex hominum vtilitate à prudentibus constituta sunt, non posse nos sequi regulam iuris l. in his 15. D. de legib. Nam & similiter receptum video vt si fortè sic facta sit institutio *quotcunque mihi nati erunt & Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto* possit Titius interim hereditatem adire quamuis nesciat partem ex qua fuit institutus cùm virilis portio non nisi ex numero capitum succedentium constitui possit: Et tamen ratio iuris facit vt heres institutus ex parte si eam partem nesciat adire nequeat, quod vtrumque Paulus apertè scribit in *d. l. illud* 5. §. 1 *si pars hered. petat.* vbi quod addit, *Sed vtilius est posse eum adire* ostendit satis non tam ex iuris ratione quàm ex vtilitate & æquitate ita fuisse constitutum, & consequenter irreptitia esse verba illa quæ sequuntur, *qui nescit portionem.* Non enim ijs verbis loquitur Paulus de illo generaliter qui nesciat portionem ex qua scriptus fuit quem paullo ante certò ac præcisè dixerat adire non posse, sed de Titio qui ex virili portione cum posthumis nascituris fuerat institutus: In cuius persona occurrebat illa dubitandi ratio ne videretur adire posse, quod portionem ex qua scriptus esset ignoraret, neque posset locus esse remedio à prudentibus introducto vt adiret pro quarta parte cùm testator expressisset partem ex qua heredem illum esse voluerat, scilicet virilē, quæ porrò quota & quanta esset nesciri poterat antè quā posthumi nascerentur. Fuit enim facilius prudētibus interpretari pro qua parte coheres vētris admitti deberet, cùm ea pars nulla expressa erat à testatore quàm cùm expressa fuit, quia volūtas testatoris ōmnodo seruāda est. Vtroq; tamē casu aliquid cōstituēdū fuit cōtra regulas iuris, sed aliud vno aliud alio casu. Cū pars expressa nō est nō violatur ea regula quæ vult heredē ex parte institutū debere certū esse de sua parte vt possit adire, quia facit eū certū interpretatio prudētū quę interim quartā partē ei assignat sed si plures quā tres posthumi nascātur violatur ea iuris regula vt di-

ximus quę vult, Ex qua parte quis heres semel fuerit, ex ea sēper heredē remane re quoniam qui erat ante posthumorum natiuitatē heres ex quarta, natis quinque posthumis fit heres ex quinta. Sed hoc tolerabilius visum est quàm vt ei permitteretur adire portionem quam ignoraret, quia & in alijs nonnullis casibus eadem iuris regula vitiatur, vt cùm heres post aditam hereditatem fit seruus vt in *l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulgar. & pupill. subst.* aut cùm testamentum rescinditur per querelam inofficiosi *l. nam etsi 15. §. vlt. l. circa 24. D. de inoff. test.* Cùm verò pars aliqua expressa est à testatore, si quidē certa, vt puta *Titius heres esto ex semisse, Posthumi quotquot nascētur ex reliquo* non habet res dubitationē quin possit Titius quātulibet extraneus heres esse ex semisse si plenus vēter fuit adeóq; ex toto asse si vēter fuit vacuus, quāuis vacuū esse Titius ignorauerit, nō minùs quā si solus ex semisse fuisset institutus nullo adiecto coherede, qui sensus est Pauli in *d. l. illud* in iis verbis, *Idem est in extraneo si ex certa portione institutus sit ex reliqua posthumi.* Si autem expressa quidem pars est sed incerta, quod cōtingit institutis posthumis cū Titio in viriles, tunc quia non potest prudentū interpretatio facere vt pars vlla certa constituatur quam adire Titius possit ne testatoris voluntas offendatur, quam si modò non sit contra leges ante omnia seruari vult ipsa quoque ratio iuris, nihil aliud est quod possint prudentes facere nisi vt ex vtilitate & æquitate patiantur eum adire priùs etiam quàm sciat partē suā, & in hoc vitiari regulā iuris, Præsertim cùm nec nouū sit vt is quoq; heres qui partē ex qua scriptus fuit ignorat, interim tamen possit partē suā acquirere nimirū pro herede gerēdo vt Vlp. ex Iuliano & Cassio scribit in *l. si quis extraneus 21. §. vlt. D. de acq. her.* Fuit. n. hęc differentia vt & aliæ olim pleræque inter aditionē & gestionem pro herede, quod qui partem suā nesciebat illam sibi acquirere per aditionem non poterat vt constat ex *d. l. illud & ex l. ex semisse 75. D. de acquir. hered.* poterat tamen acquirere per gestionem pro herede *d. l. si quis §. vlt.* Et ratio differentiæ erat, quia hereditatis aditio actus sollennis est, & legitimus *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* habebátque olim verba illa sollennia. *Hāc hereditatem adeo cernóque,* si heres aliquis ex toto asse & solus scriptus erat: si verò ex parte, ipsam quoque partem demonstrari necesse erat quam porro demonstrare non poterat is qui eam ignorabat. Gestio autem pro herede nullam verborum sollennitatem exigebat, sed nudam voluntatē heredis, quod heres esse vellet vel in solidum vel ex parte *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* Nihil autem vetat illum etiam qui nesciat quota pars sibi delata sit, velle tamen pro herede se gerere, & heredem fieri pro ea parte quantacunque aut quantulacunque illa sit: quod proinde sufficit vt pro ea parte quæ re vera delata est heres fiat. Et ita leges illæ quæ alioquin pugnare vidētur conciliandæ sunt, non quomodo frustra licèt variè tentatum est ab Accursio & aliis interpretibus qui hanc aditionis & gestionis differentiam ex antiquæ iurisprudentiæ monumentis eruendam non perceperūt sicut nec ille quisquis fuit, qui verba illa quæ nos tollimus addidit ad Paulum in *d. l. illud in fin.* deceptus omnino vt credibile est ex illo Vlpiani loco qui de gestione pro herede loquitur in *d. l. si quis §. vlt. de acquir. hered.* Sed & quod attinet ad ea quæ diximus de quarta parte interim danda ei qui heres est cum posthumō nasciturō dignum obseruatione est non habere id locum nisi in casu intestati. Facto siquidem testamento siue posthumum siue posthumos testator instituerit, & siue hoc modo concepta sit institutio *Titius & posthumus* aut *posthumi heredes sunto,* siue ita *Titius heres esto, Posthumus heres esto.* Titius interim ex semisse he-

res

res est perinde acsi ex certa illa parte esset institutus, quia quotquot nascantur posthumi certum est non nisi ad vnam portionem coniunctim vocatos eos videri, cùm sub vno posthumi aut posthumorum nomine eóque collectiuo fuerint vocati *l.si quis Attio.7.l.si proprietas 9.D.de vsufru.adcresc.l.vlt.C.de impub. & alijs substit.* Nullo autem nato posthumo heres ex toto asse fuisse intelligitur etiamsi priùs decesserit, quàm aut ventrem vacuum aut nullum posthumũ nasciturum esse sciretur *d.l.illud 5.§.1. D.si pars her.petat.* Nec alius casus est in quo propter institutionem posthumorum impediatur Titius heres esse ex semisse, quàm qui sequitur apud Paulum in *d.l.illud*, quo Titius & quotquot nascentur posthumi omnes pro virilibus portionibus fuerint instituti. Et ratio diuersitatis inter causam testati & intestati hac parte illa est, quod condito testamento non alias partes facit lex quàm quas fecerit testator, cuius ipsa subsequitur voluntatem, Testator autem qui Titium & posthumos instituit siue vnica, siue duplici oratione vtramque institutionem concluserit semisses fecisse intelligitur, vel in primo asse si Titium & posthumos in eodem asse coniunxerit, vel reuocatis duobus assibus ad assem vnum, & consequenter singulis assibus ad semisses, si testator transierit ad dupondium quomodo trãsit quisquis ita scribit *Titius heres esto, Posthumus heres esto*, Titius enim solus ex toto primo asse scriptus creditur, Posthumus verò ex secundo. At cùm testamentum nullum factũ est, lex nunquam transit ad dupondium quia nec nisi vnum totius hereditatis assem agnoscit eúmq; assem diuidit in tot partes quot ipsa eadem vel iam defert vel aliquando deferre potest, Cúmq; non aliis deferat quàm qui vel in eodem gradu sint, vel saltem eam personam quæ in eodem gradu sit repræsentẽt (quibus scilicet casibus locus est repræsentationi) inde fit vt partes sẽper faciat æquales, nec vnquam pluribus coniunctim deferat vnam portionem nisi quando succeditur in stirpes, pluribus vnam eandémque personam repræsentantibus, nec proprio sed alieno ac repræsentato iure succedentibus vt in *§. cum filius Instit.de heredit.quæ ab intest.defer.* Neque huic nostræ sententiæ contrariũ est quod scribit Vlp.in *d.l.cum quidam 30.§.suum heredem D.de acquir. hered.* suum heredem si heres est cum posthumo qui in vtero vnus tãtùm sit, ex parte dimidia heredem esse non ex quarta siue institutum posthumũ proponas siue intestatum patrem decessisse. Non enim id ita debet accipi quasi in agnato qui non sit suus heres cõtra respondendum sit interim esse illum heredem pro quarta tantùm parte siue testatus decesserit paterfamilias siue intestatus. Sed ita potiùs, vt cùm in agnato qui cũ posthumis ad hereditatẽ vocaretur ea distinctio necessaria foret, quia institutus quidẽ semissem habiturus esset, ab intestato vero quartã duntaxat partem, in suo tamen herede qui etiã ignorans heres est huiusmodi distinctio nõ adhibeatur sed dicendũ sit fuisse illũ heredem ex semisse si vnus tantùm posthumus in vtero fuit, ex triẽte verò si duo, ex quadrante si tres, & sic deinceps, quia cùm sit heres sola legis potestate, lex autem sciat ea omnia quæ scit natura, sufficit per rerum naturã certum esse vnum duntaxat vel duos pluresve fuisse posthumos in vtero vt ex portione sibi competente heres fuisse intelligatur frater qui fuit suus heres, quemadmodũ si ventre re vera vacuo mulier fuisset non eo minùs ex toto asse filius iã natus idémq; suus intelligeretur heres fuisse quod ventrẽ vacuũ esse ignorasset *d.§.suum heredẽ.* Nisi quod cùm vacuus venter fuit, nõ distinguimus an decesserit suus heres certo iam vel adhuc incerto eo an vacuus esset venter an plenus nec si præteritus fuerit posthumus, quæ tamen distinctio necessaria est cùm plenus venter & præ-

teritus fuit vt explicauimus *li.1. Coniect.ca.*10.ex *l.ventre* 48.*eod.tit.* & *l.si filius heres* 16. *De liber. & posthum.* In filio tamen suo herede illud etiam obseruandũ est licet ipso iure sit heres patris ex semisse cùm vnus tantùm posthumus in vtero fuit si tam debitores hereditarios velit conuenire non pro dimidia id facere illũ debere sed pro quarta tantùm parte vt scriptum est in *d.l.sed etsi* 28.*§. vlt. D. de iudic.* vbi dicitur has in re non rerum naturam intuendam in qua essent certa omnia,sed nostram potiùs inscientiam, secundũ quam cùm nesciamus quot sint nasciturì,& facile fieri possit vt tres nascantur, debemus filium hunc heredem habere pro quarta potiùs quàm pro dimidia portione. Et huius quoque inter successionis & iudicij causam dissimilitudinis si quis rationẽ quærat illa meo iudicio adferri potest, quod in iudicio ei qui agit res est cum homine qui nescire potest an in vtero vnus tantùm sit posthumus an plures, In successione verò res agitur inter hominem & legem quæ sola & successionem defert & acquirit suo heredi & certa est non minùs quàm natura an venter vacuus sit an plenus, & cùm plenus est an vnus duntaxat sit posthumus an duo pluresve.Mirum igitur non est plus iuris habere suum heredem ad succedendum ante posthumorum natiuitatem quàm ad agendum,licèt si rationem iuris inspicias negari non possit quin pro qua parte heres est, pro eadem habeat actionẽ in hereditarios debitores. Nimirum successio tota iuris est,actio autem licèt iuris quoque sit,tamen plurimum facti admixti habet, quia & impetranda & exercenda est quod vtunque in facto non in iure versatur.De reliqua parte distinctionis Bartoli quæ pertinet ad fideicommissarios dicendum erit Decade sequenti.
Iam enim fuimus hîc
longiores.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI, DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM ET INTERPRETVM IVRIS.

DECAS L.

ERROR I.

De iure adcrescendi inter fideicommissarios particulares.

FIDEICOMMISSARIOS particulares hîc appello non cum interpretibus nostris eos quos Iureconsulti vocant singulares, sed quibus vt verbum ipsum præfefert, pars hereditatis ex fideicommisso restituenda est. Nam quibus fundus relictus est, siue totus siue pro parte, ij singulares non particulares fideicommissarij appellantur, ad differentiam vniuersalium, quia non sunt iuris & vniuersitatis successores *§. legatarios Instit. de testam. ordin.* Qua ratione illi etiam vniuersales fideicômissarij dici possunt quos particulares nunc appellamus, quia cùm partes hereditatis sint homogeneæ, tam succedit in vniuersitate iuris pro parte hereditaria is qui ex parte heres est, quã si heres esset ex toto asse. Nec quicquã plus habet qui ex asse heres est, nisi quod succedit in vniuersitatem, non modò iuris sed etiam assis, ideóque magis propriè ac minùs æquiuocè vniuersalis aut heres aut vel fideicômissarius appellatur qui ex asse quam qui ex parte tantùm vel heres fideicommissarius est. De quo scripsimus in *Err. 8. Decad.* 15. Quærimus igitur de iure adcrescendi inter fideicommissarios particulares, puta si quis hereditatem pluribus aut coniunctim aut diuisim restituere rogatus sit, quorum vnus fideicommissum repudiet, An portio quæ ad eum peruentura fuerat si fideicommissum agnouisset adcrescat alteri, quomodo adcresceret coheredi, an verò non adcrescat, nisi cum ijs distinctionibus quæ in legatario seruarentur, in quo vtique distinguendum esset vt diximus in præcedentibus, An verbis tantùm coniunctus esset, an etiam re aut re & verbis simul. Dubitationem facit, quod ex vno latere fideicommissarius particularis maximam habet cũ herede particulari similitudinem, in eo quod vterque iuris succefsor est & fideicômissarius siue vniuersalis siue particularis sit, loco heredis efse dici tur. Inter coheredes autẽ particulares non solùm disiunctos, sed etiã inuitos ius adcrescendi efse constat. *l. qui ex duobus* 53. *in princip. & §. 1. D. de acquir. hered. l. si ex pluribus* 9. *D. de suis & legitim.* Ex alio autem latere dissimilitudo, &

dissimilitudinis ratio inter heredes & fideicommissarios perenidens illa est quod non quemadmodum ex necessitate ius adcrescendi locum habet inter coheredes, nec alioquin eueniret vt vacaret portio si coheredi non adcresceret, atque ita fieret vt defuncti persona quæ indiuidua est, pro parte repræsentaretur, similiter dici potest inter confideicommissarios aliquam subesse necessitatem quæ nos cogat ius adcrescendi inducere, siquidem fideicommissum siue vniuersale siue particulare siue singulare fit non aliter præstari deberiue potest, quàm si adita sit hereditas ab herede qui rogatus fuit *l. quia poterat 4. & tot. tutul D ad SC. Trebell* Adita verò hereditate si fideicommissum pro parte vnius ex fideicommissarijs deficiat, tam commodè, ac multo æquius potest remanere penes heredem grauatum, quàm ad confideicommissarium peruenire non minus quàm si de fideicommisso singulari, vel de legato ageretur, ideóque videtur longe rectior futura, hac in re, comparatio fideicommissarij particularis cum fideicommissario singulari, & cum legatario quam cũ herede particulari, hactenus saltẽ vt neque inuitus neq; distunctus habeat ius adcrescẽdi *l. vnic. §. vbi autem legatary C. de caduc. tollend.* qui locus cũ de fideicõmissarijs generaliter loquatur, non minus ad particulares aptatur à nostris quàm ad singulares. Et ita Bartolus concludit in *l. planè 34. §. si coniunctim de legat.* 1. nihil hac parte distare fideicommissum à legato, licèt huius sententiæ rationem nullam adferat, quam nec eum sciuisse verisimile est, vt ex ijs quæ contra ipsius traditiones superiore Decade disputauimus, colligi facilè potest. Distinguit tamen Bartolus & bene, an heres cuius fideicommissum est hereditatem adierit sponte an coactus, vt si sponte, tum demum procedat quod modo diximus. Si verò coactus, aliud iuris sit, & vno ex fideicommissarijs partem suã repudiãte tota hereditas ad alium pertineat qui heredem adire coegit ex *l. 1. §. sed & quoties D. ad SC. Trebell.* vbi scribit Vlpianus, si quis rogatus duobus hereditatem restituere alteri purè vel in diem, alteri sub condicione, suspectam dicat, ei cui purè rogatus erat partem hereditatis restituere interim totam restitui oportere, idque Senatum censuisse: Cùm autem extiterit condicio si velit alius fideicõmissarius partem suam suscipere transire ad eum ipso iure actiones. Cuius Senatuconsulti quod ad primam ipsius partem attinet ratio illa est quia licèt heres qui adit coactus postulante fideicommissario perinde fiat heres ac si sponte adiisset, nõ magis tamẽ retinere quicquã potest ex ea hereditate immo neq; ex iudicio testatoris, quàm si heres non esset, cùm id egerit quantum potuit vt testamentum supremáque defuncti voluntas destitueretur *l. ita tamen 27. §. qui suspectam l. si patroni 55. §. qui fideicommissam iunct. l. cogi 16. §. idem Macianus D. eod.* atque ita cessat hoc casu ea ipsa ratio propter quam proximè diximus, inter fideicõmissarios siue inuitos siue disiũctos, ius adcrescẽdi esse nõ posse. Sed videamus ne tũ quoq; cùm heres oneratus adiit spõte, aliud tamẽ iuris sit in fideicõmissis vniuersalibus & particularibus, nõ dicã quàm in singularibus, de quibus postea tractandum erit, sed quàm in legatis per vindicationem relictis. De his enim loquuntur omnes Pandectarum leges quæ de iure adcrescendi in legatis trãctant, quandoquidem in legatis per damnationem nullo casu erat ius adcrescendi nisi cùm id à testatore expressũ erat vt sequenti capite dicemus. In legatis per vindicationem relictis, quæ etiam vindicationis legata dicebantur ita demum ius adcrescendi locum habebat si legatarij vel re & verbis simul, vel saltem re tantùm coniuncti reperirentur, quòd isti partes non haberent nisi per concursũ, vt proinde altero non concurrente totum legatum pro suo iure possct

posset vindicare is qui solus ad legatum veniret: inter eos verò tantùmius adcrescẽdi non esset, qui vel nullomodo vel verbis tantùm coniuncti essent quod illi ab initio partes haberent, vel certè nunquam idem totum. At in fideicommissis siue particularibus siue singularibus etiamsi pluribus simul & coniunctim fideicommissum relictum proponatur, nunquam tamen fieri potest vt re coniuncti reperiantur, quia hoc ipso quòd testator heredem grauat vt pluribus eandẽ rem restituat siue vna eadémque oratione in hunc modum *Rogo te Titi vt hereditatem meam Sempronio & Manio restituas*, siue diuersis orationibus vt puta *Rogo te Titi vt hereditatem meam Sempronio restituas*, *Eandem hereditatem Mauio restituito*, intelligitur partes facere inter fideicommissarios iam inde ab initio & singulis partes tantùm dare, quoniam cùm velit & necesse sit restitui fideicommissum per manus heredis, nec fieri possit vt heres eandem rem siue in iure consistat siue in corpore vtrique fideicommissario in solidum restituat, perinde necessario accipi hoc fideicommissum debet acsi heres vni partem vnam alij aliam restituere rogatus esset: neque ad partes faciendas expectandus est concursus fideicommissariorum: sufficiente scilicet interpretatione iuris, quæ nisi faceret vt testator ipse ab initio partes constituisse crederetur, obligaret heredem ad impossibile id est ad eandem rem pluribus in solidum præstandam. Obligatio namque heredis ad legatum præstandum, sicuti præcedit ipsam præstationem, ita & necesse est vt certa constituatur, ante quàm fiat concursus, quippe qui non fit nisi præstatione interueniente. Non potest autem certa & vtilis obligatio constitui nisi de re possibili, cù n impossibilium nulla obligatio sit vt est in regula iuris. Ob idque necesse est vt ab initio partes factæ intelligantur potestate iuris, quamuis non sint factæ à testatore. Et consequenter impeditur ius adcrescendi ne inter eos locum habere possit, quia vt non sit ei locus non requiritur necessario vt partes factæ sint à testatore, sed sufficit quòd non fiant per concursum. Siquidem toties duntaxat ius adcrescendi est inter legatarios & fideicommissarios quoties non nisi per concursum partes fiunt *l.3.D.de vsufru.adcresc.* Indéque nimirum erat olim quod non habebat locum ius adcrescendi in legatis per damnationem ne quidem inter legatarios coniunctim vocatos *l. si Titio & ei 7. De legat. 2.* quia legata damnationis perinde ac fideicommissa per manus heredis præstanda erant vt dicemus capite sequenti. Et ideo si quando volebant testatores ius adcrescendi esse inter fideicommissarios aut legatarios per damnationem, solebant id ipsum expressim cauere, hac clausula adiecta *donec totum ad vltimum perueniat* vt in *l. Lucius 88. §. Lucius Titius testamento de legat.2.l.codicillis 34.in princip. De vsufru. legat.* de quo iam attigi in Err.6.Decadis præcedentis. Falsa igitur Bartoli traditio est, cæterorumque vulgarium interpretum qui post Bartolum volunt easdem distinctiones adhibendas esse in fideicommissis quæ adhibentur in legatis per vindicationem nec separant hac parte ius vetus à nouo, nec legata per vindicationem à legatis per damnationem, nec denique vident fideicommissa siue vniuersalia siue singularia exæquanda esse hac in re vt in alijs plerísque ei generi legatorum quæ per damnationem non ijs quæ per vindicationem relicta essent. Planè inter fideicommissarios etiam vniuersales qui ab initio partes habuerint non esse ius adcrescendi constat ex Scæuola in *l. Lucius 88. §. quæ habebat D. ad SC. Trebell.* quamuis in ea specie hoc amplius esset, quod prioribus testamenti verbis totum fideicommissum vni tantùm fideicom-

missario relictum proponebatur, vnde ratio dubitandi sumebatur propter quam videretur ille alio repudiante ad totum fideicommissum esse admittendus. Quid tamen hodie ac iure nouo obtineat, tertio capite dicemus.

ERROR SECVNDVS.

De iure adcrescendi inter fideicommissarios singulares, & inter legatarios per damnationem ex veteris iuris ratione.

DISTINCTIO illa, quam superiore capite adhibuimus cùm de iure adcrescendi inter fideicommissarios particulares tractaremus An heres grauatus adierit sponte an coactus, locum habere non potest si de eodem adcrescendi iure quæratur inter fideicommissarios singulares. Non ob id solùm quòd fideicommissarius singularis ius cogendi heredis non habet, tanquam qui non sit iuris successor *§. legatarios Instit. de testament. ordin. leg. nam quod 14. §. non omnis l. cogi 16. §. generaliter l. non est cogendus 53. D. ad SC. Trebell.* sed etiam quia tum quoque cùm aliquis esset fideicommissarius vniuersalis per quem coactus esset heres adire, quamuis eo casu pars fideicommissi singularis deficiens apud heredem remanere nec posset nec deberet, nulla tamen subesset necessitas quæ ius adcrescendi deberet inducere inter fideicommissarios singulares, quandoquidem portio illa deficiens quam diximus non posse remanere penes heredem qui adijt compulsus, æquè facilè & commodè posset remanere penes fideicommissarium vniuersalem, ad quem etiam pertinet vt legata & fideicommissa singularia quæ ad heredis onus fuerunt præstare teneatur ex quo tempore per hereditatis restitutionem constitutus fuit loco heredis, præterquam si heres rogatus sit hereditatem restituere reductis legatis *l. 2. & 3. eod. tit.* Et in hoc agnosco esse differentiam inter fideicommissarios particulares & singulares. Sed si tractenus de herede qui sponte adierit, ac proinde qui capax sit eius portionis retinendæ quæ defecerit ex fideicommisso siue vniuersali siue singulari nullam prorsus hac in re differentiam agnosco inter fideicommissa vniuersalia & singularia in eóque cum Bartolo sentio. At non in eo similiter quod eandem rationem ille constituit ad *dict. leg. planè 34. §. si coniunctim de legat. 1.* fideicommissorum omnium inter se & legatorum. Nam quemadmodum superiore capite ostendimus fuisse olim hac parte differentiam inter fideicommissa vniuersalia & legata per vindicationem, vt in fideicommissis vniuersalibus nullo casu esset ius adcrescendi, inter legatarios verò per vindicationem esset, nisi verbis tantùm coniuncti proponerentur: Ita & fideicommissorum singularium aliam rationem constituimus quàm legatorum per vindicationem, eadem ipsa ratione quam in fideicommissis vniuersalibus vsurpauimus, quòd fideicommissorum singularium quantumuis coniunctim relictorum partes ab initio fiant non quomodo in legatis vindicationis per concursum, Ab initio, inquam, non quidem à testatore di-

re disertis verbis, sed iuris potestate, cùm fieri nequeat vt rogetur vtiliter heres eandem rem duobus præstare in solidum, quod per rerum naturam impossibile est. Maximè si agatur de corpore non de iure vt solent fideicommissa singularia itémque legata esse corporum, in quibus iuris fictio multo minùs locum habere potest, quàm in hereditate quæ ipsa iuris est & intellectum iuris habet etiam sine corpore, *leg. hereditas* 50. *D. de heredit. petit.* Neque tamen adeò dissentire à Bartolo volumus vt causam fideicommissorum siue vniuersalium siue singularium à legatis omnibus & omnino separemus ne dum Bartolum reprehendimus, in contrarium errorem incidamus. Distinguimus enim, quod ille facere nescijt legata vindicationis à legatis per damnationem relictis, & hoc ipso quod aliam constituimus rationem fideicommissorum, siue vniuersalium siue singularium & legatorum per vindicationem. Ita eandem esse volumus fideicommissorum omnium & legatorum per damnationem: Vt scilicet neque in his neque in illis vnquam sit ius adcrescendi nisi cùm nominatim expressum est à testatore quod olim plerumque fiebat, ineptè profectò & ridiculè si ita ius erat vt inter istos ius adcrescendi etiam quod expressum non fuisset locum habere potuisset. Idque iam ante nos bene obseruatum fuit à recentioribus, præsertim à Iacobo Cuiacio *lib.* 15. *Obser. cap.* 4. *ex l. si Titio & ei* 7. *De legat.* 2. *l. pater* 38. *§. filiam l. vxorem* 41. *§. agri plagam de legat.* 3. *iunct. l. Lucius* 88. *§. Lucius Titius testamento de legat.* 2. *l. codicillis* 34. *in princip. D. de vsufru. legat.* Sunt enim hac parte legata per damnationem similia fideicommissis tam singularibus quàm vniuersalibus in eo quod præstanda sunt per manus heredis nec priùs possunt siue per legatarium siue per fideicommissarium res ita relictæ vindicari, quàm dominium earum translatum fuerit per traditionem factam ab herede, qui porrò non magis damnari quàm rogari potest vt eandem rem duobus in solidum præstet, Nisi eo sensu vt vni præstet rem alteri æstimationem, quod olim obseruabatur quoties pluribus eadem res legata per damnationem orationibus tamen separatis, hoc modo, *Heres meus fundum Cornelianum Titio dare damnas esto Eundem fundum Sempronio dato.* In tali namque casu qui prior ex legatarijs ad legatum veniebat, ipsum fundum consequebatur, qui verò posterior, fundi æstimationem, vterque in solidum, vt constat ex *leg. si pluribus* 33. *de legat.* 1. *& ex leg. vnic. §. vbi autem legatary Cod. de caduc. tollend.* Vnde fieri necesse erat vt inter legatarios per damnationem ius adcrescendi esse nunquam posset. Nam vel erant omnino disiuncti & re & verbis, & eo casu nulla ratio erat propter quam deberent habere ius adcrescendi quod inter legatarios non nisi ex coniunctione nascitur, Vel coniuncti quidem re sed disiuncti verbis vt in suprascripto exemplo. Et tunc ne posset inter eos ius esse adcrescendi illud faciebat, quod cùm vnusquisque legatariorum etiam omnibus concurrentibus legatum sibi relictum consecutus esset in solidum, necesse erat alterutrum euenire vt vel nihil amplius esset quod posset adcrescere, vel vt ius illud adcrescendi ad hoc induceretur, vt is cui semel tantùm Cornelianus fundus legatus fuisset duplex tamen legatum consequeretur, ex vno totum fundum, ex altero totius fundi totam æstimationem: quod sanè ridiculum esset ac iniquum. Quid enim aliud velit aut possit petere is cui fundus Cornelianus in solidum legatus fuit, quàm vt totum ipsum fundum habeat siue in corpore siue in æstimatione? Aut cur ei cui testa-

tor non nisi alterutrum dederit nos volumus dare vtrumque? Quomodo tanquam ex absurdo argumentatur Paulus in *l.debitor* 59. *in fine principij D. ad SC.Trebell.* Vel denique coniuncti erant verbis legatarij per damnationem puta in hunc modum *Heres meus fundum Cornelianum Titio & Sempronio dare damnas esto.* Et eo casu idcirco ius adcrescendi esse inter eos non poterat, quia vt diximus partes ab initio inter eos factæ intelligebantur, non expectato eo vt concurrerent, Ius verò adcrescendi non est nisi inter eos qui per concursum duntaxat partes habent. Quòd si quis rationem quærat, Cur non vtroque casu idem ius esset, vt siue verbis coniuncti siue disiuncti essent, vel partes ab initio habere viderentur, vel vni tota res, alteri totius rei tota æstimatio relicta intelligeretur, Itémque cur in legatis per vindicationem non eadem distinctio adhiberetur, vt aliquo saltem casu alter ex legatariis totam rem, alter totius rei æstimationem consequi posset (quibus duabus quæstionibus tota ferè ista tractatio continetur) Respondebo ad priorem interrogationem plus iuris habere legatarios per damnationem quibus disiunctim quàm quibus coniunctim legatum est, quoniam legato coniunctim ita relicto vt heres duobus eandem rem in solidum dare damnatus sit, non potest ea capi interpretatio quasi videatur testator voluisse vni rem dari in solidum alteri æstimationem, cùm eadem oratio in qua semel tantùm facta sit mentio fundi non possit recipere diuersitatem illam interpretationis, vt alio sensu fundi nomen sumatur, quod ad Titium aliud quod ad Sempronium, Atqui nec illud fieri potest vt heres vtiliter damnatus sit eodem sensu eundem fundum dare in solidum vtrique legatario, vt iam diximus. Illud igitur necessariò relinquitur vt perinde legatum hoc accipi debeat iusta & ciuili interpretatione acsi heres eum fundum Titio & Sempronio pro æquis partibus dare damnatus esset: ne alioqui de re impossibili facienda rogatus videatur. Porrò inter eos quibus ab initio testator æquas partes vel legauit vel legasse intelligitur, ius adcrescendi nõ esse & diximus & probauimus iam sæpe. Cùm verò pluribus eadem res per damnationem legata est disiunctim hoc est separata oratione, non similiter dici potest partes vllas intelligi ab initio factas esse. Quid enim obstat quominus ex illis verbis *Heres meus fundum Cornelianum Titio dare damnas esto* fundus totus soli Titio & in solidũ relictus esse dicendus sit? Neque enim adhuc debet collegatarium Semproniũ, qui licèt accedat postea subiiciente testatore *Eundem fundum Sempronio dare damnas esto* nulla tamen inducitur necessitas comminiscendarũ per interpretationem partium quas reuera testator nullas fecit, quia cùm hæc posterior oratio profertur aut scribitur iam possibile est vtrique legatario satisfieri in solidum, saltem quantum per rerum naturam fieri potest iuxta testatoris voluntatem dato vni fundo, alteri æstimatione. Quam fuisse testatoris voluntatem ex eo credibile sit quod post damnatum heredem vt vni ex legatariis totum fundum daret, eundem heredem damnauit vt alteri eundem fundum totum daret, cùm tamen sciret si non penitus desipiebat, idem corpus fundi duobus in solidum præstari non posse. Itaque quod aliis plerisque casibus contingit vt quamuis multum distet res à rei æstimatione *l.si alij* 42. *§.1.D.de vsufr.* re tamen aliqua legata debeatur eius æstimatio, vt puta si à sciente legata sit res aliena quam dominus nolit vendere iusto precio *l.non dubium* 14. *§.vltim.de legat.*3. *l. alienus* 61. *ad legem falcid.* idem hoc casu euenit ex necessitate vt quia fundus vtrique legatus est nec vtrique in corpore præstari potest, vni res, alteri æstimatio

matio præstetur. Sed illud magis mirum videri potest, cur in legato per vindicationem relicto, quæ secunda quæstio est, non idem obseruetur. Cùm enim pluribus eadem res per vindicationem legatur siue vna eadémque oratione siue diuersa, nunquam fit vt vni res alteri æstimatio debeatur, sed vtroque ad legatum siue simul siue separatim veniête tum demum partes fiunt per concursum, altero tantùm veniente totum legatum is consequitur quia totum ei relictum fuit. Ratio tamen quæ ex diuersis formulis legatorum peti debet, illa non obscura est, quod verba legati per vindicationem non diriguntur ad heredem sed ad legatarium. Et quamuis non eo minus heres personali actione teneatur ad præstandum legatum *l. huiusmodi* 84. *§. vlt. & l. seq. iunct. d. l. si pluribus in princip. de legat.* 1. nihil tamen est propter quod cogamur dicere partes ab initio factas videri à testatore quia cùm testator ita scripsit *Lego Titio fundum Cornelianum, Eundem fundum lego Sempronio*, quod perinde est acsi directis ad legatarium verbis scriptum esset *Titi fundum Cornelianum habeto, Eundem fundum Semproni habeto* (neutro enim casu loquitur testator cum herede) aut etiam ita *Titio & Sempronio fundum Cornelianum lego*, aut ita *Titi & Semproni fundum Cornelianum vindicanto* nihil est quod ab initio impossibile videri debeat, nec proinde quod impediat quominus singulis legatariis totus fundus vtiliter legatus intelligatur, sed incipit emergere impossibilitas cùm ambo legatarij concurrunt, quia fieri nequit vt concurrentes ambo legatum in solidum consequantur, & vindicent, non magis quàm vt duo sint eiusdem rei domini in solidum *l. si vt certo* 5. *§. vlt. D. commod.* cùm ei tantùm qui dominus est & quatenus dominus est liceat vindicare. *l. in rem* 23. *& pass. D. de rei vindicat.* Cúmque supradicta verba legati & ad legatarios pertineant, & vindicandi ius iis tribuant, nec ab initio sciri possit vtrum ambo legatum agnituri sint, & vindicaturi, apparet nil esse necesse fieri partes antè quàm concurrant. Iis verò concurrentibus partes semper fiunt, nec vnquam præstatur vni tota res, alteri tota æstimatio, quia potest heres dicere nihil se dare iussum, & hactenus tantum potestate iuris tanquam heredem obligatum esse vt rem legatam ex hereditate delibari, & ad legatarios peruenire patiatur, non etiam vt eius rei æstimationem cuiquam ipsorum præstet. Quod diuersum est in legato damnationis, cuius verba sicuti ad heredem diriguntur ita & eò pertinent, vt heres ad legati præstationem obligetur & quidem ex instanti mortis testatoris, non expectata legatariorum voluntate an ad legatum omnes venturi sint, necne, quia prius est vt heres obligatus sit præstationi legatorum, quàm vt de illo quæri oporteat, An ad legatum veniat vterque legatarius, an alter tantùm. Frustra siquidem foret legatarium venire ad petitionem legati, cuius præstationi non esset heres obligatus, aut vltrà quàm esset. Inde igitur fit vt priùs etiam quàm concursus legatariorum fiat partes fieri necesse sit ad constituendam eam obligationem heredis quæ sit possibilis, vt sit iusta, quoties vna eademque oratione heres eandem rem duobus pluribúsve legatariis dare damnatus est. Si verò separatis orationibus damnatus sit dicimus eum postquàm vni rem dedit, alij eiusdem rei æstimationem dare cogendum esse, quia vt rem daret expressim obligatus fuit, & à testatore ipso damnatus: Cui voluntati etsi satisfacere non potest rem ipsam dando quam alteri iam dedit, potest tamen dando æstimationem tanquam si alieno rem quamlibet dare damnatus esset. Quid enim

refert an testator ab initio alienam rem leget, per damnationem, an verò suam quidem inspecto testamenti & mortis tempore, sed tamen in id tempus quo erit aliena id est iam translata in eum ex legatarijs qui prior venerit ad legatū *arg. l. Stichus 39. D. de manum. test. l. quod sponsa 4. C. de donat. ant. nupt.* Sed hoc ita in fideicommissis quoque obtinet, quorum eandem quam legatorum damnationis rationem esse diximus, si res aliqua singularis nō etiam hereditas per fideicommissum data proponatur, quia cùm hereditas consistat in iure & hereditatis fideicommissarius iuris successor sit, fieri nequit vt qui hereditatē restituere rogatus est videatur rogatus de præstanda hereditatis æstimatione quæ non perinde iuris esset. In eoque fatendum est differre fideicommissum vniuersale à singulari & in vniuersali etiam disiunctim relicto vtrumque fideicōmissarium concurrere, vt habeat vnusquisque partem dimidiā hereditatis, quāuis singulis tota hereditas per fideicommissum fuerit relicta. Itaque nihil refert an tale fideicommissum coniunctim relictum sit an disiunctim. Neque supradictis contrarium est, quod admisimus in legato quoque viudicationis obligari heredem, ideóque personali etiam actione conueniri posse. Obligatio enim illa non ex testatoris verbis inducitur, quæ vt diximus, non sunt ad heredē directa sed ex sola potestate iuris quę obligat heredem ad onera hereditaria omnia, in quorum numero censentur etiam legata quamuis ab herede incipiant *l. hereditariarum 40. D. de obligat. & action.* Iuris autem potestas nō obligat heredem nisi quatenus necesse est vt defuncti voluntas exitum sortiatur, Nec rursus necesse est ad conseruandam defuncti voluntatem vt ad aliud obligetur heres ex causa legati per vindicationem relicti, quàm vt rem illam quæ pluribus siue coniunctim siue disiunctim legata fuit ab ijs vindicari patiatur, aut quod effectu idem est ipsis præstet si malint illi personalem actionem exercere quàm vindicationem: quia testatoris verba in rem ipsam legatā concepta fuerunt, non ad heredis personam relata, quomodo referri debuerant ad onerandum heredem: Oneraretur autem si non tantùm re legata carere, sed ipsius quoque æstimationem præstare cogeretur. Nec tam facilè credendus est testator qui vnum voluit aliud etiam voluisse, cùm faciliores sint testantium voluntates in suis rebus legandis, quàm in onerandis heredibus vt vel alienas res comparent vel earum æstimationem præstent vt Papinianus eleganter ratiocinatur in *l. vnum ex familia 67. §. si rem tuam de legat. 2.* Accommodatè ad propositum nostrum. Quid enim aliud esset heredem obligare vt eadē re duobus per vindicationem legata vni rem præstaret alteri æstimationem, quam eum onerare vt alienam rem compararet? Etsi namque quoties de vindicationis legato agimus ponendum est fuisse rem testatoris, siquidem res aliena per vindicationem legari non potest cùm absurdū sit vindicandæ alicuius rei potestatem alii facere illum qui vindicare ipse non possit, ex quo tamen vnus ex legatariis legatum agnouit, cuius dominus ex die mortis fuisse intelligitur, nō potest de ea re tractari nisi tanquam de aliena, quippe quæ iam legatarij sit nō amplius hereditaria vel heredis: Nec fieri potest vt ei ex legatarijs qui ad legatum posterior venit heres ipsum præstet, nisi vel eandem rem comparando à priore legatario, vel si nollet ille vendere aut non nisi immodico precio vendere, præstando æstimationem instari vt fieret aliena re legata. Quam quam illa etiam ratio facit pro herede, cùm per vindicationē legatum fuit, quod cùm ex hac causa dominium legati recta via transeat à testatore in legatarium *l. à Titio 64. in fin. D. de furt. l. legatum 80. de legat. 2.* consequens est vt eadem re pluri-

pluribus hoc legati genere relicta æquè dominium transeat in vtrúque & eodem instanti ac proinde pro parte tantùm, quandoquidem iuris ratio nunquam facit duos eiusdem rei dominos in solidum, quod nec patitur natura ipsa. Eadem igitur iuris ratio quæ ipsa quoque sola heredem obligat, vt personali actione ad legati præstationem teneatur, non nisi pro parte ipsum obligare potest pro ea scilicet parte pro qua vult ad vnumquemque ex legatarijs legati dominium peruenire: quod in legatis per damnationem non similiter dici potest, ex quibus dominium non ipso iure transfertur in legatarios, sed ex eo tantùm tempore quo traditio facta sit per heredem. Id enim faciunt verba ipsa legati cùm heres qui dare iussus & damnatus est hoc ipso damnatus sit dominium transferre siquidem dandi appellatione dominij translatio significatur *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. obligat.* Quomodo autem posset ille transferre dominium quod non haberet adeoque in legatarium qui iam dominus per legem factus esset, quique magis dominus fieri non posset? Dices secundum hanc rationem futurum vt in legato quoque vindicationis partes ab initio à lege fieri necesse sit, nec expectari concursum legatariorum, vt & in legatis per damnationem, cùm tam sit ab initio impossibile vt dominium eiusdem rei legatæ pluribus acquiratur in solidum, quàm vt heres eandem rem pluribus in solidum dare eiusque dominium transferre obligetur. Porro si quis hoc diceret, In legatis quoque per vindicationem partes ab initio fieri non per concursum, statim consequens fieret in illis igitur non magis adcrescendi ius esse posse quàm in legatis per damnationem, quod tamen euidenter falsum esset. Verùm respondendum est, inter hos casus differentiam illã esse, quòd dominium rei per vindicationem legatæ quamuis recta via transeat à testatore in legatarium quasi nunquam factum heredis toties tamen transit aut vt melius dicam apparet ex postfacto quod transierit quoties legatum agnoscit legatarius, quia repudiatum legatũ, neque est neque vnquam intelligitur fuisse legatarij *l. si tibi homo 86. §. cum seruus de legat. 1. l. quadam sunt 15. D. de reb. dubijs.* Semper igitur expectandus est concursus legatariorum priusquàm necessitas vlla subsit partium faciendarum ad impediendum ne inuicem se legatarij impediant siue vindicatio exerceatur, siue actio personalis quæ in consequentiam duntaxat vindicationis à iure datur: quamuis interim non nisi partem legati siue per actionem personalem siue per vindicationem petere possit is qui prior ad legatum venit, quoniam sufficit vt alius collegatarius qui nondum concurrit, adhuc possit quandoque concurrere vt interea faciat partem *d. l plane 34. §. si coniunctim. l. duobus 85. l. si domino 99. De legat. 1.* Non idem est in legatis per damnationem, in quibus scilicet obligatur heres ex verbis testatoris, & ex iuris potestate testatoris voluntatem subsequente, nec vllum concursum voluntatis legatarij requirente. Nec enim pendet ex voluntate legatarij an heres ei sit obligatus, quamuis ex eiusdem voluntate pendeat an legatum sibi vtiliter relictum consequi velit, necne: quia non quemadmodum obligatio tota iuris est, ita & acquisitio irreuocabilis ac cum effectu esse potest ex sola iuris potestate nisi concurrat etiam voluntas eius cui acquirendum est legatum ne alioqui contra iuris regulam beneficium in inuitum conferatur. *l. ei qui 13. D. de condic. instit.* Itaque quoties duobus eandem rem vnica oratione heres dare damnatus est, sicuti obligatio heredis contrahitur antequàm legatarij voluntatem suam declarēt verum agnoscant

legatū necne. Ita & partes ab initio fieri necesse est nō expectato concursu, quę res impedit ne postea ius adcrescendi inter legatarios esse possit, etiamsi non concurrant, altero duntaxat legatum agnoscente, altero repudiante.

Error Tertius.

De natura quam omnibus legatis & fideicommissis Iustinianus dedit quod ad ius adcrescendi.

SIcuti vulgares interpretes ignorarunt differentias illas quæ olim tā multæ fuerūt inter legata vindicationis & damnationis, quas potissimum debemus fragmētis illis quæ nobis supersunt ex Vlpiani & Caij Institutionibus, & de quibus à nobis copiosè scriptum est lib. 6. Coniect. cap. 1. Ita & qui ex recentioribus minùs vulgares videntur errant plerique in ea legatorum natura explicanda quam omnibus communem esse Iustinianus voluit in *l. 1. C. commun. de legat.* Sciunt quidem omnes hodie vnam eandémque naturam esse omnium legatorum sed quænam illa sit aut non explicant, aut malè explicant. Nos ea tantùm adferemus quæ pertinent ad institutam disputationem De iure adcrescendi. Cætera peti poterunt ex Coniecturis. Iam ostendimus in præcedentibus, quàm differens fuerit ratio legatorum per vindicationem & per damnationem, cùm de iure adcrescendi tractabatur, & vnde differentia proficisceretur. In summa ius adcrescendi fuisse inter legatarios per vindicationem siue re & verbis coniuncti essent siue re tantùm, dummodo non essent vel re ac verbis disiuncti vel verbis tantum coniuncti. Inter legatarios verò per damnationem nunquam, quippe qui vel iam inde ab initio partes habuisse intelligerentur si ad eandem rem vna eadémque oratione vocati fuissent, vel in solidum singuli ad legatū admitti deberent si diuersis orationibus solidum singulis datum esset, tanquam ei qui prior veniret data re ipsa, alteri æstimatione, Nisi si de hereditatis fideicommisso ageretur, quod nimirum in æstimatione præstari nunquam potest. Quæstio igitur est, cùm hodie vna legatorum omnium natura sit vtrum eam esse voluerit Iustinianus quæ olim erat legatorum per vindicationem an pòtius quæ erat legatorum per damnationem. De quo etsi Iustinianus ex professo tractat in l. vnic. §. vbi autem legatarij C. de caduc. tollend. subobscurum tamen videtur quid ille senserit, & quænam illa concordia sit in quam traxerit ipse, vt loquitur, antiquam dissonantiam. Mihi videtur, quod hæc ipsa verba præseferunt, legatis omnibus hodie quod ad ius adcrescendi attinet, mixtam naturam datam esse quæ participet ex vtroque illo genere legatorum. Distinguit enim Iustinianus an eadem res pluribus relicta fuerit coniunctim, an disiunctim, hoc est an vna an verò diuersa oratione, Si coniunctim, vult omnes ad legatum venire pro virili portione nam nec partes inæquales habere possunt ij qui nominatim fuerunt verbis coniuncti, vt docuimus in Er. 3. & 4. Decad. præced. quod neque Paulus Castr. ad eum locum intellexit neque ex recentioribus Duarenus & Cuiac. qui virilem portionem explicant cuiusque portionem etiam quæ sit inæqualis quod iam olim legatis omnibus tam per vindicationem quàm per damnationem relictis

com-

commune erat, sed vno ex ijs legatum repudiante partem ipsius deficientem alteri cum suo onere adcrescere, ita demum vero penes herdem à quo relictũ esset remanere, si nemo ex legatarijs agnoscere legatum vellet: quod olim obtinebat in ijs tantùm legatis quæ per vindicationem relicta essent, non item in ijs quæ per damnationem, quantum attinet ad ius adcrescendi, hoc est hactenus vt deficiens vnius legatariorum portio alteri adcresceret. At vt adcresceret cũ onere nõ obtinebat, quia is cui cõiunctim legata res erat per vindicatione ius habebat in solidũ ipsius vindicãdæ ex propria persona & proprio iure nõ ex persona collegatarij repudiantis, vt proinde causa nulla esset cur onus collegatario iniunctum non sibi suscipere cogeretur. Si verò disiunctim legatum sit, vult Iustinianus, omnes quoque & singulos in virilem portionem vocatos intelligi nec vnquam vni rem deberi alteri æstimationem, in quo haud dubiè naturam quæ erat legatorum per damnationem sustulit. Nisi inquit, testator apertissimè & expressim disposuerit vt vni quidem res solida, alijs autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur. Vno autem ipsorum legatum repudiante, portionem deficientem alijs suas agnoscẽtibus adcrescere, sed sine onere, quasi hoc casu legatum non tã augeri per non concursum legatarij, quàm non imminui videatur. Hæc enim quantum ad rem istam summa est constitutionis Iustiniani, cuius rationem si quis velit quærere cùm à iure vetere tantopere abhorreat is profectò nullam reperiet. Nam qua ratione mouetur Iustinianus vt velit hoc posteriore casu deficientem portionem adcrescere sine onere cùm eadem res pluribus disiunctim legata fuit, eadem moueri debuit vt id ipsum constitueret legato coniunctim pluribus relicto præsertim per vindicationem, Siquidem illo etiam casu verum est partes non fieri inter legatarios nisi per concursum, atque ita non tam crescere videri quàm non decrescere legatum illius qui consequitur totum: Alioqui nec inter eos esset ius adcrescendi si partes haberent aliter quàm per concursum ex reg. l. 7. D. de vsufr. adcresc. cùm lex nunquam inducat aut patiatur ius adcrescendi inter legatarios aut fideicommissarios vt quis ipsorum plus habeat quàm testator ijs dederit sed tantùm vt id ipsum solidum habeat quod ei testator in solidum dedit & *imminutum* vt æquiuocè loquitur Iustinianus pro eo nimirum quod dicere voluit & debuit *non minutum*. In eoque parum cautus ille est, quod non animaduertit meliorem se facere condicionem legatariorum quibus eadem res disiunctim etiam per vindicationem legata fuit, quàm eorum quibus coniunctim: quo tamen dici absurdius nihil potest. Quidni enim si non melioris saltem æquè bonæ condicionis esse debeat is qui & re & verbis coniunctus fuit, quàm qui re tantùm, vt non magis ille, quàm hic deficientis portionis onus suscipere compellatur? Fefellit Tribonianum quod videbat iam olim ita ius fuisse vt melior esset condicio legatariorum per damnationem disiunctim, quàm coniunctim vocatorum, cùm ij qui disiunctim vocati essent singuli solidum consequerentur, vnus solidam rem alius solidam æstimationem, qui verò coniunctim ad viriles tantum portiones admitterentur. Sed animaduertere debebat eius iuris rationẽ illam fuisse quam præcedenti capite attulimus quod cùm ex legato per damnationem relicto non tantùm res alienaretur, sed etiã heres ipse disertis testamenti verbis obligaretur eoque genere legati etiã res aliena relinqui posset consequens erat vt multiplicatis legati clausulis in gratiam plurium legatariorum, legatum quoque & heredis onus multiplicatum esse crederetur: quod non poterat dici eadẽ re pluribus ; et

eandem damnationis clausulam legata. Nec enim sola personarũ quibus legatũ sit multiplicatio potest multiplicare legatũ quod & vnius tantum rei, & vnica oratione coniunctim pluribus datum proponitur. Debebat rursum animaduertere Tribonianus, etiamsi melior olim esset condicio legatariorũ per damnationem disiunctim quàm coniunctim vocatorũ,nũquam tamẽ meliorẽ fuisse illorũ quibus disiunctim legatum fuisset per damnationẽ, quàm quibus coniunctim per vindicationem si collegatarius nõ cõcurreret quoniã concurrentibus quidem collegatarijs omnibus quibus per damnationẽ legatũ erat disiunctim,vnusquisq; ipsorum legatum solidũ consequebatur vt diximus vnus in corpore,alius in æstimatione.Cõcurrentibus verò illis quibus coniunctim per vindicationẽ legatũ fuisset,nõ nisi partem vnusquisque cõsequebatur partibus in eam rẽ per concursum factis.At vno tãtùm ex legatariis per vindicationem coniunctis ad legatũ veniente,nec alio concurrẽte tantùm consequebatur qui veniebat ad legatum pluribus coniunctim per vindicationem relictũ, quãtũ si venisset ad legatum pluribus disiunctim per damnationẽ.Quid enim aut hic aut ille amplius consequi poterat quàm vt totam rem sibi in solidum legatam in solidum quoque haberet,nec tam adcrescendi quàm non decrescendi iure si cum Iustiniano loqui malumus quàm cũ prudẽtibus,qui hoc quoq; adcrescẽdi ius appellarũt.Est igitur sine exemplo nõ minùs quàm sine ratione quod Iustinianus cõstituit in *d.§.vbi autem.*vt melior sit cõdicio eius cui disiunctim quàm cui coniunctim solidum legatum fuit collegatario non concurrente,siue legata per damnationem disiunctim data compares cum legatis per vindicationẽ relictis,siue proponas in vtroque casu id est quo legatum fuerit aut coniunctim aut disiunctim legatum fuisse per vindicationem. Sed etsi proponas fieri comparationem inter legatarios quibus disiunctim,& eos quibus cõiũctim legatum fuerit per damnationem, Dico præsupposita priore parte constitutionis Iustiniani quæ legati multiplicandi interpretationem sustulit eo quoque casu quo disiunctim legatum pluribus per damnationem datum proponeretur, absurdum esse vt melior sit vllo casu condicio legatariorum per damnationem disiunctim quàm coniunctim vocatorũ sed maximè,quod ad hoc vt ei qui coniũctim vocatus fuit,portio deficiens adcrescat cũ onere,ei verò qui disiunctim adcrescat sine onere,quomodo vult constitutio Iustiniani,Olim namque vnus erat illo casus,quo plenius esset legatum disiunctim quàm coniunctim per dãnationem relictum,si vterque legatarius concurreret, non etiam si alter legatũ repudiaret,quia concurrente vtroque legatario multiplicatur legatum propter multiplicitatem & personarum,quibus,& orationum per quas legatum fuisset, cuius multiplicationis inducendæ ratio nulla suberat vnõ tantùm legatario ad legatum veniente. Atqui hodie ne quidem illo casu patitur Iustinianus meliorem esse condicionem disiunctionis quàm coniunctionis: Multo igitur absurdius est meliorem esse in alio casu quo nullus fit concursus legatariorum altero legatum suum repudiante. Quo casu ita olim ius fuisse iam diximus vt inter huiusmodi legatarios per damnationem ius adcrescendi non esset etiamsi coniunctim ijs legatum fuisset,vt in *l.si Titio & ei 7. De legat.2. pater 38.§.filiã l.vxorem 41.§ agri plagam de legat.3.*Nam si non erat ius adcrescendi inter eos etiam verbis coniunctos propterea quod ab initio re disiuncti viderentur partibus per iuris interpretationem factis, quanto minus esse poterat inter eos qui verbis quoque disiuncti essent? Denique erant quidem ij quos testator verbis disiunxerat melioris condicionis, quàm qui eadem oratio-

oratione coniuncti fuerant, sed non quod ad ius adcrescendi, at in eo tantùm vt etiamsi omnes concurrerent singuli tamen solidum consequerentur. Quæ res faciebat vt neque de iure adcrescendi inter eos illo casu tractari posset, cum neque locus ei sit inter legatarios concurrentes, neque adcrescendi iure ad habendum totum non concurrente collegatario indigeret ille, qui etiam concurrente ipso nihilominùs erat totum habiturus. At Iustinianus sublato iure vetere ex ea parte ex qua faciebat summa ratio, vt melior esse deberet condicio legatariorũ disiunctim per damnationem quàm coniunctim vocatorum hoc est quod ad inducendam legati multiplicationẽ vt vni res alteri æstimatio deberetur, illud tamen ex eodẽ iure vetere voluit retinere vt essent illi etiam hodie melioris condicionis, & quidẽ in iure adcrescendi, Non in eo vt inter disiunctos aut magis aut faciliùs adcrescendi ius sit quàm inter coniunctos (voluit enim esse peræquè inter omnes) sed in eo vt inter legatarios verbis disiunctos sit sine onere, inter eos verò qui & re & verbis cõiuncti fuerint, sit cum onere. Hoc verò est quod ego concoquere non possum. Nã vt sit ius adcrescendi etiã inter eos quos verbis testator disiunxit minùs miror, cùm hoc ipso quod Iustinianus fecit vt non debeatur vni res alteri æstimatio, fecerit etiam vt habendi sint re coniuncti hoc est ad eandem ipsam rem vocati quos vetus iurisprudentia habebat pro disiunctis non minus re quàm verbis, tanquam legata ei qui prior ad legatũ veniret re propria testatoris, ei verò qui posterior, re aliena id est iam facta eius legatarij qui prior legatũ fuisset consecutus: In eoque Tribonianũ minùs accuso, quod ratione iuris veteris immutata, ipsius quoque effectum quod consequens esse debuerat, immutauerit, etsi mallem nihil prorsus de iure vetere immutatum fuisse. Sed vt legatarij verbis disiuncti fauorabiliore adcrescendi iure fruantur, quàm qui & re & verbis coniuncti fuerunt, hoc certè ferri nullomodo potest, cùm ius adcrescendi totum pendeat & æstimandum sit ex coniunctione, vt quo quis magis minúsue coniunctus est eo plus minúsue iuris habere debeat in adcrescente portione. *l. re coniuncti 89. de legat. 3. l. si ita quis 66. D. de hered. instit.* Maximè verò cùm post hanc Iustiniani constitutionem negari non possit quin ij quibus eadem res coniunctim etiam per damnationem legata fuit perinde intelligi debeant re coniuncti atque si per vindicationem iis legatum esset. Sic enim Iustinianum sensisse ex eo intelligimus quod inter istos quoque vult esse ius adcrescendi sublatámque differentiam formularum legati per vindicationem, & per damnationem, cùm olim non esset inter eos ius adcrescendi, tanquam qui ab initio partes non quidem à testatore sed à iure vt supra explicauimus factas habere intelligerentur: ob idque non nisi verbis coniuncti reperirentur. Nam si quid ex iure vetere superest quod à Iustiniano immutatum non fuerit circa ius adcrescendi, vel hoc vnum maximè est vt inter verbis tantùm coniunctos nunquam iuri adcrescendi locus sit. Atqui iam olim erant verbis coniuncti illi quibus eadem res coniunctim per damnationem relicta esset, quia partium distributio siue quam testator siue quam lex fecisset, non tollebat sed potius inducebat eam coniunctionem quæ verbalis tantùm esset. *d. l. re coniuncti. l. triplici 142. De verb. signific.* Ergo non potuit Iustinianus facere legatarios istos re coniunctos qui olim verbis tantùm coniuncti erant quin hodie dicendi sint & re & verbis coniuncti. Cur ergo deterioris erunt condicionis in iure adcrescendi quod non habent nisi cum onere, quàm qui re tantùm coniuncti

reperiuntur,quibus dedit Tribonianus ius adcrescendi sine onere? Coniunctio quidem verbalis tantùm vbi sola est tam parum potest vt interdum sit futurum vtilius etiam verbis disiunctum esse vt olim vsuueniebat in legatarijs istis per damnationem qui siue coniunctim siue disiunctim legatum ijs fuisset nunquam re coniuncti videbantur, & ex ijs tamen plus iuris habebant quibus disiunctim legatum erat, quàm quibus coniunctim. Sed vbi adest coniunctio realis cum verbali facit adiectio verbalis coniunctionis vt potentior sit huiusmodi realis quàm ea quæ realis tantùm sit nec comitem habeat verbalem *d.l.re coniuncti.* Proinde non est bona ratiocinatio qua videtur vsus Tribonianus vt legatarios disiunctim vocatos vellet habere ius adcrescēdi sine onere, cōiunctim verò vocatos cū onere, Nempe quòd iam olim essent illi melioris cōditionis quàm isti. Olim quippe omnibuscōmune hoc erat vt essent re disiuncti. Hodie verò sunt omnes è contrario re coniuncti, sed cū hac tamen differentia quòd quibus coniunctim legatum est ij sunt & re & verbis coniuncti, quibus verò disiunctim ij re tantùm non etiam verbis. Vt autē pro coniunctis re habendi sint hodie illi quibus coniunctim legatum sit per damnationē atque si per vindicationē legatum esset nō ex eo fit quod inter eos ius adcrescendi esse Iustinianus voluerit (esset enim ratio illa præpostera cùm è diuerso non alia ratione possit inter eos esse ius adcrescendi quàm quòd sint re coniuncti) sed quia voluit ille ex huiusmodi quoque legatis per damnationē æquè recta via transire dominium à testatore in legatarium atque ex legatis per vindicationem vt constat ex *d.l.1.C. commun. de legat.* in qua dans omnibus legatis eandem naturam dat pro omnibus vindicationem nō minùs quàm personalem actionem. Vindicationem porrò certum est non nisi domino cōpetere. Fecit ergo Iustinianus in necessarium antecedēs, vt in legatarios omnes dominium legati recta via & sine traditione transferatur. In quo vim procul-dubio fecit, non tantùm voluntati testatorum per damnationem legantium sed etiam proprietati verborum quæ in eo legatorum genere vsurpantur. Nam vt in præcedentibus disputauimus, cùm *dare* nihil aliud sit quàm dominium transferre *l.vbi autem 75.§.vlt. De verb.obligat.* quomodo fieri potest vt heres rem aliquam Titio dare damnatus dominium transferat in Titium si iam Titius ipso iure dominus est & consequenter iam ab herede ipso dominiū abscessisse intelligitur? Aut quomodo posset apertius declarare testator quod nolit dominium à se transire in legatarium recta via nunquam factū heredis, quā heredem damnando vt ipse trāsferat? Cæterùm ita constituto iure vt dominiū transeat recta via etiam in legatarios damnationis illud vtique necessariò admittendum est, Eadem re pluribus siue coniunctim siue disiunctim per dānationē relicta esse illos re cōiunctos ratione dominij qui nō æquè dici posset re coniuncti ratione obligationis personalis dādi qua heres erga ipsos teneretur. Nec minus in illis, quàm in legatarijs per vindicationem verum est nullas eos habere partes nisi per concursum, quia sicuti non transit in eos dominium nisi ad exemplum legatariorū per vindicationem, ita neque nisi sub ea veluti ac saltem tacita condicione si legatarij velint agnoscere legata. Vnde fit, vt cōcursum fieri necesse sit priusquā ipsi partes habere dici possint. Quo admisso nec illud mirum est inter eos esse ius adcrescendi. Ratio autem illā diuersitatis quā Iustinianus adfert cur disiuncto adcrescat deficiens portio sine onere, cōiūcto verò cum onere nec subtilis est nec probabilis, Ait enim videri testatorē ideo disiunctim legasse vt vnusquisque legatariorū suū onus non alienū agnosceret

ret,cùm si contrarium voluisset,inquit,coniunctim poterat ijs legare. Quasi verò fieri etiam non possit vt coniunctim legetur pluribus quorum alterutri soli onus imponatur. Quid enim vetat ita quem scribere, *Titio si Capitolium ascenderit aut heredi meo decem dederit, & Sempronio fundum Cornelianum lego*, aut ita *Heres meus Titio si tibi decem dederit, & Sempronio fundum Cornelianum dato* aut *dare damnas esto*. Qua formula relictis legatis nemo negauerit Titium & Sempronium re coniunctos esse in legato, nec ideo tamen possit quis bene dicere coniunctos illos esse in onere legati. Denique ratio Iustiniani probat optimè legatarium qui re tantùm sit coniunctus non debere onus sentire quod alij collegatario iniunctum fuerit separatim in quo probando quod per se clarum erat non fuit tantopere laborandum: Sed non probat legatarium, qui & re & verbis coniunctus sit debere onus sentire, quod iniunctum sit non ipsi, non vtrique sed soli collegatario legatum suum repudianti (alioqui si poneres fuisse iniunctum onus vtrique faceres ridiculam Iustiniani sententiam & omni prorsus carentem dubitatione) quod vnum tamen maximè probandum erat, cùm pro eo ne collegatarij onus personale suscipere cogeretur, faceret illa ratio quod solidum legatum consequitur suo iure, tanquam quod singulis solidum relictum fuisse intelligatur. Nec enim hoc negare quisquam possit quin neget inter eos ius adcrescendi esse debere, aut quin præcipua iuris nostri circa hunc tractatũ De iure adcrescendi principia subuertat. In eóque quãtopere erratũ sit nõ tãtùm à veteribus sed etiã à recentioribus interpretibus, ex ijs videri potest quę tractat *Andr. Fachineus lib. 4. Controu. iur. ca* 94. vbi nec meliùs ipse sentit quàm cæteri cùm Iustiniani constitutionem in *d. §. vbi autem*, intelligendã esse vult de ijs qui cõiuncti sint verbis tãtùm. Verùm iam sufficiat tam multa contra Iustinianum aut potiùs contra Tribonianum disputasse. Dummodo addere nobis liceat, quod omnium minimè prætermittendum est, ab eodem Triboniano ad supradictam Iustiniani constitutionem respiciente corruptum fuisse Paulum in *dict. l. si pluribus* 33. *de legat.* 1. cuius legis siue verba siue sensum totq; distinctiones respicias nihil omnino est quod non sapiat Tribonianum, quódque non pugnet cum eo iure quod obtinebat Pauli temporibus, & quod obtinuit in id vsque tempus quo priscas omnes illas legatorum differentias sustulit Iustinianus in *d. l.* 1. *C. commun. de legat. & in d. l. vnic. §. vbi autẽ C. de caduc. tollend.* Igitur in fideicommissis quoque idem erit hodie quod de legatis diximus, cùm non modò legata omnia inter se sed etiam fideicommissa legatis exæquauerint eædem Iustiniani constitutiones, data etiam fideicommissario vindicatione atque ita inducto eo vt dominium recta via in ipsum transferatur etiam citra vllam traditionem quod olim ne quidem per traditionem tanquam legitima causa destitutam transferri potuisset *l.* 3. *D. si vsusfru. pet. l. si quis vsum fructum* 29. *D. de vsufr. legat.* Verùm obseruandum est de fideicommissis singularibus tantùm non etiam de vniuersalibus aut particularibus id accipi oportere. Nam constitutiones illas Iustiniani non pertinere ad fideicommissa siue vniuersalia siue particularia ex eo intelligimus quod ipsi quoque interpretes fatẽtes fideicõmissario cui vel tota hereditas vel hereditatis pars restituẽda sit nullam competere vindicationem antequam fideicommissi restitutio facta sit, quia non magis hodie quàm olim dominium rerum hereditariarum in eum transeat nisi facta restitutione, *leg. facta* 67. *in princip. D. ad SC. Trebell.* Nisi quod putant nonnulli ex æquitate canonica vt loquuntur fideicommissum etiam vniuersale habendum esse pro restituto ipso iure. Cuius senten-

tiæ autor fuit ni fallor Baldus ad *cap. in præsentia. Extr. de probat.* de qua tamen an vera sit, quod non puto, dicendũ nobis erit alio loco. Accedit quod Iustin. in *d. §. vbi autem*, licet de legatarijs & fideicommissarijs promiscue loquatur, ostendit tamen se casus illos tractare in quibus antea ius ita erat vt aliquo casu posset vni ex legatarijs aut fideicommissarijs res deberi, alij autem æstimatio. At de fideicommisso siue vniuersali siue particulari certum est nunquam id dici potuisse. Non quod hereditas æstimationem recipere non possit perinde ac res singulæ, Sed quia fideicommissarius cui præstita esset hereditatis æstimatio non posset videri iuris successor *l. Paulus respondit 61. D. ad Trebel.* qualem tamen & testator & prætor fideicommissarius vult esse illum cui hereditas fideicõmissaria relicta est siue tota siue pro parte, vt attigimus capite præcedẽti. Quid ergo iuris erit hodie in fideicommissis aut vniuersalibus aut particularibus quod attinet ad ius adcrescendi? Nimirum illud ipsũ quod olim obtinebat Vt non sit inter eos ius adcrescendi, siue coniũctim siue disiunctim vocati proponãtur, id est siue testator ita dixerit, *Rogo te mi heres, vt hereditatem meam Titio & Sempronio restituas* siue ita *Rogo te vt hereditatem meam Titio restituas Eandem hereditatem Sempronio restitui volo* siue ita *Rogo te vt hereditatem meam Titio & Sempronio pro æquis partibus restituas* qui vltimus casus ideo minorem dubitationem habet quàm cæteri, quod in ea specie Titius & Sempronius apertissimè verbis tantùm coniuncti proponuntur. Etsi autem in prioribus duobus casibus videntur re coniuncti & ad eandem hereditatem vocati vt proinde ius adcrescendi inter eos esse videatur tamquam qui partes non habeant nisi per concursum, tamen non ita est. Cùm enim testator ita vt diximus locutus, id egerit vt heredem suum expressim obligaret ad hereditatis fideicommissum Titio & Sempronio præstãdum, fieri autem non potuerit vt obligaretur ille ad præstandum vtrique in solidum hereditatem ipsam (nam de hereditatis æstimatione iam diximus nihil hîc esse quod tractari possit) necesse est ab initio partes inter eos per iuris interpretationem factas intelligi ne per impossibilitatem præstationis fideicommissum alioqui intercidat, fideicõmissarijs mutuo se impedientibus, quemadmodum à nobis supra disputatum est cùm de legatis per damnationem relictis ageremus, quibus simillima fuerunt fideicommissa. Itaque cùm ab initio partes habeant isti fideicommissarij non per concursum, sequitur non posse inter eos esse ius adcrescẽdi: nec magis hodie quàm olim, quia quæ ratio fecit vt hoc ius tam in fideicomissis singularibus quàm in legatis per damnationem relictis Iustinianus correxerit, ea in fideicommissis vniuersalibus locum non habet, in illis ideò correctum fuit ius antiquũ, quia induxit Iustinianus vt in eos perinde ac in legatarios per vindicationem dominium rei legatæ aut per fideicommissum relictæ transeat recta via nulloque in eam rem interueniente facto heredis ita vt statim competat iis vindicatio, & tam citò quàm actio personalis. Inde námque illud etiam factum est, vt videri debeant re coniuncti, & ad idem dominium vocati, in quo tamen non faciant sibi partem nisi per concursum, quæ res inducit ius adcrescendi. At in fideicõmissarijs vniuersalib. nihil tale constitutũ est, solámq. habent illi actionẽ personalẽ quã necesse est ipso iure diuidi inter ipsos, sicut & diuiditur heredis obligatio de præstando fideicommisso. Nihil igitur est quod faciat vt in suprascriptis casibus ij quibus hereditas per fideicommissum relicta est videri debeant re coniuncti nec proinde vt possit inter eos esse ius adcrescendi

nisi

nisi in casu *l.1.§.sed & quoties D.ad SC.Trebell.* hoc est herede ad postulationẽ vnius ex fideicommissarijs coacto adire. Est itaque necessarium hodie perinde ac olim vt inuicem substituantur si testator velit deficientem vnius portionem ad alium peruenire non apud heredem qui sponte adierit remanere vt in *l.cùm proponebatur* 64.*l.Titia Seio* 87.*§.Seia libertis de leg.2.l.Scæuola* 76. *D.ad SC.Trebell.*

Error qvartvs.

De portione hereditatis adcrescente heredi grauato an transeat in fideicommissarium.

VIdimvs de iure adcrescendi inter fideicommissarios & legatarios. Alia nunc quæstio est De iure adcrescendi quod inter heredes locum habet an transeat in fideicõmissarium.Eã tracta: Vlpianus ex Papiniano in *l.Papinianus* 43.*D.ad SC.Trebell.*cuius sententiã illã esse vulgo nostri putãt vt neque Vlpianus neq; Papinianus dubitauerint adcrescẽdi ius in fideicõmissarium trãsire.Illa ratione quod fideicõmissarius hereditatis sit successor iuris,in eumq; proinde trãseant iura omnia quæ transeũt in heredem cuius etiã loco est.Itaq; si quis heres institutus ex semisse rogatus sit hereditatem id est portionem suam hereditariã restituere,deinde facta iam restitutione portio coheredis adcreuerit,volunt illi adcrescentem quoq; portionẽ acquiri fideicõmissario.In quo sanè errãt.Est enim verius,quod Iacobus Cuiacius docuit *lib.*12.*Obseruat.cap.*12.non transire ius adcrescendi in fideicõmissariũ quãuis sit successor iuris.Dicitur ille enim successor iuris & heredis loco esse,respectu testatoris,quod ad exẽplũ heredis succedat in omnia iura defũncti,non autem respectu ipsius heredis quasi succedat in omnia iura quæ habuit heres, aut quæ haberet si hereditatem non restituisset.Ius autẽ adcrescendi nõ est ex numero eorum iurium quę fuerunt defuncti cùm incipiat ab herede eiq; acquiratur ex beneficio legis potiùs quàm ex voluntate testatoris,quo etiã inuito esset ille ius hoc habiturus. Porrò nemo dixerit fideicommissarium succedere in iura heredis grauati,nisi quæ à defuncto fuerãt translata in heredẽ,quia tritum est & ipsis quoq; vulgaribus interpretibus & pragmaticis cognitum, Per fideicommissum succedi testatori non heredi *l.coheredi* 41.*§.cum filiæ. De vulg & pupill.substit.l.sequens quæstio* 68.*de legat.*2.Inepta igitur est illa ratio vt ideo transire debeat ius adcrescendi in fideicommissarium,quòd ille iuris successor sit,Vt & illa quod ipse sit heredis loco.Huius enim propositionis idem qui illius sensus est,vt exẽplo heredis & acsi heres ipse esset,succedat in iura defuncti omnia, non autem vt succedat in iura ipsius heredis, quod demum esset heredis heredem esse non heredis loco. Possit quis pro fideicommissario moueri probabilius ex eo quòd portio adcrescit portioni velut alluuio, vt ex eodem Papiniano scriptum est in *leg. si Titio fructus* 33.*§.*1. *D. de vsufr.* Atqui negari non potest,quin saltem post fideicõmissi restitutionẽ factã fideicommissarius habeat portionem sibi restitutam. Quidni ergo adcrescentem quoque habebit?Neque verò ad rationem hanc quicquam respondet Cuiacius

ad quam tamen potissimum respondendum erat. Sed & vt bene sentiat, mouetur mala ratione. Ait enim ius adcrescendi non facere, vt plus habeat quis quàm testator dari voluit, sed ne minus habeat, cùm nihil aliud sit, inquit, quàm ius hereditatis vel legati integrum nec diminutum per concursum socij. Quod etsi verissimum est quantum ad legata & fideicommissa, in hereditatibus tamen falsissimum est in quibus nimirum potestas legis inducit ius adcrescendi etiam inuito testatore, vt & inter inuitos heredes, quod neque Cuiacius ipse negauerit. Nam cùm testator ita scripsit *Titius heres esto ex semisse tantùm, Sempronius ex alio semisse heres esto* quis vnquam dubitauit quin vno ex istis repudiante deficiens ipsius portio adcrescat coheredi, vt habeat ille totam hereditatem quamuis testator non nisi semissem hereditatis ad eum peruenire voluisset? Cùm igitur tractemus de fideicommisso hereditatis, alia ratio afferenda est cur non etiam inuito testatore portio hereditatis deficiens adcrescat portioni restitutę, nec debuit vir doctissimus eandem hac in re constituere rationem hereditatis & legati. Debuit sanè eandem constituere legati & fideicommissi etiam de hereditate facti, quoniam quæ ratio facit vt inter legatarios ius adcrescendi non ex necessitate inducatur sed ex sola voluntate testatoris vt suo loco disputauimus eadem in fideicommissis quoque particularibus locum habet, quod portio deficiens etiamsi non adcrescat legatario vel fideicommissario, non idcirco tamen vacatura sit, sed penes heredem qui vel legato vel fideicommisso grauatus fuerit remansura. Nec quod in fideicommissum pars hereditatis deducta sit, facere potest vt eodem iure censeri hac parte debeat fideicommissarius quo heres. Etsi enim pars hereditatis verè est hereditas *l. si Titius* 96 *de legat.* 3. non tamen hereditas illa vel pars hareditatis quæ ex fideicommisso restituta fuit: quia cùm non possit deberi nedum præstari fideicommissum nisi post aditam hæreditatem. *leg. 4. l. ille à quo 13. §. 1. versi. quid ergo l. si patroni 55. §. qui fideicommissam & pass. D. ad SC. Trebell.* hereditas autem ex quo instanti adita est desinat esse hereditas fiatque patrimonium heredis, *l. 1. & tot tit. D. de separat.* consequens est vt ea hereditatis portio, quæ fideicommissario restituta est, non iam dicenda sit esse hereditas, sed fuisse, quod apposité & eleganter more suo Vlpianus noster expressit in *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* cùm scripsit eum qui rogatus est hereditatem restituere id videri rogatum reddere quod fuit hereditatis. Indéque nimirum est quod fideicommissarius non sit heres per fideicommissariæ hereditatis restitutionem sed tantùm heredis loco, quia nec quod ei restituitur, hereditas est. Alioqui cùm hereditas illa sit quæ immediatè heredem facit (lex enim facit quidem & hereditatem & heredem *l. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. falcid.* sed hereditatem immediatè, heredem verò mediatè per causam hereditatis) proculdubio tam fieret heres verè is, qui ex fideicommisso acquireret sibi veram hereditatem quàm qui per aditionem ex institutione. Ac quamuis fideicommissarias quoque hereditates dicere soleamus, abusiuè tamen & impropriè ita dicimus, quoniam aliquando & ante restitutionem hereditates verè fuerunt, quomodo etiam mortuum hominem dicimus, non quod iam homo sit cùm mortuus est, sed quia homo fuit priùs quàm moreretur, neque fieri potest vt alia locutione vel breuiùs vel meliùs exprimamus vtrumque id est quid fuerit aliquando id de quo agimus & quid nunc sit, quàm cùm & mortuum hominem dicimus & fideicommissariam hereditatem

reditatem. Et hinc quoque petenda responsio est ad obiectionem quam pro fideicommissarios fieri posse diximus quod portio adcrescat portioni, portionem verò habeat non heres qui iam restituit sed fideicommissarius cui fuit restituta. Nam immo verò negandum est eam habere fideicommissarium ne quidem post restitutionem, cùm portio illa quam habet nec hereditas amplius sit nec hereditaria qualis tamen verè est alia portio quæ adcrescit quippe quā ponendum est nondum fuisse acquisitam, cùm ius adcrescendi numquam locum habeat in portionibus agnitis & acquisitis *l. vnic. §. his ita definitis C. de cadu. tollend.* nisi cum agitur de vsufructu, quia vsusfructus quotidie nouus constitui intelligitur ac proinde talis qui nunquam fuerit acquisitus *l. 1. §. interdum D. de vsufru. adcresc.* Cùm igitur portio, quæ adcrescit vere sit hereditaria, fideicommissarius autem neque heres sit neque hereditariam portionem habeat, consequens omnino est vt nulla ratiō sit propter quam ius adcrescendi fideicommissario competere debeat, ac non potiùs heredi, qui licèt per aditionem fecerit vt portio quam sibi acquisijt, & hereditas & hereditaria esse desierit, non ob id tamē minus iuris habere debet, quàm si portio hereditaria remaneret, cùm per eius acquisitionem factus ipse sit heres, hereditas autem & heres eodem iure censeantur quia & eandem personam repræsentant licèt diuersas habeant appellationes *l. heres & hereditas 22. D. de vsucap.* Atqui, inquies, non potest dici partem vllam habere heredem, qui eam quam habebat iam restituit. Immo, inquam, partē habet adeóque illam ipsam quam restituit, quia cùm heres post restitutam quoque hereditatē nihilominus heres maneat *§. restituta Instit. de fideic. hered.* sicut is qui totam restituit hereditatem cùm esset ex asse scriptus remanet heres ex toto asse, ita & qui ex semisse institutus semissem restituit, remanet heres ex eo ipso semisse, nec tam portionem ipsam quàm bona portionis restituisse intelligitur, quādo nec si voluisset heredis nomē exuere & illā portionē iure hereditatis restituere, tamen id facere potuisset, siquidem & hereditas & portio hereditaria esse iam desierat vt diximus. Quomodo autem restituere potuisset, quod neque ipse amplius haberet, neque in rerum natura amplius esset? Nomen enim heredis quod solum habet ne portionem hereditariam nisi nomine tenus amisisse dici possit, ideo transferre in fideicommissarium non potest, quia nec de eo rogatus fuit à testatore nec Senatusconsulti Trebelliani autoritas, quæ ad transferendas actiones necessaria fuit ad transferendum heredis nomen, quod multo esset difficilius & de quo nihil senatusconsultiverba dixerunt, accommodari vllomodo potest. Neque mirum aut absurdum videri debet heredem ex parte qui portionis suæ hereditariæ bona iam restituerit partem nihilominus adhuc habere dici quia pars hereditatis sicut hereditas est vt modo dicebamus, ita & hereditatis exemplo iuris intellectum habet etiam sine vllo corpore *l. heredit. 50. D. de petit. hered.* Concludamus igitur in proposita specie & quæstione portionem deficientem adcrescere non fideicommissario posse, sed heredi debere. Nec pro interpretum errore quicquam facit quod ex Papiniano scribit Vlpianus in *d. l. Papinianus* portionem deficientem ad fideicommissarium pertinere. Nam vt supradicto loco bene Iacobus Cuiacius obseruauit, tractauit Papinianus eam facti speciem in qua heres ex parte institutus, deq; ea parte restituēda rogatus suspectā hereditatē dixerat & adierat compulsus per prætorē fideicōmissario postulante. In qua specie non poterat dubitari, quin portio deficiens non posset remanere penes heredem quippe cui propter iniuriam quam fecit defuncto cuius supre-

mas preces destituere voluit,ac re vera destituisset nisi inuit' adire coactus fuisset,omne lucrum aufferendum est quod vel habuerit vel habere potuerit, non tantùm ex testamento sed etiam occasione testamenti, denique quicquid non habuisset si heres non fuisset *l.ita tamen 27.§.qui suspectam & §.si praeceptis & d.l.si patroni 55.§.qui fideicommissam & §.adeo eod.tit.ad SC.Trebell.l.is cui hereditas 34.D.de condict.indeb.* quia licèt is qui adit coactus nō minùs heres fiat per aditionem talisque maneat etiam post restitutionem quàm qui vltro & sponte adit, in ijs tamen quæ ad ipsius commodum spectant perinde habendus est acsi non esset heres, cùm id egerit quantum potuit ne esset, nec coactus fuerit esse nisi periculo incommodi & consequenter etiam commodi alieni. *l. 1. & 4. ad Trebell.* Sed si hic idem heres ex parte scriptus de quo Papinianus tractat sponte non coactus adijsset, aliud haud dubiè Papinianus respondisset, neque dignam rem putasset de qua dubitari debuisset, An fideicommissario adcresceret ea portio quam nihil prohibebat remanere penes heredem. Idque ita esse ex eo quoque intelligimus, quod illo etiam casu quo heres compulsus adijt non tamen dubitat Papinianus, quin deficiens portio adcrescat heredi cum ob eam causam disputet an fideicommissario sit opus noua coactione aut saltem noua restitutione, quibus tamē quæstionibus nullus locus relinqueretur si fideicommissarius intelligeretur habere portionē aliquam cui ea portio quæ deficit adcrescere posset recta via non per mediam personam heredis. Non igitur quæstio illa tractatur à Papiniano, An portio deficiens adcrescat coheredi, an fideicommissario, nec si adcreuerit post restitutionem ab herede factam & heres compulsus adierit (certum enim erat hoc etiam casu, quonam ergo non? adcrescere heredi quod & Papin. apertè exprimit ijs verbis *adcreuisse scripto heredi.* nec rursus An ea portio quæ soli heredi adcreuerat penes eum remanere deberet (nam & hoc quoque certum erat non debere cùm is compulsus adijsset) Sed tantùm de illo quæritur apud Papinianum, An fideicommissarius egeat noua coactione. Sic enim lego non vt vulgo *actione* cùm vt disputat Cuiacius nulla sit actio prodita fideicommissario ad compellendum heredem adire, sed extra ordinem à prætore decretum postuletur *l. recusare 6. l. si postulante 67. l. seruo inuito 65.§.cum prætor D. eod.tit.* quamuis Bart. vt obiectionē effugiat, actionis nomen largè poni dicat pro officio iudicis, quasi verò Papiniani tēporibus idem fuerit, fieri quid officio iudicis & decreto prætoris, neque rursum *aditione* quomodo legendum putat idem Cuiacius. Etsi etiam idem videtur effectus quæstionis huius Vtrum noua aditione opus sit, & illius Vtrum noua coactione quia non sit coactio nisi ad adeundum, plus tamen est quærere An sit opus noua coactione, quàm vtrum sit opus noua aditione, siquidem fieri posset vt noua aditione opus esset, nec tamen nouam coactionem prætor fideicommissarius adhiberet cùm nullum sit edictum de eodem herede qui iam semel coactus esset iterum cogendo, verbáque edictorum, legum & stipulationum vt plurimum sic accipienda sint, vt eorum potestas primo actu concludatur vulg. *l. boues 49.§.hoc sermone De verb.& rer.signific.l. eum qui Calendis 41. De verb.oblig.l.dotis 68.D.de iur.dot.l.e.inter socerum 26.§. vltim. De pact. dot.leg. cùm plures 15.§. vltim.ff.de reb.autor.iudic.possid.leg.vltim.§. & hæc quidem in fin.C. de iur. delib.* Itaque qui quærit an sit opus noua aditione non ideo quærit an sit locus nouæ coactioni, quomodo è contrario qui an noua coactione opus sit quærit, de illo etiam quærit An sit opus noua aditione. Taceo quod probabilior est emendatio vt pro *actione* legamus *coactione*

quàm

quàm vt *aditione*. Et huic emendationi nostræ conuenientior etiam est responsio Papiniani, aut Vlpiani. Sequitur enim *& ait securum esse eum posse*. Non enim securum fideicommissarium quicquam magis facere potest quàm si non egeat noua coactione, quia cùm coactione opus est, periculum subest ne ante coactionem moriens heres fideicommissarium decipiat vt scriptum est in *dict.l.ille à quo §.1.* Etsi illud quoque verum est non posse nouam coactionem esse necessariam, nisi cùm opus est noua aditione. In proposito autem casu aditione nulla opus esse cùm prior sufficiat quoties ab vna eadémque persona adeundum est *leg. si quis heres 35. 6. si solus* 80. *in fin. D. de acquirend. hered.* Dubitandi tamen ratio apud Papinianum erat, quoniam quisquis adit coactus quamuis heres fiat non tamen videtur habuisse voluntatem acquirendæ hereditatis, nec proinde heres factus esse nisi quatenus coactus fuit, Non fuit autem coactus adire nisi pro ea parte quam restituere debuit. Ergo nec nisi pro ea parte videtur heres factus esse, nec bene comparari posse ei qui sponte adijt partem hereditatis: Hic enim scit aut scire debet fieri posse vt alia portio deficiat, futurúmque eo casu vt portio illa deficiens sibi adcrescat, & idcirco ea condicione adire intelligitur *leg. si duo 38. eod. leg. si quis ita 33. D. de hered. institu.* quod non similiter dici potest de illo qui adit coactus, qui sicut nullam habet adquirendæ hereditatis voluntatem nisi coactam, ita nec nisi quatenus coacta est: Cúmque adeat alieno periculo nec tam vt ipse fiat heres, quamquam in necessarium antecedens hoc quoque consequitur, quàm vt eum cui hereditariam portionem restituere rogatus est, faciat effectu fideicommissarium, videtur rectius posse comparari ei qui adit vt alium faciat heredem: De quo scriptum est in *dict. leg. si solus §. vlt.* si noua portio ei deferatur noua opus esse aditione. Sed tamen aliud Papiniani & Vlpiani iudicium est neq; actionem neque aditionem nouam esse necessariam, quoniam quod ad causam hereditatis acquirendæ attinet, nihil distat inter coactam, & voluntariam aditionem sed tantùm quod ad causam commodi ex hereditate adita retinendi, quia is qui adit sponte, retinet omnia quæ vel testatoris voluntas vel Pegasiani senatusconsulti autoritas ei dedit. Qui verò adit coactus nihil prorsus retinet nisi quod haberet etiamsi heres scriptus non fuisset: Sempérque verum est hunc qui partem hereditatis coactus adijt, perinde atque si sponte adijsset, videri ea condicione adiisse vt si quando alia portio deficeret eam quoque sibi acquireret, sed eodem modo quo priorem, id est inuitus, ac proinde periculo similiter cōmodoque & incommodo fideicommissarij: qui si vellet dicere non fuisse coactum à se heredem vt adiret nisi pro parte, alteriúsque portionis adcrescentis onera detrectaret, multo minùs esset audiendus. Nam & ipse sciuit aut scire debuit fieri posse vt huic heredi ex parte instituto quem adire cogebat, alia portio inuito quoq; adcresceret, eóque casu futurum vt proprio ipsius fideicommissarij periculo & lucro cederet ius illud adcrescendi. Quemadmodū si heres ex asse institutus rogatus esset tibi partē hereditatis purè aliā alij sub condicione restituere, tuque heredē suspectā dicentem adire coegisses, totam hereditatem interim suscipere cogereris, ne maneret in periculo vel dāno heres deficiēte fortasse fideicommissi alterius partis condicione *l. 1. § sed & quoties l. cogi 16. §. idem Mœcianus D. ad SC. Trebell.* Sequitur in *d. l. Papinianus, De illo plane solo quærē dū ait, an ei opus sit noua restitutione posteaquàm portio adcreuit.* Ponim⁹ enim adcreuisse portionem facta iam restitutione vt probant præcedentia illa verba

deinde fideicommissarius gnarus sit(rectè namque Cuiacius sic legendum ait,non vt vulgo *ignarus*) *adcreuisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi*.Indéque ratio dubitandi sumebatur propter quam noua restitutione opus esse videretur,cùm per priorem restitutionem non posset dici restituta portio quæ nondum fuerat acquisita.Ex altera verò parte pro fideicommissario ne noua restitutione indigeret illud vrgebat quod omnia quæ heres perdit qui compulsus adijt tacito iure fideicommissarium sequantur,vt Cuiacius ratiocinatur supradicto loco vbi hac ratione motus concludit,quanquam dubitanter, non magis restitutione quàm aditione noua opus esse.Mihi tamē Papinianus videtur in contrariam sentētiam procliuior fuisse,cùm significet non obscure aliā hac in re causam esse coactionis aliam restitutionis.Et certè ita est. Nā vt pars deficiens adcrescat portioni iam aditæ fit ex sola iuris potestate,& ideo quamuis aditio sit facti,vna tamen adeoque vnius partis aditio sufficit ad totam hereditatem acquirendam. At restitutio hereditatis facti est non iuris, idcóque nullum effectum habere potest nisi quatenus facta est.Et quod ait Cuiacius omnia quæ heres perdit, sequi fideicommissarium ipso iure,non pertinet ad illa quæ post restitutionem accedunt,& pro quibus in fideicommissarium transferendis restitutione aliqua opus est.Et consequenter fieri nequit vt qui partem duntaxat hereditatis restituit,totam hereditatem restituisse intelligatur. Nisi hactenus vt si fideicommissarius ante adcrescētis portionis restitutionem decederet sine herede,ea quoque portio pro restituta haberetur,quemadmodum haberetur tota hereditas si nihil adhuc ex ea restitutū esset *l.apud Iulianum* 11.*§.vlt.l.postulante* 44.*in princip.eod.tit.ad SC.Trebell.*Dixi *si fideicommissarius ante restitutionem decederet sine herede*, quia si heredem haberet aut aliquem successorem qui heredis loco esset puta bonorum possessorem,non posset successor ille recusare quominus eam quoque portionem susciperet, quam defunctus ipse si viueret suscipere cogeretur,*d.l.postulante*. Loquor autem de fideicōmissario non de herede,quia etiamsi heres moreretur ante restitutionem,si quidē aliquo successore relicto,posset & deberet successor ille hereditatem restituere perindéque transferret actiones quamuis verba senatusconsulti Trebelliani non nisi personam ipsam heredis demonstrent *l.quamuis* 40. *§.*1.*eod.tit.*Si verò absque successore,adhuc tamē actiones ipso iure in fideicommissarium trāslatæ intelligerentur,saltem ex Iustiniani constitutione in *l.penult.C.eod.* Papinianus verò & Vlpianus ideo tractant de portione quæ adcreuerit scripto heredi post factam restitutionem, quoniā in ea quæ ante restitutionē aditionéq; adcreuisset dubitandi ratio nulla occurreret,quia priore & aditione & restitutione contineretur,tanquam quæ cum altera portione quam vtique & adire & restituere heres cogeretur,iam esset iuncta, eodémque prorsus iure censenda. Cùm autem illo etiam casu quo heres ex parte scriptus coactus adijt,non dubitet Papinianus quin deficiens portio ipsi adcrescat post factam quoque restitutionem,intelligimus de eo dubitari multo minus posse si heres adierit sponte, quia nemo dixerit minùs iuris heredem habere ad acquirendam hereditatem cùm sponte adijt quàm cùm coactus,qui & plus habet in eo quod illa etiam retinet quæ heredi coactè adeunti eripiuntur.Cur ergo portio hereditatis quæ ipsi siue sponte siue coactè adeunti adcrescit,ei eripietur cùm sponte adijt?quandoquidem habet illam suo iure,nec de ea restituenda rogatus fuit.

ERROR

Error Qvintvs.

De iure adcrescendi in hereditate vendita an transeat in emptorem.

IN hac etiam quæstione habebimus virum clarissimum Iacobum Cuiacium sententiæ nostræ contra pragmaticos & vulgares interpretes strenuum assertorem, sed ita tamen vt simus ostensuri egere quoque ipsum assertore. Consentiens ferè vox est omnium interpretum. Ius adcrescendi transire in emptorem hereditatis, Puta si quis ex semisse institutus accepto coherede adhúcque deliberante illo adierit partem suam deinde vendiderit, mox coheredis portio defecerit & quod consequens est portioni iam aditæ adcreuerit, non ipsius venditoris commodo ius hoc cedere sed emptoris: vt concludit Bart. ad *l. re coniuncti. num.* 26. *de legat.* 3. nullam hac in re differentiam ponendam existimans inter hereditatem & legatum, nec inter successorem vniuersalem & singularem. Idque tam ex Vlpiani responso in *l. si totam* 83. *D. de acquir. hered.* vbi scriptum est si totam eam partem ex qua quis heres institutus est tacitè rogatus sit restituere, nihil ei debere adcrescere, quia rem non videtur habere, quàm ex ratione illa, quod portio adcrescat portioni non personæ *l. si Titio fructus* 33. §. 1. *D. de vsuf.* *l. hac scriptura* 26. §. 1. *D. de condic. & demonstr.* præterquam cùm agitur de vsufructu *l. interdum.* 10. *D. de vsufr. adcresc.* Cuiacius verò lib. 12. Obseruat. cap. 13. contra putat, remanere ius adcrescendi penes venditorem siue hereditatis siue rei legatæ. Primùm quia si ius adcrescendi non plus tribuit quàm dari voluerit testator, ne faciat contra voluntatem quod ex voluntate ducitur, vtique non alij, inquit, hereditatem vel legatum tribuere potest quàm cui dari testator voluit, vel ei qui propius ad eius personam accedit, id est successori directo vniuersi iuris. Secundò quia vendita hereditate aut legato id plerunque agitur, vt veneat quod ad venditorem peruenit iam tempore venditionis *l.* 2. §. 1. *D. de hered. vel action. vendit.* Non igitur quod postea adcreuit, non etiam quod accessit ex substitutione vulgari aut pupillari. Nam & fideicommissariũ hæc non sequuntur si sponte adierit heres, quamuis fideicommissario restituta sit hereditas ex senatusconsulto Trebelliano, id est quamuis sit ille successor iuris, quæ tertia viri doctissimi ratio est, vt non plus iuris habeat qui singularis tantum est successor, quàm qui vniuersalis. Certum enim est emptorem hereditatis quamuis emerit vniuersitatem bonorum, singularem nihilominus successorem esse non vniuersalem. Nos Cuiacij quidem sententiam in hereditatis venditore probamus, Sed rationes quibus mouetur probare non possumus, vt neque illud quod hereditatis eandem rationem constituit, & legati. Nam quod primum ait de testatoris voluntate prorsus leue est. Nec enim quisquam est tam stupidus ex iis qui dant emptori ius adcrescendi, vt putet fieri hoc ex voluntate testatoris, quem certum est de futuro hereditatis suæ emptore non cogitasse, sed omnes emptoris ius æstimant ex potestate venditionis, quasi venditor cum re ipsa vendita ius quoque adcrescendi quandocunque sibi competiturum vendidisse existimetur. Itaque vt pro emptore respondeant satis habent quod ex voluntate testatoris potuerit & debuerit venditor habere ius adcrescendi: cùm illud ipsum ius putent translatum esse in emptorem per

venditionem. At neque de testatotis volũtate quærendum aut curandum est cùm agitur de iure adcrescendi in hæreditate, sed tãtùm in legatis, quoniam in hereditatibus lex inducit ius adcrescendi inuito etiam testatore, nec voluntatẽ defuncti spectat nisi cũ tractatur de iure prælationis vt in *l. item quod Sabinus* 17. §. 1. *l. si ita quis* 66. *D. de hered. instit.* In legatis autẽ etsi verum est & à nobis in præcedentibus dictum sæpius, quod vult Cuiacius adcrescendi ius nũquam plus tribuere quàm testator voluerit, ea tamẽ res non facit quin emptor legati debeat habere ius adcrescendi ex persona, non quidem propria sed venditoris sui, qui ius illud hodie haberet ex voluntate sui testatoris, si portionem suam cui deficiens adcrescit, non vendidisset. Quod verò secundo loco obiicit, venditorẽ siue legati siue hereditatis id tantùm vendere intelligi quod iã ipso venditionis tempore ad eũ peruenit ex *d. l. 2. §. 1. de hered. vendit.* vereor ne non satis bona fide obiiciatur. Est enim ea propositio apud Vlpianum supradicto loco sic concepta vt quod ex hereditate peruenit in id tempus quo venditio fit, id venisse videatur. Nempe vt intelligamus non esse audiendum venditorem si ex postfacto dicat non aliud se vendidisse quàm quod in hereditate fuit vel mortis tempore vel aditionis, si modo ex hereditate aut per occasionem hereditatis aliquid amplius consecutus sit ab adita hereditate quamuis hereditas per aditionẽ desierit esse hereditas, factáque sit propriũ ipsius heredis patrimoniũ. Cùm itaque propositio ista secundum Vlpiani sensum ita fuerit cõcepta vt vẽditoris hereditatis, quàm durissima condicio statueretur, ea sanè abutitur, quisquis vtitur in fauorem venditoris. Præsertim cùm ius adcrescendi licet nasci videatur post diem venditionis si exinde coheredis portio deficiat, quæ non fuit vendita, causam tamen habeat venditione antiquiorem, scilicet acquisitionem portionis venditæ quã aditam & acquisitam fuisse necesse est priusquàm vẽdi potuerit. Hoc ipso enim quod quis partem hereditatis adit quãuis alia portio nondum defecerit nec proinde ipsi delata fuerit, vtrãque tamẽ in eũ casum quo etiã alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur ita vt postea non sit ei opus aditione noua quomodo superiore capite disputabamus ex *l. si quis heres* 35. *l. si duo* 38. *l. si solus* 80. §. *vlt. D. de acquir hered.* Cur non igitur vtrãque portionem vẽdidisse credẽdus est, vel ex ea ipsa propositione quæ habet videri eũ vendidisse id omne ius quod habuit tẽpore venditionis? Nam & inde est quod quãuis hereditas non adita non transmittatur ad heredis successorem *l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. tollend.* trãsmittitur tamen ea portio quæ adcrescit portioni aditæ licet adcrescat post mortem heredis *l. si ex pluribus* 9. *D. de suis & legit.* quasi iam quæsita ex eo tempore quo per alterius partis aditionem ius heredi quæsitum fuit vt quandocunque ista deficeret, etiam inuito ipsi eam adcrescere necesse esset. Planè si neque acquisitio neque acquisitionis causa esset antiquior venditione, nõ posset dubitari quin nullum esset ius emptoris in ca re quæ post venditionem accessisset venditori, aut si tale id esset quod hereditatis venditæ appellatione contineri non posset. Prioris exceptionis exemplũ est in vulgari substitutione, quæ cùm semper condicionalis sit, nullũ ius tribuit substituto quãuis idẽ sit coheres nisi ex tẽpore cõdicionis existentis, ob idque nec interim transmittitur ad heredẽ *d. l. si ex pluribus.* Posterioris verò in pupillari substitutione si fortè is qui à patre ex semisse fuerat institutus idémque impuberi substitutus partem quam ex paterna hereditate habuit, vẽdiderit. Nec enim idcirco pupillarem quoque hereditatẽ vẽdidisse videri potest, nec si iam

tum

tum fuerat ei delata, quoniam alia hereditas est quæ nec paternæ quæ sola fuit vendita appellatione contineri nunquã potest. *d. l. 2. §. illud De hered. vel. act. vendit.* Sed iuris adcrescendi cuius eandem quam vulgaris & pupillaris substitutionis causam Cuiacius constituit, longè alia ratio est, quoniam portio deficiẽs & adcrescens, non solùm ex ea ipsa hereditate est quæ fuit vendita, sed etiam adcrescit ex iure iam quæsito ante venditionem, si causám iuris inspicias magis quàm effectum. Postremo quod argumentatur Cuiacius à fideicommissario ad emptorem facilè dilui potest. Etsi enim ex vna parte videtur meliorem esse debere condicionem fideicommissarij quàm emptoris proptereà quod vniuersalis ille successor sit, hic verò singularis, Tamen ex alia parte facit pro emptore, quod habet ius & causam ab herede eodémque venditore non à testatore: fideicommissarius autem nõ nisi à testatore licet per manus heredis. Hinc namque fit, vt plus iuris videatur dãdum emptori qui in omne ius vẽditoris sui successerit ex ipsius venditoris voluntate, quàm fideicommissario, in quem nec transferre quicquam voluerit heres, nec transferri testator, nisi quod esset in fideicommisso. Porrò in fideicommisso quod fuit vnius duntaxat partis alia pars quæ adcreuit non continetur. Facilius ergo est vt in emptorem transeat ius adcrescendi quam in fideicommissarium, Maximè cùm videatur posse imputari venditori cur non dixerit legem apertius, sibíque nominatim ius illud adcrescendi non exceperit ex *reg. l. veteribus* 39. *D. de pact. l. Labeo scripsit* 21. *D. de contr. empt.* faciátque pro emptore alia regula iuris quæ vult plerunque eandem causam esse emptoris quæ esset venditoris *l. inuitus* 156. *§ plerumque De regul. iur.* quod in hereditatis emptore potissimum obtinet quem heredis vicem obtinere scribit Vlpianus in *l. 2. § penult. de hered. vel act. vendit.* Aliis ergo rationibus opus est vt probemus adcrescendi ius in emptorem portionis hereditariæ non transire. Et aliam quidem addit Cuiacius sed obiter & quasi aliud agendo quæ tamen omnium optima videtur, quod is qui partem siue hereditatis siue legati vendidit, adhuc partem ipsam habere videatur, cuius scilicet pretiũ habet quod sit loco rei ex *l. 4. §. vl ff. si quis omiss. causs. testam. l. quia qui precio* 39. *ff. de vsufr.* Sed tamẽ hæc quoque ratio mãca est. Quid enim si pars illa siue hereditatis siue legati nõ fuerit vẽdita sed donata? Nihil habebit donator propter quod videri debeat adhuc ipsam rem habere *l. quod si donauero* 40. *eod.* Et tamen non eo minus verum est meo iudicio habere illum ius adcrescendi si post donationem alia portio deficiat & adcrescat. Ratio vera qua moueri vir doctissimus debuit illa ipsa est quã supra vsurpauimus cum egimus de herede rogato partem hereditatis restituere quod heres ex parte scriptus qui partem illam siue vendidit siue donauit aut quoquo alio titulo alienauit etiam post alienationẽ heres manet cùm semel heres fuerit, nec heredis ius & nomen alienare aut voluerit aut potuerit *l. ei qui soluẽdo* 88. *ff. de hered. instit. l. ex facto* 43. *§. vlt. de vulg. & pupill substit.* Non enim potest quis hereditatem vendere nisi quam adierit, quæ autem semel adita est desinit exinde esse hereditas fitque patrimonium heredis vt superiore capite disputauimus ex *l. 1. & tot. tit. De separat. l. precia rerum* 63. *ff. ad leg. falcid.* Proinde non potest videri nihil habere cui possit deficiens portio adcrescere quia ius & nomen heredis quod retinet ob acquisitam semel hereditariam portionem, portionis ipsius loco semper est, Præsertim quod nequeat alienatio illa facere, vt hereditariæ actiones & actiuæ & passiuæ non remaneant

penes heredem qui solus & debitores hereditarios directis actionibus conuenire,& à creditoribus hereditarijs conueniri potest *l.2.C.de hered.vel act. vendit.* Ex eo namque apparet non tantùm nudo nomine heredem illum esse sed etiã vi & effectu,cùm & hereditatis & heredis nomina iuráque propter actiones hereditarias tam actiuas quàm passiuas præcipuè sint cõparata. *l.1.C.si cert. pet.l.vlt.C.de heredit.action.* In eóque sanè emptorem aut donatarium hereditatis minùs iuris quàm fideicõmissariũ habere fatẽdũ est cùm sint illi singulares successores, hîc verò vniuersalis qui etiã iuris successor est,vtilibúsque actionibus & cõuenire & cõueniri potest *l.1.§.1.l.ita tamẽ 27.§ qui ex Trebel.D.ad SC. Trebell.* Quanquam non ignoro etiam emptori hereditatis vtiles actiones hodie accommodari post rescriptum Diui Pij de quo in *l.si cum emptore 16.D.de pact.l. emptor.5.C.de hered. vel act.vendit.* Sed tamen hæc semper manet differentia inter fideicõmissariũ & emptorem,quòd emptor hereditatis ne quidẽ vtilibus actionibus cõueniri potest,fideicõmissarius verò potest *d.l.1.iunct.d.§. qui ex Trebelliano.* Si ergo portionis hereditariæ restitutio facta ex causa fideicõmissi nõ adimit heredi ius adcrescẽdi, quãto minus adimet eiusdẽ portionis facta vel venditio vel donatio? Nã quod supra diximus responderi posse,plus iuris videri habere emptorẽ debere aut etiã donatariũ quàm fideicommissariũ quod is in heredis ius & locum successerit ex ipsius heredis volũtate,tũc obtineret cùm heres omne ius suum in emptorem aut donatarium trãstulisse proponeretur verbis & clausulis generalibus neque restrictis ad partẽ hereditatis, quo casu nõ dubitarem quin etiam ius adcrescendi quod iã natum & acquisitũ esset quãuis nõdũ defecta portione,in singularem successorẽ cũ iuribus cæteris omnibus translatũ intelligeretur. At nos tractamus eum casum quo pars tãtùm hereditatis vendita fuerit aut donata,vt proinde nõ possit emptor aut donatarius colore vllo dicere quicquam iuris in se trãslatũ fuisse pro ea parte quæ postea defecit & adcreuit. Emptor enim aut donatarius succedit quidem in ius omne & in locum sui autoris,sed in ea tantùm re quæ vendita vel donata fuit, non vltrà. Quid igitur si heres hic ex parte institutus nõ partem hereditatis vẽdere se dixerit,sed hereditatem antè tamẽ quàm coheredis portio adcresceret? Voluntatis erit quæstio Vtrum de parte duntaxat hereditatis contrahentes senserint an de omni iure hereditario, & ex comparatione pretij cum iusta totius herereditatis æstimatione aliisque facti circumstantiis æstimare prudens iudex debebit quid verisimiliter actum sit: præsertim cùm nec verborum proprietas repugnet quominùs portio hereditaria hereditatis appellatione contineatur *d.l.si Titius 96.de legat.3.* In dubio tamen quia faciẽda est interpretatio cõtra venditorem aut donatorem in cuius arbitrio & potestate fuit legem apertius conscribere vt supra diximus, probabilius videtur de omni iure hereditario cogitatum fuisse. Sed ea res non faciet quin portio deficiens adcrescat ipso iure heredi,non emptori aut donatario(quid enim commune habet ius coheredis repudiãtis cum iure emptoris aut donatarij vt inter eos possit vel debeat esse aliquod ius adcrescendi , quod neque inter eos est qui ad eandem rem ex diuersis testamentis vocantur *l.si sub condicione 16. D. quib.mod.vsusfr amit.*) at faciet tantùm vt heres adcrescentem illam portionem emptori vel donatori præstare cogendus sit actione personali competente ex venditione vel ex donatione. Quemadmodum & cùm heres ex parte institutus, eámque partem restituere rogatus suspectam dicit & compulsus adit ac restituit,deficiens subinde portio licet eidem fideicommissario restituenda sit vt

ei qui

ei qui coactus adijt omne lucrum & commodum extorqueatur non eo minùs tamen heredi ipsi adcrescit vt superiore capite ostendimus ex *l. Papinianus 43. D. ad SC. Trebell.* Aliud enim est de iure adcrescendi quærere quod sanè cùm de hereditate agitur, non potest locum habere nisi inter coheredes, aliud verò de iure venditionis aut donationis de quo non inter coheredes tractandum est sed inter emptorem & venditorem, inter donatarium, & donatorem. At huic nostræ sententiæ valde obstare videtur quod Bart. & alij obijciunt ex *d. l. si totam* 83. *De acquir. hered.* Si totam eam partem ex qua quis heres institutus est tacitè rogatus sit restituere, nisi ei debere adcrescere quia rem non videtur habere. Nam si verum est heredem ob hoc solum quod heres manet videri habere & retinere partem ex qua semel heres fuit, constat hunc etiam cui tanquam indigno ablata hereditas fuit, nihilominus heredem remanere *l. ex facto 43. § vlt. De vulg. & pupill. subst.* vbi ex hoc Paulus infert, Si idem ille impuberi testatoris filio fuerit substitutus etiam per illa verba *quisquis mihi heres erit* perinde tamen posse illum ex secundis tabulis heredem esse acsi hereditas ei ablata nō esset. Quomodo igitur fieri potest vt partē nō habere videatur? Cuiacius non diluit hanc dubitationem quamuis viderit, & pene dissimulat fingitque se non videre. Ait enim hunc cui velut indigno erepta est hereditas, quod tacitè cauerit se incapaci restiturum hereditatem planè rem amittere ex *l. 5. D. de his quæ vt indign. auffer.* Ergo & ius adcrescendi. Nā & falcidiā ex senatusconsulto Planciano amittit l. beneficio 59. §. 1. D. ad leg. falcid. & eadem ducum vt Vlpianus scribit in *Tit. de Fideic.* omne denique emolumētū vt Paulus loquitur in *l. cùm quidam 17. §. in tacit. D. de vsur.* Non tamen, inquit, substitutionem vulgarē vel pupillarē nec si facta fuerit sub ea condicione si patri heres erit *d. l. ex facto §. vlt. De vulg. subst.* Sed hoc ipsum cur ita Cuiaci? Hic expectabā vt rationē redderes cur facilius isti indigno auferas ius adcrescēdi quàm substitutionem pupillarem. At ille rationem reddit Cur hac in re deterior sit condicio eius, qui compulsus adiit, quem constat amittere substitutionem pupillarem si fuerit substitutus iis verbis *quisquis mihi heres erit, l. ita tamen 27. §. qui susceptam D. ad SC. Trebell.* Rationem verò hanc adfert istius diuersitatis, quòd etiāsi vterque patri heres sit sine re, tamē maiore odio dignus & quodāmodo indignior honore delato est is, qui quantum in se fuit euertit & destituit primas secundásque tabulas quam qui fidem tacitam dando fideicōmisso inutili accommodauit in fraudem legum caducarum. Quæ tamen ratio totáque ipsa raciocinatio mala est. Primùm quia is qui compulsus adiit, neque ius adcrescendi amittit neque ius pupillaris substitutionis sed vtrumque retinet, succeditque ipse & ex iure adcrescendi & ex pupillari substitutione, tametsi postea quicquid consecutus est, fideicommissario restituere teneatur *d. § qui suspectam & d. l. Papinianus.* Quod diuersum est in eo cui tanquam indigno ablata est tota pars hereditatis in qua tacitam fidem accommodauerat, quantum scilicet ad ius adcrescendi, quia non adcrescit ei portio vt postea fisco restituatur sed recta via ipsi fisco adcrescit tanquam rem habenti. Hæc enim Vlpiani sententia est in d. l. si totam. Itaque debuerat potius dicere Cuiacius deteriorem esse condicionem illius qui in fraudem legum caducarum tacitam fidem accommodauit, quam eius qui adit compulsus, saltem quod pertinet ad ius adcrescendi, & deinde rationem huius rei quærere, quam vix certè reperisset, qui è contrario putauit rationem se reperisse cur deterioris condicionis esse debeat is qui compulsus adijt cùm sit

melioris. Fateor equidem eum qui compulsus adijt deterioris esse condicionis in eo, quod pupillarem substitutionem quam sibi acquisiit, sibi tamen non retinet sed fideicommissario restituit, cùm is qui tacitam fidem accommodauit sibi retineat non tantùm ius sed etiam commodum pupillaris substitutionis. Sed cùm de iure adcrescendi ex professo tractaret Cuiacius, cur non potius ad id respexit quod obtinebat circa ius adcrescēdi, quàm ad id quod circa pupillarem substitutionem? Nimirum quia credidit heredem qui compulsus adijt amittere ius adcrescendi, quasi deficiens portio in hoc casu adcrescat fideicommissario non heredi, quia ius illud adcrescendi à iuris commodo non separauit. In quo apertè errauit, Nisi apertiùs errarunt Vlpianus & Papin. in *d.l. Papinianus* vbi volunt portionem hereditatis deficientem post restitutionē adcrescere quidem heredi scripto sed tamen ab eo postea restituendā esse fideicōmissario. Deinde si verū est vt est meliorem esse condicionem eius qui tacitam fidē accommodauit, quantum ad ius & commodum pupillaris substitutionis deteriorem verò quàm eius qui compulsus adijt quod ad ius ipsum adcrescendi, An non ratio aliqua diuersitatis omnimodo quærenda est & à Cuiacio quæri debuit non solùm inter hunc & illum sed etiam inter ius adcrescendi & pupillarem substitutionem? At neque verum est quod ille ait odiosiorem & honore sibi delato indigniorem esse illum qui quantum in se est destituit euertítque primas & secundas tabulas, quàm qui tacitam fidem accommodat in fraudem legum. Cùm enim is etiam qui ex testamento succedit magis succedat aut certè non minus ex beneficio legis quàm ex beneficio testatoris quia sine lege testari nemo posset, nec minùs lege obuenire dicatur hereditas quæ ex testamentō, quàm quæ ab intestato defertur *l. lege obuenire* 130. *De verb. signific.* an non maiore odio dignus est qui legibus iniuriam facere vult, quàm qui testatori? Dicamus ergo vt omnibus istis dubitationibus satisfaciamus, Aliam esse causam eius, qui adit compulsus, aliam illius qui fidem tacitam accommodauit vt non capienti partem hereditatis restitueret, Rursum aliam causam esse iuris adcrescendi aliam pupillaris substitutionis sed hoc in persona eius qui tacitum fideicommissum suscepit non etiam in persona illius qui adijt compulsus. Vtrique quidem commune illud est quod & adeundo heredes fiunt, & semper heredes manent, sed non ob id vtrumq; ius æquè retinent & adcrescendi & pupillaris substitutionis. Qui adijt coactus vtrúque ius retinet, sed neutrius iuris effectum si solus heres scriptus proponatur: Non tam quod aliquo odio dignus sit vt vult Cuiacius, quàm quia cùm heres esse noluerit nec nisi inuitus heres factus sit habendus est pro non herede in ijs omnibus quæ ad ipsius cōmodū vel incommodū spectant si sint illa eiusmodi quæ ipse habiturus non fuerat si adire coactus non fuisset. Hoc enim addendum est, quoniam si haberet iste coheredem qui pro parte sua adijsset atque ita non tantùm paternas, sed etiam in consequentiam pupillares quoque tabulas confirmasset, nō aufferretur ei cōmodū pupillaris substitutionis *d. §. qui suspectā & à patre vers. quòd si duo d. l. ita tamē. § apud Iulianum* 11. *§. idem Iulianus eod. tit. ad SC. Trebell.* Ex quo manifestius intelligitur vt hoc etiam addamus non esse bonam rationem Cuiacij sumptā ex odio heredis coactè adeuntis. Nam & is qui habet coheredem adhuc deliberantem si interim ipse portionem sibi delatam repudiet nonne id agit quantum in se est vt & primas & secundas tabulas euertat perinde acsi non haberet coheredem? Nam quod adeunte postea coherede vtræque confirmantur non fit beneficio aut cōsilio istius qui repudiauit, sed alterius qui æquè
poterat

poterat repudiare si vel tam timidus fuisset, vel tam parum studiosus tuendæ existimationis defuncti. Æquè igitur pupillaris substitutionis commodum amittere hic deberet acsi solus heres scriptus esset si nihil nisi odium quo dignus est inspiceremus. Neque tamen hæc distinctio similiter cadere potest in quæstionem, De iure adcrescendi, quia tametsi heres qui compulsus adijt habeat coheredem, siue vnicus ille est, nullus de iure adcrescendi quæstioni locus superesse potest, cùm adeunte quidem coherede portio ipsius deficere amplius non possit, eo autem repudiante non possit hic qui compulsus adiit dicere habiturum se fuisse ius adcrescendi, quamuis omisisset hereditatem, si quidem destitutum fuisset eo casu testamentum, siue plures sint coheredes, quorum vnus adeat, alius repudiet, semper verum est hunc qui coactus adiit nullã fuisse habiturum partem cui alia deficiens potuisset adcrescere, si non coactus fuisset adire: & idcirco nulla ei fit iniuria si deficientẽ portionẽ quæ ipsi adcreuit cogatur fideicommissario restituere, quia nec adcreuit nisi inuito. Cur enim non auferatur etiam inuito quod inuito acquisitum fuit? At is qui in fraudem legum tacitam fidem accommodauit, pupillaris quidem substitutionis & ius & effectum retinet, sed adcrescendi ne ius quidem: quoniã cùm ius adcrescẽdi totum sit ex lege inter coheredes, adeò vt neque testatoris neque coheredis cui deficiens portio adcrescit voluntas exigatur, non potest sanè lex pro herede hunc habere qui legibus maximè fraudem facere voluit maximè verò in eo ipso in quo fraudem fecit. Atqui in eo ipso haberet illum pro herede si ius adcrescendi saluum ei relinqueret, quia ius adcrescendi supponit in necessarium antecedens illum habere partem aliquam hereditatis cui hæc quæ postea deficit possit adcrescere, Aliam porrò nullam habere aut habuisse dici potest præter hanc ipsam quam propter fraudem amisit. Ergo quamuis in adcrescente portione nullam fraudem fecerit, alterutrum tamen euenire necesse est vt vel nullam partem habere existimetur atque ita ab adcrescendi iure excludatur, vel vt in ea ipsa parte in qua fraudem legibus fecit pro herede à lege habeatur. Hoc verò posterius absurdum vtique foret, secumque pugnarent leges si circa eandem rem ei fauerent quem punirent. Prius igitur dicendum est, Ob idque nimirum Vlpianus in *d.l si totam* loquitur de illo qui totã portionem amisit, Vt intelligamus in eo qui partis suæ partem tantum quãuis maximã amisisset aliud eũ responsurũ fuisse, quia sufficeret vel minimã particulã suæ portionis eum habere vt pleno iure adcrescendi frueretur, siquidẽ non punitur per leges nisi quatenus cõtra leges fecit d.l.ex facto §.vlt.nihil fecit cõtra leges in ea portione quæ post pœnã adcrescit. Quemadmodũ igitur ex illa ipsa portione in qua fraudem fecit retinet tamen eam partem in qua fraudẽ nullã fecit, ita & multo magis totam eam portionem quæ adcrescit retinere debet impunè, vt delicti finibus pœna cõcludatur. Sed & illud obseruari volo apud Vlpianũ quod sic loquitur *apparet nihil ei debere adcrescere quia rẽ non videtur habere.* Non ait nihil ei posse adcrescere quia rẽ nõ habeat sed nihil adcrescere debere, obstante scilicet non tã ratione iuris communis quæ ius adcrescendi tribuit heredi cuilibet portionem suam vtiliter adeunti sibique acquirenti, quam potestate legum caducarum quæ nullo legum beneficio gaudere hunc patiuntur qui leges neglexerit. Rursus ait *non videri hunc rem habere* vt significet re vera quidem habere etiam postquã ei tãquam indigno ablata portio est à fisco non alia vtique ratione quam quia heres manet sed tamen non videri habere, quia licet re vera heres maneat in ijs tamen quæ ex mero legum auxilio &

beneficio proficiscũtur, cuiusmodi est ius adcrescendi, non potest haberi pro herede. Quomodo tamen habetur semper quantum ad pupillarem substitutionem, quoniam pendet illa non tam ex legibus quàm ex voluntate testatoris, & ex iure quod moribus populi Romani non lege aliqua certa fuit constitutũ *l.2.D.de vulgar.* nec tantùm ad substituti vtilitatem pertinet sed etiam ad fauorem pupilli cuius interest habere testamentarium heredem potiùs quàm legitimum *l.si pupillus 42.alias l.Julianus D.de acquir.hered.* & quem propter delictum substituti carere testamentario herede quem pater ei dederit absurdum ac iniquum esset. Idque adeò verum est vt quamuis hic pupillaris substitutus, qui patris heres aliquando fuit substitutus fuerit sub ea condicione si patri heres esset, & heres esse desierit, puta quòd in seruitutem sit redactus, nõ eo minùs tamen admittẽdus sit ex pupillari substitutione, vt Paulus tractat in *d.l.ex facto §.vlt.* quia sufficit quod aliquando heres fuerit ad confirmandum paternũ & pupillare testamentum, itémque ad implendam substitutionis pupillaris cõdicionem, quæ semel impleta deficere postea non potest, nec si is, qui semel heres fuit postea desinat heres esse. Atque ita totam quæstionem hanc satis alioqui perplexam vt ex supradictis apparet explicandam esse arbitramur. Videamus iam de iure adcrescendi in legatis an transeat in emptorem, quæ alia propositæ disputationis pars est, & in qua nec omnino conuenit nobis cum Cuiacio, multò minùs cum Bartolo.

ERROR SEXTVS.

De iure adcrescendi in legatis an transeat in emptorem.

CAPITE superiore diximus Bartoli nostrorúmque interpretum sententiam illam esse, vt adcrescendi ius transeat in emptorem legati, quia portio adcrescat portioni non personæ: Cuiacij verò contrà, non adcrescere, ob eas rationes quas suprà iam & retulimus, & refutauimus. Bartoli opinio aperte falsa est: Nam quæ ratio à nobis allata & probata est ne ius adcrescendi transire possit in emptorem hereditatis, eadem prorsus facit ne possit etiam transire in emptorem legati. Nempe quia sicuti heres qui hereditariam portionem suam vendidit, nõ ideò heres esse definit, ob ídque non solùm si vendiderit, quo casu habet precium, sed etsi eam donauerit, nihilominus partem habere intelligitur, cui alia deficiens portio possit adcrescere: Ita & legatarius qui rei sibi legatæ partem vendidit aut donauit, non eò minùs remanet legatarius, & quidem eius ipsius partis quam alienauit. Nemo enim dixerit desinere illum esse legatarium ob id tantùm quòd desinat habere rem legatam, nec rursus eum qui à legatario accipit rem legatam siue ex venditione siue ex donatione siue alio quocunque titulo fieri hoc modo legatarium. Facit enim legatarium vt & heredem sola voluntas testatoris eáque testamenti verbis idoneis declarata, non autem alienatio legati. Proinde ridicula est ratio illa qua in toto hoc tractatu passim abutitur Bartolus, & post eũ cæteri non meliores Bartolo, quod portio adcrescat portioni non personæ. Nec enim sic accipienda est vt quisquis rem habet, ius quoque adcrescendi habere debeat etiamsi sit extraneus, quomodo Bartolus

intelligit

intelligit ad *d.l. re coniuncti. num.* 45. si non cætera quoque concurrant quæ sunt necessaria ad inducendum ius adcrescendi, inter quæ præcipuum ac potissimum est vt adsit ius coniunctionis cùm agitur de legatis *l. re coniuncti. 89. de legat. 3. l. triplici. 142. de verb. signific. l. si sub condicione. 16. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* adeòque etiam de bonorum possessionibus. *leg. sed cùm patrono. 6. D. de bonor. possess.* sed negatiuè vt qui non habet portionem is etiamsi à testatore coniunctus fuerit non tamen habeat ius adcrescendi. Porrò legati portionem hoc sensu is tantùm habere dicitur qui legatarius est, & legatarius is esse qui habet legatum non qui habet rem legatam. Hic enim nostrorum interpretum & maximè pragmaticorum error est, quòd confundunt, *legatum* & *rem legatam*, nec obseruant, *legatum*, esse nomen iuris, quo significatur non res ipsa quæ legatur, sed titulus habilis per se ad transferendum sola iuris potestate dominium in legatarium, quemadmodum hereditas facit heredis res singulas *l. legatum. 80. de legat. 2.* Rem verò legatam nihil aliud esse quàm corpus quod legatum est, nec quatenus legatum, sed quatenus vel hoc vel illud corpus est. In summa legati appellatio habet sensum formalem, rei verò legatę, sensum materialem. Itaq; cùm dicimus quod verissimum est siue hereditatis, siue legati portionem deficientem ei adcrescere qui aliam partem hereditatis aut legati habeat, non illud significamus. Partem bonorum siue hereditariorum siue legatorum ei adcrescere debere qui aliam partem eorundem bonorum habeat, sed hoc potiùs. Portionem hereditatis aut legati deficientem ei adcrescere qui pro alia parte iam heres aut legatarius est siue bona quæ ad partem illam pertinent, & quæ iam partis illius iure consecutus est, adhuc habeat siue desierit habere. Illum námque heredem & legatarium appello non quem testator heredē aut legatarium scripsit, sed quid hereditatem adeūdo heres factus est, & legatum consequendo legatarius. Ex eo namq; tempore quo siue hereditatis siue legati partem suam consecutus est, quantumuis postea id omne quod consecutus fuerat alienet partem nihilominus semper habere ac retinere intelligitur, quam semel consecutus fuit. Cùm igitur certissimum sit emptorem rei legatæ non idcirco fieri legatarium vt neque emptor bonorum quæ fuerunt aliquando hereditaria fit heres, consequens est vt quãuis possideat partem corporum siue hereditariorum siue legatorum, non eo magis tamen videatur partem illam habere cui alia quæ deficit posit adcrescere, quia neque hereditatis neque legati partem vllam habet. Alioqui heres esset ex parte si partem hereditatis haberet, & legatarius pro parte si haberet partem legati. Et sanè quid absurdius dici potest quàm esse ius adcrescendi inter vnum ex heredibus & emptorem alterius portionis hereditariæ? Aut inter vnum ex legatariis & emptorem partis rei legatæ, Quid enim habent illi communeau: quænam inter eos coniunctio esse potest, quorum vnus admittitur ex testamento vnius. Alter ex contractu alterius? si ne quidem ex testamentis diuersis ius coniunctionis potest contingere vt scriptum est in *d.l. si sub cōdicione. 16. D. quib. mod. vsufr. amitt.* Neque verò vllus iuris locus est quo Bartoli sententiam tueri quis posit. Nam in *l. si Titio fructus. 33. §. 1. D. de vsufr.* nihil aliud scriptum est quod ad rem nostram pertineat, nisi quod proprietatis portio adcrescit portioni velut alluuio: quod nos equidem non negamus, sed aliter intelligendum esse dicimus quàm quomodo à nostris vulgo intelligatur, At in *l. hac scriptura. 26. §. 1. D. de cond. & de-*

quod idem est ius tui legati, siue denique quod magis mirum videatur partem virilem tui legati, quia hoc etiam vltimo casu licèt viridis portionis mētio facta sit, nouum tamen non est virilis patris appellatione totum contineri cùm nemo est qui concurrat partémque faciat *l. si duobus. 16. §. vlt. de legat. 1. l. virilis. 145. de verb. signific.* Verum autem est non concurrente Mæuio totum fundum Cornelianum tuum fuisse iam ipso tempore venditionis, cùm tibi perinde totus & in solidum atque ipsi Mæuio legatus esset. Quidni igitur mihi totus venditus esse intelligatur? Alioqui non possis dicere quid videri debeas mihi vendidisse, cùm ex postfacto appareat nunquam partem fundi fuisse in legato sed totum fundum, ideoque vel totum ad te pertinuisse vel nulla ex parte. Nam etsi velles partem fundi agnoscere partem repudiare atque ita legatum scindere, non posses *l. legatarius. 38. de leg. 1. l. 4. de legat. 2.* quia non debet induci diuisio voluntatis *Leum qui. 185. vltim. D. de his quæ vt indign. l. nam absurdum. 7. D. de bon. libert.* Cùm itaque vel ex hoc maximè appareat totum fundum & legato contineri & ad te pertinere, sequitur vt ad me quoque totus pertineat cui tu siue legatum tuum, siue ius legati, siue partem tuam virilem vendidisti. Non idem esset si mihi fundi Corneliani partem vendidisses quomodo loqui debueras, vt cautiùs negotiareris si id agebas vt eius fundi partem duntaxat mihi venderes. Nec enim quemadmodum virilis portio facilè potest in totum euadere nemine concurrente, ita & pars, cuius appellatione in dubio dimidia significatur potest continere totum si non sit adiecta mentio, *virilis*, vt diximus in *Error. 5. Decadis præcedentis.* Et in hoc manifestiùs apparet differentia illa quam supra diximus esse inter legatum & rem legatam: Legatum enim scindi non potest, licèt res, quæ legata est, diuidua esse proponatur. At res legata facilè scinditur si diuidua sit, nec quicquam vetat legatum acquiri totum legatario, rei verò legatæ partem ad eum qui à legatario ius habeat transire, aliam verò partem penès legatarium remanere. In eoque notalibilis differentia est, quam nec Cuiacius nec alius quisquam (vt arbitror) obseruauit inter hereditatem & legatum. Nam licèt ius hereditatis perinde ac legati indiuiduum sit *leg. Pomponius. 8. in fin. D. de rei vindicat. leg. 1. D. de acquir. hered,* res autem hereditariæ nisi natura indiuiduę sint commodam diuisionem recipiant, *leg. 1. & tot. tit. D. famil. ercisc.* qui tamen heres ex semisse tantùm institutus fuit accepto coherede Mæuio, si deliberante Mæuio partem suam hereditatis mihi vendiderit non nisi dimidiam mihi vendidisse dici potest, cùm ipsius pars & portio fuerit dimidia duntaxat. Quod enim alia pars quæ Mæuio data fuerat ei adcrescit inuito per repudiationem Mæuij, non ideo facit, vt venditionis tempore videatur habuisse totam hereditatem, quasi totam hereditatem testator ei dederit, siquidem ponimus non fuisse datum ei nisi semissem, ac proinde alium semissem, ei adcrescere non tam iure coniunctionis & ex verbis testamenti aut ex voluntate testatoris quàm ex mera ratione ac necessitate iuris. Consequenter nulla ratio est vt semis ille qui ipsi adcrescit, videatur venditus mihi qui emi partem tantùm hereditatis ei delatam. At si vendidisset mihi partem sibi legatam fundi Corneliani quem ei & Mæuio siue coniunctim siue disiunctim verbis totum testator reliquisset, totum fundum vendidisse dicendus esset, non dimidiam eius partem, quia verum esset nullam fundi partem legatam ei fuisse, sed totum fundum. Alioqui nec ipse

adcrescendi ius haberet Mæuio repudiante, si partem aliquã habere intelligeretur citra concursum. Hinc namq; differentia ista nascitur, quod inter heredes ius adcrescendi est, quamuis ab initio partes habeant à testatore factas quantumlibet disiunctas. Inter legatarios verò non aliter quam si per concursum partes fiant, vt toties inculcauimus. Sed quod diximus de legato quod venditori meo & Mæuio relictum fuerit coniunctim re & verbis sciendũ est ex iuris veteris ratione intelligi debere non ex Iustiniani constitutione in *d.l.vnic.§.vbi autem legatarij.C.de cad.toll.* Tribonianus enim cui nihil tã curæ fuit, quàm vt veterem iurisprudẽtiam totam peruerteret cõstituit eo loco, vt si pluribus eadem res coniunctim legata fuerit, vt proinde & re & verbis coniuncti sint partes ab initio habere intelligantur, quocunq; tandem modo legatũ sit etiamsi per vindicationem cùm olim ita nõ esset nisi relicto legato per donationem. Et tamẽ placuit eidem Triboniano esse inter eos ius adcrescendi vt olim, sed cõtra regulã iuris veteris quæ nõ patiebatur ius adcrescendi esse inter eos qui ab initio partes haberent sed inter eos tantum quibus solidum ab initio legatum fuisset, & qui facerent partes per concursum. Ex his verò duobus absurdis illud etiam tertium conflauit Tribonianus, vt quamuis inter istos re & verbis coniunctos ius adcrescendi saluum esse voluerit, acsi partes ab initio non haberẽt, quas nec certè habent, nollet tamẽ inuitis quicquam adcrescere, sed volentibus duntaxat. Itaque si testator ita scripserit. *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianũ.* Et Sempronius legatum repudiet potest hodie Titius partem fundi agnoscere & aliam partem ex Sempronij repudiatione sibi adcrescentem respuere, quod olim proculdubio non licuisset, quia cùm totus fundus singulis legatus intelligeretur, ideoque inter eos adcrescendi ius esset non magis potuisset Titius legatum scindere quàm si ei soli fundus legatus fuisset totus non adiecta Sempronij mentione. *l.legatarius.79.de legat.1.iunct.l.coniunctim.80.de leg.3. l.4.& 5. de legat.2.* Atque in hoc certè magnam plagam iuri veteri intulit Iustinianus, contra quem de hac ipsa re iam alia pleraque à nobis suprà disputata sunt in *Error.3.Decadis huius.* Fecit enim Iustinianus vt nulli hodie dici possint re & verbis coniuncti, cùm fieri nequeat vt re coniuncti sint qui ab initio partes habent. Nec eo minus tamen ex iure vetere retinuit vt perinde habeant ius adcrescendi acsi essent re & verbis coniuncti, sed ita vt deficiens portio non adcrescat inuitis quomodo adcrescebat olim quia neque tam adcrescere quàm non decrescere videbatur. Igitur cùm olim ius adcrescendi propriè esset inter heredes tantum, inter legatarios verò non esset nisi ius non decrescendi fecit Iustinianus vt hodiè sit etiam inter legatarios verè ac propriè ius adcrescendi, non tamen, quod magis mirum est inter verbis tantùm coniunctos [de his enim nihil noui Iustinianus constituit.] sed inter eos tantùm quos testator & re & verbis coniunxerit, licèt secundùm nouam Triboniani prudentiam pro iis habendi sint qui verbo tantùm sint coniuncti. Qui enim re & verbis coniuncti non sunt multò minùs re tantùm eos necesse omnino est vel verbis tantùm vel nullo modo coniunctos esse. Atqui nemo dixerit voluisse Iustinianum nullomodò coniunctos esse illos inter quos ius adcrescendi saluum esse voluerit. Relinquitur ergo vt habuerit istos pro coniunctis verbo tantùm, quamuis nusquam sustulerit rationem illam iuris veteris quæ inter verbis tantùm coniunctos ius adcrescendi esse non permittebat. Cùmque ista omnia manifestam implicent contradictionem

nem mirum non est Bartolum nostrum Triboniani errores pro certissima iuris ratione secutum ineptas quoque circa hunc articulum distinctiones tradidisse ad *d.l.re coniuncti num.51.*

ERROR SEPTIMVS.

De iure adcrescendi inter vocatos ex diuerso iure, ad l.sed cum patrono.6.de bonor.poss.

DICI solet inter eo qui vocati sunt ex diuerso iure non esse locum iuri adcrescendi, in eámque rem adferunt nostri responsum Pauli in *l.sed cum patrono.6.D.de bonor. possess.* vbi scribit ille, cùm patrono polliceatur prætor contra tabulas bonorum possessionem certæ partis, scripto autem heredi secundùm tabulas alterius partis, non esse inter eos ius adcrescendi. Ideoque non petente scripto secundùm tabulas alterius quoque partis nominatim prætorem polliceri patrono possessionem, cùm cæteri quibus adcrescendi ius est semel tantùm debeant agnoscere bonorum possessionem. Conclusio & traditio ista regulariter quidem vera est, sed non semper. Vera est in illis casibus in quibus ius adcrescendi nascitur ex coniunctione vt inter legatarios & fideicommissarios, quia non possunt videri coniuncti qui ex diuerso iure vocantur, vt neque illi qui ex diuersis testamentis *le.si sub conditione 16. D. quib.mod. vsusfr.amitt.* At cùm ius adcrescendi non ex coniunctione nascitur sed ex necessitate vt in hereditatibus & bonorum possessionibus parum refert an ex diuerso iure an ex eodem vocentur illi ex quibus alij velint succedere, alij nolint. Finge testamentum ruptum esse per querelam inofficiosi, sed pro parte tantùm, atque ita testatorem pro parte testatum pro parte intestatum decessisse. [hoc enim ex postfacto fieri posse constat, *leg. nam etsi.15.§.filius.leg.circa.24.D.de inoff.testam.*] eû verò qui ab intestato posset succedere si vellet nolle succedere. Nam & hoc fieri potest, siue ille ipse sit qui de inofficioso egerit [nemo enim agendo de inofficioso ideo succedit, sed tantùm parat sibi viam ad successionem si sit ex his personis quæ succedere possint] siue ignorante aut inuito etiam eo alius egerit qui succedere ipse non possit [quia cùm hæc sit publica accusatio nemo agentem repellit *leg.1.l.posthumus.6.§.si quis ex his eod.tit.*] Non est dubitandum quin hoc casu vocentur ex diuerso iure is, qui ad vnam partem hereditatis ex testamento vocatur, & alius qui ad aliam partem vocatur ab intestato. Et tamen quis neget alterutro repudiante portionem deficientem alteri adcrescere? Siquidem hoc etiam casu locum habet ratio illa iuris quæ ex necessitate inducit ius adcrescendi inter heredes quantumlibet disiunctos. Ne scilicet defuncti persona, quæ indiuidua est repræsentetur pro parte quod esset absurdum. Portio enim illa deficiens si non adcresceret, ad quem iret? Vtique vacaret atque ita ad fiscum deuolueretur, at non iure portionis hereditariæ, sed iure bonorum vacantium. Atqui bona siue vacantia sint siue non vacantia nunquam repræsentant personam defuncti, ut

eóq; differunt ab hereditate quia non, ficut hereditas, personæ vicē sustinēt, ob idq; nec dicuntur nisi deducto ære alieno *l.1.§.an bona.l.non possunt.11.D. de iur.fisc.l.mulier bona.72. D. de iur.dot.* Porrò nō possunt dici vacare bona nisi quę dominū nullum habēt nec habere possunt, immo nec ad fiscū ipsum pertinent tanquam vacantia si non sint soluendo *d.§.an bona.* Quidni ergo adcrescent ei qui aliam hereditatis partem habent, siue ex testamento siue ab intestato? Est autem hoc apertius, si ponas non eum qui ab intestato succedere potest pro qua parte testamentum ruptum fuit repudiare, sed eum qui poterat si voluisset succedere ex testamento pro qua parte testamentum rescissum non fuit. Cùm enim hoc casu pars vtraque hereditatis deuoluatur ad causam intestati, nec minùs pro qua parte destituitur testamentum per heredis scripti repudiationem quàm pro qua parte rescissum est per querelam quid (obsecro) impedire potest quominùs ab intestato succedat in tota hereditate is, qui in parte hereditatis potest succedere? Nam cùm is, qui ab intestato succedere posset si vellet, mauult repudiare, non similiter pars illa quæ delata ei fuerat ab intestato potest confluere in causam successionis testamentariæ, vt ei qui ex testamento succedit, iure testamenti tam facilè acquiratur: quoniam à causa testati ad causam intestati facilior est progressus, quàm sit regressus à causa intestati ad causam testati. Quamuis verum sit vtroque casu necessitatem facere, vt ei qui partem hereditatis siue ex testamento, siue ab intestato iam habet, aliam deficientem adcrescere oporteat vt diximus. Et tamen siue ponamus, eum solum qui ex testamento, siue eum qui ab intestato succedere potuit, portionem suam repudiare, illámque alij portionem suam agnoscenti adcrescere, semper verum erit ius adcrescendi esse inter eos quoque qui succedant ex diuerso iure: Quid enim magis diuersum quàm si vnus succedat ex testamento, alius ab intestato. Præsertim cùm velint interpretes in specie *dict. leg. sed cùm patrono*, succedi ex diuerso iure ob id quod vnus succedat per contra tabulas, alius per secundùm tabulas, qui tamen ambo succedunt ex testamento. Nam & bonorum possessio contra tabulas ex testamento est, perinde atque secundùm tabulas. *§. sunt autem Instit. de bonor.poss.* Quando autem de iis loquimur qui ex diuerso iure succedunt, succedentes eos intelligimus non qui omnes reuera succedant, sed qui tantùm habeant ius succedendi. Alioqui succedente vtroque alia ratio impedit ius adcrescendi quod ei locus nullus sit in portionibus agnitis nec si ex eodem iure succedatur *leg. vnic.§.his ita definitis. Cod. de caduc. tollend. leg.1.§.interdum.D.de vsufr.adcresc.* Verùm huic nostræ opinioni obstat valde quod nostri adferunt ex *d.l.sed cùm patrono*, vbi agitur de bonorum possessionibus quæ cùm sint similes hereditatibus, quia bonorum possessor heredis loco est apud prætorem *leg.1.2.& 3. eod.* proculdubio admittunt ius adcrescendi etiam nulla interueniente siue reali siue verbali coniunctione. Vt puta si testator ita scripserit, *Titius heres esto ex semisse, Sempronius ex alio semisse heres esto*, quo casu Titium & Sempronium verbis & re disiunctos esse certum est tanquam orationibus diuersis ad diuersas partes vocatos, neque tamen eo minus verum est inter eos adcrescendi ius esse, vt vno repudiante alij adcrescat portio deficiens, licèt ille non nisi pro parte sua petierit secundùm tabulas bonorum possessionem. Hoc enim est quod ait Paulus in *d.l. sed cùm patrono*, in illis verbis, *cùm cæteri quibus adcrescendi ius est semel debeant*

debeant agnoscere bonorum possessionem. Et tamen si vnus vocetur ad bonorum possessionem contra tabulas, alius ad secundùm tabulas, negat Paulus esse inter eos ius adcrescendi. Ergo id videtur sentire Paulus, quod sentiunt interpretes, non esse ius adcrescendi inter eos qui ex diuerso iure succedunt, quamuis adcrescendi ius illud sit ex necessitate vt in bonorum possessionibus, in quibus toties ius adcrescendi est quoties ex eodem iure succeditur siue secundùm tabulas siue contra tabulas succedatur. *l. si duobus. 12. in princip. D. de bonor. possess. contr. tabul. l. 1. §. si quis ex nepotibus. D. de coniung. cùm emancip. lib. eius.* Atque ita interpretes nostri omnes ratiocinantur. Sed parum subtiliter qui non animaduertunt Paulum non ea ratione moueri quòd in ea specie quam tractat, patronus & scriptus heres ex diuerso iure succedant, sed illa potiùs, quòd patronum vocat prætor ad bonorum possessionem contra tabulas liberti non simpliciter & indefinitè, sed cum adiectione ac limitatione certæ partis scilicet dimidiæ, sicut & eo casu quo patronus eam possessionem, dimidiæ partis bonorum petierit, non nisi alterius dimidiæ partis bonorum possessionem secundùm tabulas heredi scripto defert, vt apertè Paulus ait. Inde namque fit vt inter eos ius adcrescendi esse non possit, quia cùm ius omne bonorum possessionum sit ex edicto prætoris, non alia forma in iis seruari potest, quàm quæ verbis edicti præscripta fuit, quæ tamen non seruaretur si cui prætor non nisi partem certam & limitatam dedit, nos totum daremus, quoniam ita fieret vt essemus liberaliores prætore, prætoriámque iurisdictionem nobis adrogaremus id faciendo quod solus prætor facere potuisset, nec voluisset: quemadmodum nec prætor ipse adcrescendi inducit inter eos quibus testator certas partes nominatim dedit licèt ipsos verbis coniunxerit. *lege 3. §. sed etsi coniunctim. leg. filium. 5. §. penultim. D. de legat. præst.* Ne videlicet in re testatoris præbeat se liberaliorem testatore, quod absurdum esset. *leg. facta. 63. §. si sub conditione. D. ad SC. Trebellian.* Et hanc Pauli rationem esse ex eo intelligimus quòd si in proposita specie patronus repudiaret bonorum possessionem illam contra tabulas quam pro dimidia parte prætor ei defert, non esset dubitandum quin ea portio heredi scripto adcresceret qui pro alia parte bonorum possessionem secundùm tabulas accepisset. Alioqui debuerat prætor in hoc casu quo patronus repudiaret polliceri heredi scripto alterius dimidiæ partis nominatim bonorum possessionem, sicutè conuerso non petente scripto secundùm tabulas, alterius quoque partis nominatim possessionem patrono pollicetur, vt Paulus ait. Ratio autem diuersitatis illa est, quòd tametsi prætor non minùs heredi scripto quàm patrono dimidiæ partis bonorum possessionem ab initio vnicuique deferat, defert tamen cum hac differentia, quod patrono primùm defert & in omnem casum, id est siue scriptus heres petierit secundùm tabulas siue non petierit. Nisi quòd scripto herede petente secundùm tabulas defert patrono vnam duntaxat dimidiam & vnica delatione. Eo autem non petente defert ei vtramque dimidiam duplici delatione. At heredi scripto non defert bonorum possessionem secundùm tabulas dimidiæ partis in omnem casum, sed in illum duntaxat quo patronus iam partis suæ bonorum possessionem contra tabulas petierit. Quod non obscurè Paulus significat cùm ita scribit, *scripto autem heredi secundùm tabulas alterius partis.* Alteram enim partem dixit pro reliqua,

id est, quæ superest posteaquàm patronus suam accepit. Vt significaret. Si patronus suam agnoscere noluerit, nullius partis possessionem scripto heredi deferri, quippe cùm sufficit ius commune edicti vt vel bonorum possessionem in solidum accipere nunc posit, vel si iam portionem suam agnouit, aliam quæ deficit consequi iure adcrescendi. At non sufficeret his illud commune patrono suam partem agnoscente per bonorum possessionem contra tabulas, specialísque auxilio prætoris opus fuit vt eo casu scriptus heres alterius partis bonorum possessionem secundùm tabulas petere posset, quia per bonorum possessionem contra tabulas rumpitur testamentum iure prætorio & quidem totum. Ex testamento autem rupto præsertim iure prætorio nunquam potest prætor dare bonorum possessionem secundùm tabulas, maximè quæ sit cum re, ne secum pugnare videatur. Satísque ei est quod ex æquitate conseruat legata, sed ea tantùm quæ coniunctis & exceptis personis relicta sunt, quorum etiam summo iure nulla ratio haberi deberet *leg.1.& tot.tit.de legat.præst.* Quo legatorum exemplo sicut institutiones quoque tuetur propterea quòd hereditates non tantùm honesto titulo, sed etiam pleniore quàm legata honore tribuatur *d.l.filium. 5.§.sed etsi portio eod.* ita non alias quam quæ earundem personarum coniunctarum & exceptarum fauorem respiciant. Proinde scripto herede extraneo, de quo agitur in *dict.leg.sed cum patrono*, nulla petendæ bonorum possessionis secundùm tabulas ei ratio superesset, postquàm per contra tabulas ruptum esset testamentum quamuis non nisi dimidiam partem consequi patronus posset, si non fuisset prouisum edicto, delata heredi scripto alterius partis secundùm tabulas bonorum possessione. Quod si pergas quærere ne quis tibi scrupulus supersit. Cur non idem prætor obseruauerit circa casu bonorum possessionem contra tabulas patrono deferendam. Vt nimirum deferret ei bonorum possessionem dimidiæ partis ita demum si scriptus heres alterius partis peteret bonorum possessionem secundùm tabulas, eo verò non petente, deferret patrono soli vniuersum ius bonorum possessionis. Respondebo rationem illam fuisse, quia non poterat aliter prætor constituere quin faceret iniuriam vel patrono vel heredi scripto cùm tamen & vellet vtrique prospicere & deberet. Nam si patrono detulisset bonorum possessionem contra tabulas in solidum, restringendam postea ad dimidiam partem, eo casu quo scriptus heres concurreret alterutrum euenire necesse erat, vt vel non debuisset admitti patronus nisi declarata priùs per heredem scriptum voluntate an admitti ipse vellet, necne ad bonorum possessionem secundùm tabulas, quæ res faceret vt interim decedens patronus amitteret commodum suæ bonorum possessionis, etiam pro qua parte admittit eum prætor. Vel statim admittendus patronus fuisset, prius etiam quàm scriptus heres voluntatem suam declarasset, quo tamen admisso, petitáque semel, contra tabulas bonorum possessione ius scripti heredis extranei penitus intercidisset, vt neque partis dimidiæ bonorum possessionem secundùm tabulas petere potuisset, quia bonorum possessio contra tabulas nunquam est sine re & effectu. Adeò vt tum quoque cùm vnus ex liberis heres scriptus accepit bonorum possessionem secundũ tabulas, si alter filius præteritus postea petat cõtra tab. nõ aliter tueatur prætor filiũ qui admisit secundũ tabulas, quàm iure contra tabulas bonorũ possessionis *leg.2.§.si sub conditione.D.de bonor.poss.secund.tab.* quia

ex iis.

ex iis personis est quæ contra tabulas petere potuerunt, *l. is qui in potestate. 15. §. sed si nunc. in fin. D. de legat. præst.* sicut è diuerso nonnunquam, sed rarius bonorum possessio contra tabulas petita, cadit in secundum tabulas, vt in specie *l. nonnunquam. 14. eod.* Proinde petita per patronum contra tabulas bonorum possessione in solidum, scriptus heres quem ponimus vel omnino extraneum esse vel saltem non ex iis personis, quæ contra tabulas petere potuerunt nihil omnino posset habere, atq; ita afficeretur iniuria contra mentem prætoris qui scripto herede concurrente non nisi dimidiæ partis bonorum possessionem ad patronum cum effectu pertinere voluisset. At nō idem incommodum emergit cùm deliberante patrono scriptus heres quantumlibet extraneus admittit bonorum possessionem secundum tabulas insolidum, quoniam ea res non extinguit ius patroni quominus ille possit dimidiæ partis bonorum possessionem contra tabulas sibi à prætore delatam agnoscere, nimirum quia nihil prohibet bonorum possessionem secundū tabulas esse sine re, in quo differt à bonorum possessione contra tabulas. Nam & inde fit vt is quoque qui scriptus fuit sub condicione, possit etiam nondum impleta condicione bonorum possessionem secundum tabulas agnoscere. *d. l. 2. §. si sub condicione. D. de bonor. possess. secund. tabul. l. Paulus notat. 8. D. de prætor. stipulat. & apud Paul. lib. 5. sentent. tit. 9. §. 1.* quæ tamen bonorum possessio necesse est vt sit sine re si postea condicio deficere proponatur. At superioribus fortasse quis obiiciat, non esse absurdum quod nos pro absurdo posuimus vt non priùs admitti debeat patronus ad bonorum possessionem contra tabulas quàm heres scriptus voluntatem suam declarauerit. Quandoquidem certi iuris est bonorum possessionem contra tabulas quæ patrono datur nō aliter ei competere quàm si heres scriptus vel adierit hereditatem vel petierit bonorum possessionem secundum tabulas. *l. 3. §. vt patronus. D. de bon. libert.* in eoque differre à bonorū possessione contra tabulas quæ liberis præteritis datur, quā ideo dicere solemus dari contra lignum & contra testamentum, quia non requirit aditionem hereditatis. *l. illud. 4. l. quod vulgo. 19. D. de bonor. posse. contr. tab.* Quam ob causam illud quoque mirum videtur quod Paulus in *d. l. sed cùm patrono.* ponit scriptum heredem repudiasse bonorum possessionem secundum tabulas. Nam vt Bartolus post Accursium ratiocinatur. Aut heres ille scriptus nunquam adiuit, & eo casu nunquam patrono potest competere contra tabulas, quod tamen lex negat. Aut adiuit aliquando, & tunc repudiare postea nunquam potest, quod rursum non conuenit legi quæ ponit eum repudiasse. Tantique momenti visa est hæc obiectio, vt non aliter eam effugere potuerint Accursius, Bartolus, & cæteri, quàm diuinando & comminiscendo, aditam quidem fuisse ab instituto hereditatem, sed postea restitutum eum fuisse in integrum à prætore ad se abstinendum forte ex causa minoris ætatis vt in *l. necessariis. 57. & l. si minor. 61. D. de acquir. hered.* Aut scriptum heredem fuisse filium liberti eundemque suum heredem, quasi nuda sui heredis existentia operetur vt contra tabulas cōpetat. *l. etsi ex modica. 5. §. si filius. D. de bon. libert.* Aut denique vnum ex heredibus scriptis adiisse, qui postea se abstinuerit beneficio alterius se abstinentis vt in *l. cùm hereditate. 55. D. de acquirend. hered.* Quarum omnium interpretationum licet omnes probentur à Bartolo nihil habente melius quod dicat, nulla tamen est quæ probabilis videri possit

sit vt ex iis quæ sequenti capite dicemus, intelligetur. Respondendum igitur est vt vtramq; dubitationem diluamus necesse quidem esse vt heres scriptus adierit hereditatem vel petierit bonorum possessionem secundùm tabulas priùs quàm possit competere patrono bonorum possessio contra tabulas liberti, sed tamen eam rem non facere quominus petente patrono contra tabulas perinde necessarium sit heredi scripto auxilium bonorum possessionis secundùm tabulas pro dimidia parte bonorum retinenda, acti neque hereditatem is adiisset neque bonorum possessionem contra tabulas petiisset, quia cùm bonorum possessio contra tabulas rescindat totum testamentum, nec possit vnquam esse sine re, vt diximus, necessariò euenit vt in irritum deducat aditionem aut bonorum possessionis agnitionem præcedentem, cùm fieri nequeat vt siue hereditatis siue bonorum possessionis commodum retineatur ex eo testamento, quod ruptum fuit. Itaque post ruptum testamentum ex integro voluntatem suam declarare heres scriptus debet, non an heres esse velit qui nec si vellet esse tamen amplius posset, tantum abest vt egeat repudiatione ad omittendam hereditatem, sed an velit agnoscere dimidiæ partis bonorum possessionem secundùm tabulas, quàm ei nominatim prætor defert, vt si velit habeat beneficium prætoris, si nolit habeat patronus hanc quoque portionem, sed non iure petitæ iam pro alia parte bonorum possessionis contra tabulas, verùm ex nouo & speciali beneficio prætoris hanc etiam portionem separatim & nominatim deferentis. Itaque non sit suprà locuti sumus vt diximus absurdum fore si non aliter patronus admitteretur quàm declarata per heredem scriptum voluntate an heres esse vellet necne cùm sciremus nunquam admitti patronum ad contra tabulas nisi agnita iam hereditate siue per aditionem siue per petitionem bonorum possessionis, sed scripsimus, *an admitti ipse vellet necne ad bonorum possessionem secundùm tabulas* de illa bonorum possessione intelligentes quæ heredi scripto necessaria est ad retinendam partem bonorum petita iam pro alia parte per patronum contra tabulas bonorum possessione, non de illa quæ necessariò præcedit petitionem bonorum possessionis contra tabulas eo casu quo noluerit heres acquirere hereditatem iure ciuili hoc est per aditionem. Ex quo magis intelligimus quàm verum sit quod diximus, absurdum fore si non priùs admitteretur patronus quàm heres scriptus voluntatem suam declarauerit an admitti velit necne ad eam bonorum possessionem secundum tabulas, quia hæc res implicaret contradictionem, cum non priùs hæc bonorum possessio secundùm tabulas aut competere aut necessaria esse incipiat, quàm patronus fuerit admissus ad bonorum possessionem contra tabulas & resciderit testamentum. At rursus de illo dubitant nostri nec possunt se extricare quænam illa sit bonorum possessio quam prætor nominatim pro alia dimidia bonorum pollicetur patrono si heres scriptus nolit pro ea parte secundùm tabulas agnoscere. Non enim possunt sibi persuadere esse bonorum possessionem contra tabulas, cùm ea non competat ex edicto prætoris nisi ad certam partem. Neque secundùm tabulas cùm ea non competat nisi heredi scripto, patronus autem de quo agimus præteritus fuerit non institutus. Etsi non desunt, qui putent posse defendi, esse hanc bonorum possessionem secundùm tabulas, quasi patronus in locũ scripti heredis repudiantis factus fuerit, ob idq; succedere etiam debeat in ius

petendæ

petendę eiusdē bonorū possessionis, Quam sententiā rectè Bartolus reprehēdit quia succedit in ius repudiātis, non vt veniat iure illius, sed vt veniat iure suo. Iure autem suo non potest habere secundum tabulas qui scriptus non fuit. Accursius vult esse bonorum possessionem vnde legitimi *ex l. 2. §. vlt. & l. 3. D. vnd. legit.* Sed Bartolus etiam reprehendit, & benè, quia cùm bonorum possessio contra tabulas sit ex testamento, Vnde legitimi verò ab intestato, non possunt concurrere *leg. 1. §. ita autem. D. si tabul. testam. null. extab.* vbi Vlpianus scribit ita demum ab intestato posse competere, bonorum possessionem, si neque secundùm tabulas, neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit. Et quamuis idem Bartolus pro Accursio respondeat id ita intelligendum vt ab initio non possint istę possessiones concurrere, possint tamen ex postfacto, quòd absurdum non sit ex postfacto decedere quem pro parte testatum & pro parte intestatū ex *leg. nam etsi. 15. §. vlt. leg. circa. 24. D. de inoff. testam.* hoc ipsum tamen tunc obtinet cùm diuersæ personæ sunt, quarum vna ex testamento succedit alia ab intestato, non etiam cùm vna eadémque persona est quæ totum ius habeat siue hereditatis siue bonorum possessionis. Inauditum enim est, ac sine exemplo vt partim ex testamento habeat, partim ab intestato. Quare nec Bartolus ipse in hoc sibi satisfacit, sed concludit tandem hanc bonorum possessionem quæ patrono datur cùm scriptus heres non petit secundùm tabulas esse vnde legitimi in totum ab intestato, in eámque conuerti ius bonorum possessionis contra tabulas à patrono priùs petitæ. *Ex leg. si libertus præterito. 23. in princip. D. de bon. libert. & dict. leg. 2. §. si sub conditione.* D. *de bonor. poss. secund. tab.* Quo supposito illos etiam reprehendit qui patronum vocant per eam quidem bonorum possessionem quæ sit Vnde legitimi, sed per eam tamen quæ extraordinaria fit non quæ ordinaria. Qui enim habet ordinariam, inquit, non debet venire per extraordinariam. *ex leg. in prouinciali. 3. vers. quod si socius.* D. *de oper. noui nunciat.* Sed hæc quoque Bartoli sententia omnium ineptissima est. Nam licèt non ignorem quod iam supra dixi posse fieri vt bonorum possessio secundùm tabulas conuertatur in contra tabulas vt in *dict. l. 2. §. si sub conditione. de bonor. poss. secund. tabul.* itémque bonorum possessio contra tabulas in bonorum possessionem secundùm tabulas *dict. l. nonnunquam. 14. de legat. præst.* Nego tamen fieri vllo casu posse vt bonorum possessio contra tabulas possit vnquam conuerti in bonorum possessionem Vnde legitimi, quoniam cùm sit ex testamento, & semper cum re & effectu vt diximus quomodo fieri posset vt qui ex testamento iam successisset, amplius succederet ab intestato. Nam & hoc proprium ius est bonorum possessionis contra tabulas vt qui eam petit & succedendo rumpat testamentum, & rumpendo succedat, quemadmodum dici solet de postumo præterito postea nato *l. 5. D. de iniust. rupt.* Alioqui si succederet rupto iam testamento, non autem in ipso instanti & actu rumpendi, vtique succederet ab intestato quod falsum est. Neque Bartoli sententiam tuetur quod ille adfert *ex dict. leg. si libertus.* vbi Iulianus scribit patronum præteritum instituto extraneo, posse totorum bonorum liberti possessionem petere vt legitimum. Id enim fit quoniam in ea specie patronus non petierat bonorum possionem contra tabulas, sed antequàm peteret, vt lex ait, dederat se in adoptionem, deinde is qui scriptus fuerat,

omiserat hereditatem:atque ita erat penitus destituta causa testati, factusque locus successioni intestati, Vt proinde nihil obstaret quominus bonorum totorum possessionem Vnde legitimi accipere patronus posset. At nos eum casum tractamus quo scriptus heres extraneus bonorum dimidiæ partis possessionem secundùm tabulas omiserit posteaquàm patronus iam petierat suæ portionis contra tabulas bonorum possessionem, & consequenter in quo non possit videri destituta causa testati, quæ per agnitionem bonorum possessionis contra tabulas habuit effectum. Et ob id nimirum ponit Iulianus & extraneum fuisse institutum, & numquam à patrono petitam contra tabulas bonorum possessionem, quia siue liberti filius idémque suus heres institutus proponeretur, siue bonorum possessio contra tabulas petita per patronum, alterutrum interuenisse sufficeret vt causa testati sustineretur, intestati verò impediretur, & quidem in totum, Adeò distat vt totorum bonorum possessionem Vnde legitimi daturus fuerit Iulianus patrono si patronus partis suæ bonorum possessionem contra tabulas, antequàm se in adoptionem daret agnouisset. Itaque vel vnus ille Iuliani locus si bene accipiatur, hanc Bartoli sententiam, quam nos refellimus, manifestissimè conuincit. Ne dubitare quisquam possit quin vnica litura deleri debeant quæcumque Accursius, Bartolus aliique istis non meliores adnotarunt ad *d. leg. sed cùm patrono.* Sed peragamus, quæso, quod sequenti capite facturos nos recepimus.

ERROR OCTAVVS.

De iure adcrescendi in portione agnita si ea postmodum omissa sit vel per abstentionem, vel per in integrum restitutionem.

Frequens in Bartoli ac cæterorum interpretum ore verbum est, Existentiam sui heredis non tollere ius adcrescendi. Sic enim omnes ad *leg. ex contractu. 44. per illum textum. D. de re iudic. & expressim Bart. ad l. sed cùm patrono. 6. D. de bonor. possess.* de cuius sententia tam latè scripsimus capite præcedente. Itaque si portio aliqua hereditaria iure sui heredis acquisita sit vni ex filijs, eáque postmodum defecerit, non habet res apud nostros dubitationem, quin alij coheredi siue suo siue extraneo adcrescere debeat qui suam agnouit. Sed de hoc solo dubitant, vtrum volenti tantùm adcrescat, an etiam inuito. In qua dubitatione video vulgo probatam esse eiusdem Bartoli distinctionem ad *leg. re coniuncti. num. 53. de legat. 3.* vbi scribit ille in hunc modum, *Aut adiuit*, quis post portionem defectam, puta repudiatione coheredis, & portio adcrescit inuito *leg. si duo. 38. de acquir. hered.* Aut primo adiuit, & postea portio deficit. Et tunc, Aut portio defecta erat et definita expressa voluntate testatoris puta per substitutionem, & tunc adcrescit inuito vt *leg. si quis heres. 35. & leg. si tu ex parte. 76. eod. tit.* Aut non erat expresse destinata. Et tunc, aut deficit per restitutionem in integrum & adcrescit volenti tantùm *leg. si minor. 61. eodem.* aut alio modo deficit, & tunc habet locum *leg. cùm hereditate. 55. eod.*

eod. vbi Marcianus scribit cùm hereditate patris necessarius heres se abstinet, condicionem coheredi siue suo siue extraneo deferri vt aut totam agnoscat aut à tota recedat, & ita se abstinere posse propter alium, qui propter suam personam non poterat. Si tamen creditores, inquit Marcianus, dicant se contentos esse eius portione [quia non potest exonerari nisi deferatur cōdicio] alterius parte abstinere se creditores debent, vt eius actiones ei qui conuenitur, dentur. Et secundùm hanc distinctionem vult Bartolus intelligi debere, quod generaliter & indistinctè Iustinianus constituit in *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* in hereditatibus deficientem portionem adcrescere coheredibus inuitis. Omnino improbabiliter & falso si quid iudicij mei est. Nullam enim distinctionem aut exceptionem recipere potest, ea propositio quæ habet deficientem portionem hereditatis coheredi quantumuis inuito adcrescere, quia nec verum est quod pro vero præsupponit Bartolus deficere portionem quam quis omittit siue per abstentionem siue per in integrum restitutionem, Quandoquidem & abstentio & in integrum restitutio quælibet in necessarium antecedens supponit hereditatis acquisitionem, acquisita verò siue in totum siue pro parte hereditas numquam potest deficere, vt non agnita dici possit. Hoc enim est quod vulgo iactari solet, eum qui semel heres fuit heredē semper manere *l. ei qui soluendo. 88. D. de hered. instit.* Idq; tam in eo qui se abstinuit suo iure ex perpetuo edicto prætoris, quàm in eo qui in integrum restitutionem impetrauit apertè scriptum est in *l. necessarijs. 57. D. de acquir. hered. l. ait prætor. 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor. vict. l. 2. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam. l. cùm quasi. 30. §. sed etsi suus. D. de fideicom. libert.* Proinde cùm portio illa semel agnita & acquisita nec per abstentionem nec per restitutionem in integrum possit deficere, mirum non est inuito coheredi eam non adcrescere, cui si deficeret, vtique adcresceret ex necessitate. Neque contrarium est quod nihilominus adcrescit saltem volenti: Nam hoc quoque tam falsum est, quàm generaliter illud verum quod Iustinianus ait in *dict. l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* ius adcrescendi in portionib. agnitis locum non habere. Nec sanè vllus iuris locus est, qui dicat quod volunt interpretes, huiusmodi portionem semel acquisitam, sed postea beneficio vel abstentionis vel in integrum restitutionis omissam adcrescere portioni tanquam deficientem. At illud tantùm ait Scæuola in *d. l. ex contractu. 44. de re iudic.* quo potissimum loco nostri mouentur, abstinente filio qui paternæ se immiscuerat hereditati bona portionis quæ ad eū spectabāt peruenire ad substitutum vulgarem vel ad coheredem, quod longè diuersum est. Bona siquidem deficiunt cùm omittuntur, & ideo possunt ad substitutum vel ad coheredem peruenire: Ipsa autem portio hereditaria deficere non potest, cùm fuerit vt dixi semel acquisita, Quemadmodum pluribus à nobis tractatum est Decade. 31. *Error. 7. & 9.* vbi docuimus reliqua omnia quæ huc transcribenda essent de potestate existentiæ sui heredis. Nam nec sufficeret portionem deficere ope exceptionis, vt posset locus esse iuri adcrescendi, sed necesse est deficere ipso iure, quia non omnino deficit portio quæ non deficit nisi ope exceptionis, quod & vulgo interpretes fatentur post *gloss. & Bart. ad l. si duo patroni. 13. D. de iureiur. per illum text. iunct. l. cōmuni. 24. D. de bon. libert.* licet eo nomine reprehendantur & malè à Francisco Duareno *li. 2. de iur. adcresc. cap. 19. &* Andr. *Fachin. lib. 4. Controuers. iur. cap. 96.* Nunc

monuisse ac repetiisse sufficiet, eum qui se abstinuit siue iure suo, siue implorato auxilio in integrum restitutionis, manere quidem iure ciuili heredem, sed tamen à prætore, ex cuius edicto vtrumque beneficium & abstensionis & restitutionis est, pro herede non haberi, quod ad hoc tantùm vt creditoribus hereditarijs non teneatur, aut, vt dicā meliùs, quod ad hoc ne à creditoribus hereditarijs conueniri possit. Nam cùm prætor heredis ius & nomen, quod & ex lege duodecim tabularum, non magis adimere quàm dare queat *§. quos autem. Inst. de bonor. poss.* heres autem hoc ipso quod heres est & quatenus heres est creditoribus hereditarijs obligetur *l. vlt. C. de hered. action. l. 1. C. si cert. petat.* consequens est vt nec facere possit prętor quominus heres qui etiam post abstentionem & restitutionem in integrum heres manet, creditoribus hereditarijs etiam maneat obligatus. Sed quoniam actiones quæ ex obligationibus nascuntur licèt ipso iure competant, à prætore tamen impetrandæ olim fuerunt cuius erat vel dare vel denegare, ante constitutiones de quibus in *tit. C. de formul. & impetr. action. sublat.* poterat prætor facere & faciebat pro sua iurisdictione, vt is qui quomodolibet se abstinuisset neque conuenire posset debitores hereditarios neque à creditoribus hereditarijs conueniri, denegatis ei & in eum actionibus, quas vtique & ei & in eum dedisset quem in omnibus pro herede habuisset vt Caius explicat in *dict. l. necessa ijs.* Ita fit vt quia creditoribus neque mora neque iniuria fieri debet, necesse sit actiones quæ contra restitutum vel abstentum non dantur, dari in eum cuius lucro & commodo cedit abstentio vel restitutio, vt quemadmodum bona portionis quæ per abstentionem aut restitutionem omissa est, ad coheredem perueniūt, ita & ille onera subire debeat quæ subire cogeretur si portio ipsa hereditaria ei adcresceret cuius onera fuerunt: Sed hoc tamen cum distinctione. Aliter enim prætor agendum putat cum coherede illius qui se abstinuit suo iure, aliter cum coherede illius qui se abstinuit per in integrum restitutionem. In eo qui coheredem habet se abstinentem seruatur quod supra diximus ex Marciano in *d. l. cum hereditate,* id est condicio ei defertur siue suus heres ille sit siue extraneus, vt vel totum agnoscat vel à toto recedat, Nisi creditores dicant se contentos esse ipsius portione, quo casu alterius parte abstinere se creditores debent vt eius actiones ei dentur qui à creditoribus pro parte sua conuenitur. Itaque si neque creditores hanc condicionem ei deferre vellent, neque ipse mallet à totis bonis se abstinere, vtique totius hereditatis onera subire cogeretur nec liberaretur etiamsi creditoribus pro sua parte satisfacere paratus esset. At in eo qui coheredem habet non se abstinentem suo iure, sed in integrum restitutum extraordinario auxilio prætoris seruatur, quod Macer Iurisconsultus à Diuo Seuero constitutum fuisse refert in *dicta. l. si minor. 61. eod. tit. de acquir. hered.* vt si minor annis posteaquàm ex parte heres extitit in integrum restitutus sit eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur, id est mittantur creditores in possessionem bonorum pertinentium ad eam portionem, quæ fuit omissa per in integrum institutionem, nec ob id solùm possint agere in solidum contra coheredem, qui vel adiit vel se immiscuit, quod nolit ille derelinquere totam hereditatem. Diuersitatis ratio est, quia quanto minus imputari potest ei quem creditores hereditarij ex persona coheredis conuenire volunt, tanto magis ei à prætore subueniri æquum est. Nam & hinc fit quod Vlpianus scribit

scribit in *d. l. si duo. 78. eod. tit.* vt si duo sint necessarij heredes, quorum alter se abstinuerit, alter verò posteaquàm prior abstinuit immiscuerit se, non possit recusare qui se immiscuit, quominùs tota hereditaria onera subeat, quia, vt lex ait cùm sciuerit aut scire potuerit fore vt propter abstentionem coheredis maneret ipse implicitus oneribus hereditarijs, videtur ea condicione se immiscuisse, ob idque potest ei imputari cur se immiscuerit, nec pariter se abstinuerit si damnosam aut suspectam esse putabat hereditatem, & consequenter nihil causæ est cur ei per prętorem subueniatur. Nec aliud est in eo qui coheredem habens extraneum nondum adeuntem neque repudiantem, adit ipse & agnoscit suam portionem, quia coheredis postea repudiantis portionem deficientem ei quamuis inuito adcrescere nō modò necesse, verùm etiam æquum est, cùm æquè sciuerit aut scire potuerit futurum vt coherede repudiante portionem ipsius adcrescendi iure suscipere cogeretur. Adeò in neque intersit quicquam vtrum coheredi suo fuerit substitutus necne *d. lege si quis heres. 35. d. l. si tu ex parte. 76. eod. tit.* nec rursum an coheres ille qui nunc repudiauit institutus fuerit purè an sub condicione quę subinde vel extiterit vel defecerit *lege si quis ita. 35. D. de hered. instit.* Omni namque casu totam hereditatem vnica edictione sibi acquisiuisse intelligitur is qui solam portionem suam agnouit, omnibúsque creditoribus hereditarijs in solidum se obligasse, quamuis eo tempore alia portio nec dum defecisse nec delata fuisse proponeretur. At cùm is qui portionem suam hereditariam agnoscit siuè adeundo siue se immiscendo habet eū coheredem qui iam pro sua parte sit heres, siue quia suus & necessarius est necdum se abstinuit, quamuis forte nec adhuc se immiscuerit, siue quia cùm esset extraneus factus est heres per spontaneam aditionem, si postea sequatur abstentio, siue ex edicto, siue potestate restitutionis, nihil est quod huic imputari posit propter quod debeat prętor cum eo tam inhumaniter agere, vt aduersus eum det in solidum creditoribus actionem. Nam pręter id quod habet pro se meram iuris rationem cùm ex parte tantùm heres sit, & reuera coheredem habeat in alia portione, nulla ęquitas est quę ipsum omissę portionis oneribus pręcise obliget, cùm non possit dici, animum ei vnquam fuisse, vt se oneribus hereditarijs in solidum obligaret, casúsque ille postea superueniens vt coheres vel se abstineat suo iure vel per in integrum restitutionem improuisus est & inopinatus, quem iniquum esset ei nocere qui neque potuerit neque debuerit prę-uidere. Etsi autem neutro casu est quod imputetur quicquam ei qui agnouit partem suam habens coheredem iam heredem neque dum se abstinentem, vt proinde nec egeat ipse vt ei succurratur per prętorem, multo minùs tamen est quod imputetur ei qui coheredem habet extraneum aditione voluntaria iam factum heredem, quàm ei qui coheredem habet illum quem sola iuris potestas ideo fecerit heredem etiam ignorantem, quod fuerit suus: quoniam longè facilius euenire potest, vt suus heres abstinenti beneficium habeat, quàm vt extraneus, siquidem habet illud suo iure, ita vt non sit ei necesse adire prętorem si modò se non immiscuerit *l. ei qui. 12. eod.* at neque si se immiscuit si modo pupillus fuit etiamsi se immiscuerit tutore autore *dicta lege necessarijs, d. leg. ex contractu. l. penult. D. de autor. tutor.* Extraneus verò qui adiit, numquam potest abstinere se suo iure, sed indiget speciali auxilio prętoris & beneficio restitutionis *dicta leg. necessarijs. l. 1. & tot. tit.*

C. si minor ab hered. se abstin. porrò restitutionem in integrum non tam facilè passímque concedit prætor, sed causa cognita *l.3. D. de in integr. restit.* minoribus præsertim quos necesse est probare se & minores & læsos fuisse vt restitutionis auxilium mereantur. *l. verum. 11. §. sciendum est. l. quòd si minor. 24. §. non semper. D. de mino. l. nam postea quàm. 9. §. si minor. D. de iureiur.* Itaque quandiu restitutio in integrum neque petita neque præstita est probabiliter ignorare potest is qui minori iam heredi coheres datus fuit, nõ solùm an futurũ sit aliquando vt velit ille restitui, maximè cùm vix sit vt tã euidenter sit damnosa vel suspecta hereditas quæ pro alia etiam parte inuenit heredem. Sed etiam vtrum eo quoque casu quo minor velit restitui, futurum tamen sit vt ei prætor indulgeat restitutionem. Hic igitur casus impetratæ restitutionis si postea superueniat multo magis improuisus & inopinatus est, quàm abstentionis ex sola eius qui abstinet, voluntate contingentis. Et ideo minùs dignus est is qui coheredem habet se suo iure abstinentem, non dicam cui prætor subueniat cùm prætoris auxilio non egeat, qui iure ipso tutus est, sed cum quo agat mitiùs non habendo illum pro herede in solidum, siquidem hujus coheredem qui à portione sua se abstinuit, nullomodo habet heredis loco quantum ad onera hereditaria vt iam diximus ex *d. l. necessariis & l. si filius. 12. D. de interrog. in iur. faci.* ob idque facilè in id procliuis est prætor vt quas actiones non vult dare in eum qui se abstinuit det in solidum aduersus coheredem qui vltro partem suam agnouit, nisi quatenus æquitatis ratione aliqua retinetur, ne contra eum qui pro se habet iuris rationem, tam durè agat. Illud verò temperamẽtum optimum visum est in eo qui coheredem habeat se abstinentem, vt in ipsius arbitrio relinquatur, non an velit conueniri à creditoribus hereditariis pro ea parte quam vltro agnouit, si modò creditores hereditarij dicant se contentos eius portione, sed an vniuersa onera hereditaria subire velit, bona omnia retinendo, an potiùs agnitam quoq; portionem suã omittere vt ne pro ea quidẽ parte possit conueniri à creditoribus nolẽtib. sola eius portione contentis esse. Ita namq; fit vt & ipsi & creditoribus subueniatur, improuisíque casus ratio habeatur. In illo autem qui coheredem habet non nisi beneficio in integrum restitutionis se abstinentem, nullo tali temperamẽto esse opus visum est, sed perinde tractari omnia, acsi nihil prorsus commune haberet portio agnita cum portione per restitutionem omissa. Data scilicet creditoribus hereditariis bonorum possessione illius partis omissæ, non etiam actione vlla personali aduersus coheredem, nec si portionem suam retinere malit, quàm derelinquere. Quid ergo si ad agnitam portionem omittendam admittatur heres non suo iure, quia vel extraneus sit vel suus quidem heres sed pubes, cui non dat prætor abstentionis beneficium post immixtionem. Nec rursus beneficio restitutionis in integrum, fortè iam maior annis vigintiquinque & cui nulla ex parte edicti prætor auxilium restitutionis polliceatur, sed beneficio Principis vt in *l. penult. D. de acquir. hered. iunct. l. cùm quidam. 30. in princip. & l. Pannonius. 86. eod.* In iis enim omnibus speciebus subuenitur vel à Principe vel eo mandante à consulibus, & citra restitutionem in integrum non à prætore. Hoc casu multo fauorabilior causa est illius qui talem habet coheredem, cùm longè minùs possit ei imputari cur non præuiderit fore vt posset coheres beneficio Principis abstinere. Ergo non erit arctandus vt vel totum corpus patrimonij hereditarij agnoscat vel à toto recedat, nec ad aliud obligandus per præto-

rem nisi vt pro parte illa sua hereditaria actiones quoque hereditarias subire compellatur, quibus & ipso iure inuenitur obstrictus. Ex cóque intelligimus falsam esse aut mancam traditionem Bartoli distinguentis supradicto loco, An coheres qui se abstinet id faciat suo iure, an beneficio restitutionis in integrũ, & concludentis, Omni casu quo se abstineat aliter quàm per in integrum restitutionem id seruandum esse quod scriptum est in *d.l.cùm hereditate*. Cur enim deterior sit condicio eius, cuius coheres se abstineat non iure aliquo siue ordinario siue extraordinario sed ex mera Principis indulgentia quam nec sagacissimus quisque præuidere potuerit, & quę inter casus fortuitos omnino sit adnumeranda? Illud planè non inficior, si alius coheres qui partem suã vltro agnouit paratus sit nec recuset vniuersa onera hereditaria subire vtrumque ipsi permittendum esse vt & totius hereditatis bona retineat, & solus creditoribus hereditarijs respõdeat nisi solus heres esset: quomodo Scæuola respondet in *d.l. penult.* vbi ratio dubitandi illa erat propter quam videretur non esse dandas in solidum actiones aduersus eum quamuis volentem, quod neque heres re vera esset nisi ex parte, neque pro herede in solidum haberi posset per prætorem qui coheredem non nisi beneficio Principis abstentum non eo minus haberet pro herede. Illos enim demum qui abstinuerunt pro nõ heredibus prætor habet, qui ipsius prętoris beneficio abstinuerunt siue ex illa edicti parte qua suis & necessarijs heredibus omnibus abstinendi beneficium citra vllam causæ cognitionem prę tor dedit, siue ex illa qua læsis minoribus auxilium restitutionis pollicetur. Eos verò qui beneficio Principis abstinuerunt non eodem loco apud prætorem habendos esse videbatur. Et quemadmodum nõ est in potestate illius qui re vera heres est quominus directis actionibus hereditariis teneatur quantumuis se abstineat. Ita nec è contrario in potestate illius est qui coheredem habet non solùm reipsa heredem, sed quem etiam prætor heredis loco habeat, vt actionibus hereditarijs, siue directis siue vtilibus in solidum conueniatur, siquidem actionum siue dandarum, siue denegandarum ratio non ex illius in quem dantur, voluntate pendet, sed quantum ad actiones directas ex mera iuris potestate, quantũ verò ad vtiles, ex sola prętoris iurisdictione & æquitate. Porro non videntur ad prætoris iurisdictionem aut æquitatem curámve pertinere illi qui aliunde quàm ex ipsa prętoris iurisdictione abstinendi consilium ac beneficium sumpserunt. Cur non ergo directas quoque actiones in eos dare possit & debeat? Hoc verò si ita est, quonam obsecro colore dedit in solidũ vtiles aduersus eum quem non habet pro herede nisi ex parte, quãuis paratus sit ille pati vt in solidum conueniatur? Aliud tamen Scæuolę iudicium est in eum qui effectu solus heres remansit, id est omnia vt solus heres egit, pro eorum quoque portionibus qui beneficio principali hereditate abstinuerint vtilem actionem dari debere aut potius solere. Nam cùm quæstio sic concepta esset an illa vtilis actio dari deberet, Respondet Scæuola mutato quęstionis verbo *Solere pro parte eorum qui se abstinuissent actiones in eũ decerni qui adsisset & maluisset integra onera hereditaria subire.* Vt intelligamus id fieri nõ tã ex ratione aliqua iuris siue ciuilis siue prętorii, quàm vt puto vene ratione autoritatis Principis, ne durius tractentur qui ab ipso Principe legum patre ac magistro, quàm qui à prætore iuris ciuilis ministro & custode beneficium abstentionis acceperunt. Diuersa quæstio est quam ex Aristone Pomponius tractat in *l. vlt.eod.tit.* Ibi enim agitur de abstentione facta per filiam eandémque necessariam heredem non ex indulgentia principali, sed ex edicto

IIII. i

prætoris.Ideóque cùm altera filia se paterna hereditate abstinuisset,altera verò paterna bona in solidum vindicaret totúmque onus suscipere parata esset,rectè prætor causa cognita hereditarias actiones vtiles daturum se pollicitus erat ei quæ ad hereditatem patris accederet, denegaturúmque illi quæ se abstinuerat, Nempe quia eam quæ se ex edicto abstinuerat non poterat habere heredis lo-lo salua ipsius edicti autoritate. Rectè verò Pomponius post Aristonem *altera bona paterna vindicaret*.vt & in *d.l.ex contractu.& ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredem peruenerunt* vsurpato *bonorum* nomine non *hereditatis* quia cùm adest necessarius heres etiam qui nunquam se immiscuerit sed se abstinuerit,nulla amplius hereditas est,nulla portio hereditaria quæ possit adcrescere aut deficere,sed bona sunt,quæ vel vacare necesse est & vindicari à fisco, vel quod multo æquius est,ac tam prætoris quàm defuncti patris voluntati cōuenientius,ad coheredem peruenire non tam adcrescendi iure,quáve alia iuris ratione,quàm ex illa æquitate quod paratus ipse sit actiones hereditarias insolidum excipere acsi solus heres esset.Nam & id creditoribus hereditarijs commodius est ne in plures aduersarios distingantur quod plerumque maximè incommodum est *l. & ancillarum 27.§.vlt.D.de pecul.* maximè cùm nouus aduersarius objicitur fiscus,cuius conueniendi multo maior difficultas esse creditur,propter tā multa priuilegia quę habet siue agat siue conueniatur.Ex eo autem verbo *maluisset* quo vtitur Scæuola in *d.l.penultim.in fin.*intelligimus aliud eum fuisse responsurum si filia noluisset integra onera hereditaria subire, suáque portione contenta esse maluisset. Tunc enim proculdubio mittendi fuissent coheredes in possessionem partium coheredum *d.l.si minor 61.eod.*Cur verò non nisi vtilibus actionibus teneatur filia quæ parata est integra onera hereditaria subire,ratio non obscura illa est quam nos iam attigimus, quod actiones directæ pendent ex mera iuris ratione,non autem ex illius in quem dantur at ne quidem ex ipsius prætoris voluntate:verum autem est hanc filiam non esse heredem pro portionibus coheredum qui re vera heredes manent, directas porro actiones hereditarias non competere nisi contra heredes.*leg.1.C.si cert. pet.l.vlt.C.de hered.act.l.1.C.si vnus ex plurib.hered.debit.* Augebatur tamen ratio dubitandi apud Scæuolam,quod Seia nō tā ex cōtractu hereditario quàm ex coheredum promissione pro ipsorum portionibus conueniri videbatur. Sed promissioni causam dederat hereditas, ob ídque negari non poterat quin esset id onus hereditarium vt scriptum est in fine legis.Quamuis& ea actio quę contra defunctam competierat,per iudicatum nouata & perempta esset *l. delegare 11.§.1.l.aliam 29. D. de nouat. l.vlt.vers.si enim C.de execut.rei iudic.*quæ tamen actio vt hoc obiter obseruemus,non pro vsuris dotis sed pro sola ipsa dote competiisse videbatur. Nihil enim vsurarum nomine defuncta spoponderat,sed tamē pro vsuris in exhibitionem vt lex ait, certam summam præstabat: ex qua præstatione per eam continuata quandiu vixerat, nulla quidem contra eam nata erat obligatio vt in posterum easdem continuare cogeretur *l.si certis annis 28.C.de pact.*sed tamen nata fuerat contra heredes,vt post ipsius mortem easdem vsuras præstare cogerentur vt & in *l.cum de in rem verso 6. D. de vsur.* estque hic casus ex ijs in quibus plenior est obligatio heredis quàm fuerit defuncti vt in *l.si per imprudentiam 51.§.non mirum D. de euict.* Et hæc quidem ad Scæuolam sufficiant.Sed vt redeamus ad Marcianum in *d.l.cum hereditate* non tantùm illud in ea specie dignum est obseruatione quod lex ait licere vni ex coheredibus propter alium abstinere,qui per suam personam non posset(nam & aliàs

aliàs plerumque id euenit vt propter aliū capax quis fiat qui per se nō esset vt in *l. si is qui duos 29. D. de liber. legat. l. & per iusiurandum 13. §. si fideiussori D. de acceptil. l. decurio 4. D. de decur.* sed illud etiā quod nescio an alio vllo casu cōtingat, vt is qui totam hereditatem possidet, actionésque hereditarias in solidum habet non tamen teneatur creditoribus nisi pro parte, nec tantùm ex æquitate, sed quod magis mirum est ipso etiam iure: Scilicet quia nec nisi pro parte ipso iure heres est, quod autem habet actiones in solidum, directas quidem pro parte sua, vtiles verò pro portione coheredis qui se abstinuit, non tam fit ex iuris ratione quàm propter condicionem ei delatam à creditoribus qui se ipsius portione contentos esse dixerunt. Sed & notandum est quod in *l. seq.* subiungitur ex Marcello & Vlpiano si ex pluribus illis coheredibus decessisset is qui se immiscuerat hereditati, deinde alter se abstinuisset, eandem condicionem deferendam esse heredi eius quæ & ipsi deferretur. Sic enim ea lex continuanda est cum præcedente, Habétque rationem manifestam, quia si nihil potest imputari ei qui posterior suam portionem agnouit, multo minus heredi ipsius potest. Non est autem quod quemquam turbet verbum *abstinendi* quo vtuntur Iureconsulti supradictis locis, tùm etiam cùm agunt de extraneo herede, vel de suo pubere qui abstentionis beneficium amiserit per immixtionem. Etsi enim abstinere propriè dicuntur sui heredes, non etiam extranei quorum est repudiare, & ex suis ij soli quibus prætor edicto dedit beneficium abstentionis, hoc est qui vel numquam, vel non nisi in pupillari ætate se immiscuerunt. *d. l. necessarijs.* Attamen ijs quoque idem verbum conuenit qui hereditatem quam sibi iam acquisierunt omittere postea volūt siue emancipati sint, siue quod parum hac in re distat omnino extranei vt in *l. 1. §. si quis adita ff. ad SC. Tertyll. l. etsi ex modica 6. §. sed etsi ff. de bon. libert. l. si mulier 21. §. vlt. ff. qu. d met. caus.* Abstinere namque propriè dicimus ab iis quæ iam nostra sunt, repudiare verò illa, quæ nō dum nostra sunt sed nobis tantùm delata *l. 1. §. decretalis ff. de success. edict. l. si ita sit scriptum 45. § si sub condicione De legat. 2.* Et ita accipio quod scriptum est in *d. l. necessarijs ad fin* prætorem in integrum restituere tā suos heredes quàm extraneos minores annis viginti quinque qui damnosam hereditatem inconsultò adierunt, Vt nimirum eos restituat non ad repudiandam hereditatem, nō enim repudiari potest quod iam semel acquisitum fuit *d. §. decretalis*, sed vt possint se abstinere. Quæ res facit, vt tum quoque cùm alius coheres qui portionem suam agnouit paratus est integra & vniuersa onera hereditaria subire, non tamen directis actionibus teneatur pro parte illius qui se substinuit sed vtilibus, siue Principis siue prętoris beneficio abstentum proponatur *d. l. pen. & vlt. ff. de acquir. hered.* quod tamen non ita esset si in portione agnita & per abstentionem omissa verè locum haberet ius adcrescendi vt vult Bartolus, cuius sententiam vel hac vna ratione manifestissimè conuinci arbitramur. Actiones enim hereditariæ proculdubio sunt directæ quæ contra heredem competunt ex causa portionis adcrescentis non minus quàm quæ ex causa portionis hereditariæ ab eo primùm agnitæ & acquisitæ.

ERROR NONVS.

De beneficio vt vocant l. hereditate 55. D. de acq. vel omit. hered.

MVLTA alia peccat Bartolus in explicatione *d. l. cùm hereditate*. Inter cetera verò cùm ad obiectionem quam facit ex *d. l. si minor*, vt probet huic heredi qui habet coheredem se abstinentem non esse tribuendam electionem vt vel totam hereditatem agnoscat vel à tota recedat, respondet ibi abstentum fuisse coheredem per restitutionem in integrum cùm iam adiuisset: At in specie *d. l. cùm hereditate* nunquã adijsse. Nam præter id quod potest dici suum necessarium heredem non minus heredem esse etiam citra immixtionẽ quàm qui se immiscuit aut qui heres factus est per aditionẽ. *l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam.* Itemque, posse Marciani sententiam in illo etiam procedere, qui se immiscuerit si fortè pupillus proponatur cui permissum est vt sic abstineat citra restitutionem tametsi se immiscuerit tutore quoque si voles autore *l. necessarijs 57. D. de acq. hered. l. pen. D. de autor. tutor.* Illud etiam falsum est quod Bartolus pro vero habet, in specie *d. l. si minor* coheredem minoris in integrum restituti, non habere electionem quam dat Marcianus in *d. l. cùm hereditate* vt totam hereditatem agnoscere possit si integra onera hereditaria subire velit. Etenim si verum est vt est quod in præcedentibus disputauimus, fauorabiliorem eum esse cuius coheres abstinet per in integrũ restitutionem, quàm cuius coheres abstinet suo iure, cur non ei demus electionem quam alij qui minus fauorabilis est damus? Idque etiam apparet ex *d. l. pen. eod. tit. De acquir. hered.* vbi eadem electio datur etiam illi qui habeat coheredem beneficio Principis se abstinentem post agnitam ab omnibus heredibus hereditatem. Bartolum fefellit quod vidit eo casu, quo per in integrum restitutionem coheres abstinuerit, non cogi alium coheredem totam hereditatem derelinquere, si in solidum creditoribus teneri nolit, sed posse illum impune dimidiam partem retinere, nec nisi pro ea parte cogendum satisfacere creditoribus, quibus pro reliquo hactenus consulatur vt in bonorum alterius partis possessionem mittantur. In eo namque fatendum est aliam esse rationem illius de quo agitur in *d. l. si minor*, aliam illius de quo in *d. l. cùm hereditate*. Sed cùm hactenus diuersa fit vt in hoc ipso sit melior, cur volumus esse deteriorẽ in eo vt ob hoc solum quod totius hereditatis onera subire inuitus non cogitur, nec volenti vniuersa subire concedatur? In quo enim habet ea res iniuriam? Aut cui potest nocere ac non potiùs prodesse, quod creditoribus in solidum velit satisfacere? An non etiam defuncti existimationi ea ratione meliùs consulitur, quàm si creditores in possessionẽ partis bonorũ mitterẽtur, eáque pars subinde vrgẽtibus creditoribus publicè vẽderetur? Rursũ quod addit Bartolus constituendã esse hac in re differentiã inter fideicõmissarium & heredẽ ex *l. antep. D. ad S C. Trebell.* nõ est probabile. Ibi enim Scæuola non tantùm dat electionem fideicommissario cui pupillus partem hereditatis restituerat, vt eodem pupillo postea se abstinente vel in totum agnoscat hereditatẽ fideicommissarius vel à tota recedat, ne alioqui factum improuisum pupilli noceat fideicommissario cui nihil imputari potest, sed etiam subijcit *vel potius omnimodo vendenda esse bona vt* creditoribus satisfiat & si quid reliquum erit dimissis creditoribus totum id pupillo seruetur. Quod quam rationem habeat scripsimus in *Err. vlt. Decad.* 30. Itaque quod de herede habente coheredem se abstinentem vtroque casu scriptum est in *d. l. cùm hereditate* & in *d. l. si minor* siue abstinuerit se coheres post aditionem aut immixtionem siue ante, id vtrumque de fideicommissario scribit Scæuola in *d. l. antepen.* vt & habeat electionẽ quã Marcian' dat in *d. l. cùm hereditate* vel to-

vel totam hereditatem agnoscendi vel totam derelinquendi &prӕtereà priuilegium quod Macer dat ei qui coheredẽ habet in integrum restitutũ in *d. l. si minor*, vt ea electione vt non cogatur fideicommissarius si malit partem suam fideicommissariam retinere ac pati vt alterius partis bona vendantur, quod & fauore pupilli omnimodo faciendum esse lex ait. Alius Bartoli error est quod electionem illam quam dat Marcianus in *d. l. cum hereditate* vult præstari heredi iure actionis, eamque actionem dicendam esse condictionem ex illa lege, quod est ridiculum. Quis enim vnquam audijt dari actionem ei qui sit ipse obligatus & in eos quibus sit obligatus? Aut quid eget actione is qui satis prospicere sibi potest per exceptionem cùm à creditoribus conuenietur? Nam nec Bartolus negat posse huic heredi sufficere exceptionem si in solidum conueniatur à creditoribus, nec deferant ei condicionem quod contenti sint ipsius portione. At ille grauior eiusdem Bartoli error est, quod vult in specie *d. l. cum hereditate* non permitti heredi hanc electionem vt vel totam hereditatem agnoscat vel à tota recedat, nisi propter creditores. Ex quo infert ille nõ solùm si nulli sint creditores tali electioni locum non esse sed etiam si sint qui tamen heredem molestare vt ipse loquitur, nolint licèt in hereditate sint aliӕ implicationes quæ fortè requirant laborem vt ipse loquitur, animi & personæ. Nã immo verò nihil aliud Marcianus exigit nisi vt ab hereditate patris necessarius heres se abstineat quod ad hoc vt coheredi siue suo siue extraneo deferri condicio debeat an totum agnoscere an à toto recedere malit. Illud enim duntaxat lex intuetur, vt qui oneribus & negotijs hereditarijs noluit implicari nisi pro parte hereditatis integra ea suscipere non cogatur. Nemo autem nescit posse multa esse onera & negotia hereditaria etiamsi nulli sint creditores, cùm possit sufficere ad multos iustè deterrendos metus solus æris alieni plerumque latentis diu, aut intricationis negotiorum aut vexationis, aut quorundam offensæ vel inuidiæ vt scribit *Vlp. in l. 4. D. ad SC. Trebell.* vbi eleganter ob hanc causam ait non debere præscribi heredi instituto cur metuat hereditatem adire vel cur nolit, cùm variæ sint hominum voluntates: quod & Iulianus sentit in *l. si in testamento 22. in fin. D. si quis omiss. caus. testam.* Quo exemplo similiter dico in specie *d. l. cùm hereditate*, præscribi non debere heredi siue suo siue extraneo qui partem suam agnouit cùm pro alia parte haberet coheredem iam hereditarijs oneribus obstrictum, cur nolit totam hereditatem retinere malitque à tota discedere cùm portio coheredis omissa fuit per abstentionem. Sufficit enim quod dicat nolle se totius hereditatis onera suscipere, licèt suæ noluntatis causam adferat nullam. Alioqui paullatim dicendum erit nec si multi sint creditores qui hunc ex parte heredem inquietent, ei tamen dandam esse electionem si hereditas locuples esse videatur, & quousque damnosa probetur. Quid enim potest heredis interesse quod multi sint creditores si locupletissima sit hereditas? Nisi forte quod vexationem timere potest. Atqui vexationis materiam alia multa præbere possunt etiamsi nulli sint creditores, & sunt quidam adeo delicati vt vel ipsa negotia timeant, etiam citra vexationem. Non ergo inspiciendum est an aliqui creditores sint sed illud tantùm an heres ex parte factus totam hereditatem retinere malit an à tota recedere. Cur enim cogatur heres viuere in continuo & perpetuo metu à quo liberandi se & voluntatem & ius habeat? Aut cur ei adimatur hæc electio ob id solùm quod à creditoribus hereditarijs nondum inquietetur si in eo est vt ab ijsdem inquietari quandocunque possit? Deceperunt Bartolum verba illa Marciani *si tamen creditores dicant*

se contentos esse eius portione quia non potest exonerari nisi deferatur condicio quæ ille sic accepit acsi scriptum esset non esse dandã heredi hanc electionem nisi à creditoribus ipsi deferatur. Quod falsum est & à Marciani sensu alienum. Vult enim Marcianus dicere Heredem ex parte qui suam illam partem agnouit etiam post acquisitionem alterius partis in persona coheredis factam non posse exonerari quominus pro illa parte quam sponte agnouit remaneat implicitus oneribus hereditarijs nisi à creditoribus deferatur ei condicio vt exoneretur. Sed non facit ea res quin creditoribus quoque inuitis electionem habeat totorum bonorum vel agnoscendorum vel omittendorum si creditores contra eum agere in solidum velint: Postquàm nec aliter potest ille recusare quominùs tota hereditaria onera subeat quàm si totam hereditatem derelinquere sit paratus. Itaque si è contrario dicant creditores se contentos esse huius portione, non habebit heres electionem omittendæ totius hereditatis, Ne in ipsius potestate sit exuere obligationem quam ipse sponte adeundo contraxerit. Planè quod Bartolus refert se ex facto respondisse, Cùm filia matris hereditatem sibi pro parte delatam adijsset, atque ita eius partis vsumfructum patri suo quæsiuisset, postea superstite filio decessisset, qui deficientem subinde portionem coheredis nolens agnoscere totam hereditatem repudiare malebat, vt tandem ex propria persona succedens nullam vsusfructus partem auo materno relinqueret, Non esse nepoti hanc electionem dandam, ego bene à Bartolo responsum fuisse arbitror, sed non ratione illa qua se motum fuisse ait, quod auus ille maternus vsumfructum haberet non tanquam creditor matris sed tanquam filiæ suæ pater, At potiùs quoniam apparebat captari ab isto nepote beneficium iuris in fraudem duntaxat aui, cùm non tam hereditatem ipsam omittere nepos vellet quàm hereditatis retinendæ titulum ex quo vsusfructus auo materno acquisitus fuisset. *arg. l. si is qui bonis* 91. *De acquir. hered.* Deinde quia ponit Bartolus coheredis portionem post filiæ mortem defecisse, quod ille proculdubio intelligit, per repudiationem, Quo casu non est dubitandum quis ius adcrescendi verè atque ex iuris ratione in ea portione locum habeat, ita vt vnica aditione illa per filiam facta licèt vnius tantùm portionis, tota nihilominùs hereditas adita esse, & consequenter exinde totius hereditatis fructus patri quęsitus fuisse intelligatur. At dissimilis omnino casus est quẽ tractat Marcianus in *d. l. cùm hereditate*, in quo scilicet necessarius patris ex parte heres se abstinuisse proponebatur, & ita acquisitam non deficientẽ portionem omisisse: quæ res nõ cadit in quæstionem à Bartolo propositam de hereditate matris, cùm fœminę nõ habeãt filios necessarios heredes, quia nec suos heredes habẽt *l. illud* 4. *§. ad testamẽta D. de bonor. poss. contr. tabul.* Sed nascitur hic error Bartoli ex alio eiusdẽ errore vt solet ille errores ex erroribus serere. Putat enim Marcianum hanc electionem de qua agimus coheredi siue suo siue extraneo dare, illo etiam casu quo portio coheredis deficiat, dummodo non defecerit antequàm is cui datur electio fuerit factus heres. Hoc verò falsum quoque est. Non enim tã ad id respicit Marcianus quod sui aut extranei heredis coheres repudiauerit vt loquitur Bartolus post acquisitam alij iam partem hereditatis, quàm ad id quod ea pars quæ per necessarij heredis abstentionem omittitur fuisset ei ante abstentionẽ acquisita, & quidẽ ipso iure tanquã necessario heredi. Vt proinde nihil possit imputari coheredi siue necessari⁹ heres ille sit qui tamẽ vltro se immisceat, siue extraneus qui spõte partẽ suam hereditatis adeat cur heres esse voluerit, nisi quod ad hoc vt pro ea parte quã adijt obligetur, nõ etiam vt totius hereditatis onera subire compellatur, cùm possit causari rectè

& probè si necessarius & suus heres est æquè se abstenturum fuisse, aut si extraneus repudiaturum nisi aliam partem iam suo coheredi acquisitam vidisset. Neque sanè ad obligandum ex toto asse heredem etiam qui ex semisse tantùm hereditatem agnouerit, quicquam refert an partem illã agnouerit ante an post coheredis repudiationem, sed tantum an post an ante coheredis agnitionẽ quoniam quisquis partem hereditatis adit, alitérve agnoscit, puta per immixtionem priusquàm coheres aliam partem sibi delatam adierit, is proculdubio intelligitur adire ea cõdicione vt periculum subeat totius hereditatis acquirendæ in eum scilicet casum quo contingat alterã portionem repudiari *l. qui ex duabus* 53. *§.* 1. *de acquir. hered.* scit enim aut scire debet euenire posse vt repudietur, tumque per repudiationem verè deficiens, etiam verè adcrescat non minùs quàm si eo tempore quo ipse partem suam agnoscit iam repudiata esset pars coheredis aut per abstentionem omissa vt in *l. si duo* 38. *eod.* Quod non idẽ dici potest de illo qui partem suam non prius agnoscit, quàm videat aliam partem iam coheredi acquisitam esse siue ipso iure tanquam suo & necessario, siue per aditionem tanquam extraneo, cùm ex eo tempore quo fuit acquisita certum sit numquam posse illam repudiari alitérve deficere nec proinde adcrescere inuito vt disputauimus capite præcedenti. Nec mouere quem debet quod disputat Bartolus suum heredem tantùm consequi per beneficium abstinendi quãtum si esset emancipatus ex *l. nam nec emancipatus* 89. *de legat.* 1. *& l. pro herede* 20. *§. Papinianus de acquir. hered.* Id enim ita debet accipi vt perinde habeatur pro non herede apud prętorem quantum ad hoc ne à creditoribus hereditarijs conueniri possit, acsi esset emancipatus nec adijsset. Cæterum illa semper differentia est inter suum heredem qui se abstinuit & emancipatum qui non adiit, quòd hic nullomodo heres est, Ille verò etiam post abstentionem non modò heres manet iure ciuili *d. l. cum quasi* 30. *§. sed etsi suus de fideic libert.* sed & apud prætorem habetur pro herede in omnibus extra causam supradictam æris alieni, vt cõtra eundem Bartolũ disputauimus Decade 30. & 31. Proinde multo minus est quod imputetur adeunti vel se immiscenti qui coheredem iam habet suum & necessarium heredem quamuis habentem ius abstinendi dummodo se nondum abstinuerit, quàm ei qui habet coheredem emancipatum aut extraneum: cùm ius sui heredis etiam se abstinentis impediat ius adcrescendi, cui locum facit repudiatio siue extranei siue emancipati. & in hoc rursum errat Bartolus quod electionem illam quam Marcianus dat heredi, qui coheredem habet iam factum heredem vt vel totam hereditatem possit agnoscere vel à tota recedere Bartolus beneficiũ appellat. Nec enim beneficiũ videri potest quod ex mera iuris ratione proficiscitur. Mera autem iuris ratio facit pro isto herede ne in solidum teneatur quia ius adcrescendi non potest locum habere in portione iam acquisita. Immo dicẽda potius esset iniuria illa quæ fit ei, quatenus cogitur vel partem suam bene agnitam omittere vel totam hereditatem agnoscere. Posset enim ille pro suo iure petere vt sibi portionem suam retinere liceret, alterius verò partis bonorũ possessio creditoribus daretur, vt & in *d. l. si minor* 61. *D. eod.* ne captiosum ei esset beneficiũ abstentionis quod prætor dat coheredi *l. Paulus notat* 8. *de præt. stipulat.* nisi contra eum faceret ratio illa æquitatis quod prospicere potuit & debuit futurum vt coheres qui non nisi necessarius heres esset, necdum se immiscuisset, abstinendi ius haberet, & quidem ex propria voluntate, ita vt nec ei necesse esset adire prætorem *d. l. ei qui* 12. *eod.* vt proinde in effectu parum distaret ab eo qui repudiandi liberum ius haberet. Quæ ratio non similiter ei obstat cuius coheres iam

adiit aut se vltro immiscuit adeò vt hereditatem amittere amplius non possit nisi per auxilium restitutionis, Ideóque mitius cum illo agitur non vt maius beneficium sentiat sed vt minorē aut potius nullā iniuriam patiatur, In hoc nimirū quod etiāsi totius hereditatis onera subire nolit, non tamē cogitur portionē suam omittere sed eius perinde retinendæ ius habet acsi coheres nō fuisset restitutus,& hoc amplius quod si partē quoq; restituti coheredis habere,integráque onera hereditaria suscipere velit,potest.Ex quo apparet quid respōdēdū sit ad quæstionem illam quam subinde Bartol. tractat,Vtrum heres qui nō confecit inuentarium solemne amittat beneficium *d.l. cum hereditate*. Cur enim amitteret si beneficium hoc dicendum non est, quippe quod habeat ex iure communi? Idque & Bartolus ipse respondet, sed alia ratione, Quoniam, inquit,non alia pœna est heredis non conficientis inuentariū, quàm vt creditoribus teneatur in solidum,scilicet pro qua parte heres est,& vt falcidiam ex legatis ac fideicommissis deducere nullam possit. Quod etsi verum est in hoc tamē perpetuò errat Bartolus,quod de huiusmodi electione semper sic loquitur, quasi beneficiū aliquod sit à Marciano datū & inductum, & quod non debeat heres habere nisi eo dignum se vel saltem non indignum ostendat.Cùm è contrario pœna dicenda potiùs esset si huic heredi auxilium iuris communis denegaretur. Neque verò Marciani fuit vllum beneficium inducere aut concedere, sed tantùm de eo quod in iure communi positū erat respondere. At non illud æquè verū est,quod subdit Bartolus Si hic heres non ære alieno defuncti sed tantum legatis oneratus esset,non fore audiendum illum si hanc sibi electionē adrogare vellet hereditatis totius vel amplectendæ vel omittendæ.Nam quod ait legatorum onus quamuis sit æs alienum heredis non tamen esse æs alienum defuncti, ob idque nec ad illud vnquam obligari heredem supra vires hereditarias ex *l.1.§.pe.D.ad SC.Trebell.& l.si vniuersæ* 15.*C.de leg.*ad rē omninò non pertinet:Sufficit enim esse onus hereditarium, quod vtique negari non potest, cùm hereditariarum actionum loco habeantur legata quamuis ab herede incipiant.*l. hereditariarum* 44 *D.de oblig. & action.* Prius autem est vt quæramus An onera hereditaria subire velit heres aut debeat, quàm vtrum habeat vnde subire possit. Atqui ratio iuris eum de quo agimus non obligat vt cogatur subire nisi pro qua parte heres est cùm per legem ipsam duodecim tabularum & ipso iure onera omnia hereditaria diuidantur pro hereditarijs portionibus inter coheredes *l.1 C.si cert petat.* Satísque durè cum illo agitur in hoc quod non ei permittitur portionem suam hereditariam quam solam adiit retinere quin vniuersa onera hereditaria suscipiat,coheredísque partem quę dominium iam habet nec adcrescere amplius potest quasi deficientem & adcrescentem amplectatur. Cur ergo adhuc durius cum ipso agatur hactenus vt nec ei liceat totam hereditatem omittere si id malit quàm tota onera hereditaria subire? Nam si quis obiiciat rationem iuris contra eum facere quæ non patitur vt semel acquisita portio postea omittatur.Respōdebo rationem hanc bonam fore si vellet hic heres exonerari absolute ac sponte vt ne quidem pro ea parte quam vltro adijsset creditoribus hereditarijs teneretur. Non enim hoc onus semel susceptum exuere vnquam potest nisi condicio ei à creditoribus deferatur *d.l.cùm hereditate.* Sed cùm huic exonerationi contra iuris rationem petendæ occasionem & causam præbeat iniuria quæ primùm ei fit propter coheredis abstentionem, cùm prætor vniuersa onera hereditaria in eum vult reiicere acsi heres in solidum esset, qui re vera nec est nec potest esse heres nisi

pro parte, Mirum nō est indulgeri ei non beneficij loco sed in remediū arcendæ iniuriæ vt si nolit totius hereditatis onera suscipere liceat ei derelinquere totam hereditatem potius quàm duntaxat dimidiam retinere, & alterius dimidiæ onera recusare. Hoc enim vnicum temperamentum est, propter quod videri possit accipere à prætore leuiorem iniuriam, quæ proculdubio esset multo grauior & iniquior si ablata ei hac electione propriæ quoque portionis omittendæ vniuersa hereditaria onera inuitus quoque suscipere cogeretur.

Error Decimvs.

De iure adcrescendi in persona illius qui ex speciali iure admittitur Ad l. mulieri 74. D. de condic. & demonstr.

INter cæteras tam multas distinctiones, quas nostri adhibent in hoc tractatu De iure adcrescendi non vltima illa est, quæ traditur à Bartolo ad *l. re coniunctii nu.* 42. *& seqq. De legat.* 3. an is qui deficientē portionem per ius adcrescendi petit admittatur ipse ad partem suam de iure communi, an de iure speciali vt priore tātùm casu locum habeat ius adcrescendi non etiam posteriore ex *l. mulieri & Titio* 74. *D. de condic. & demonstr.* vbi hoc ipsum idem Bart. post Accursium notat. Eum qui admittitur ad legatum de iure speciali contra voluntatem defuncti non habere ius adcrescendi, Subiungens sollemnem esse legem illam & singularē nec dissimulans magnum vt ipse loquitur, de illa testum se facere ad *d. l. re coniunct.* Quo tamen loco monet de hoc semper se dubitasse, nec concedere posse quòd simpliciter sit verū. Itaq; nouam ille ac propriam subiicit subdistinctionem in hunc modum, Aut quis admittitur, inquit, de iure speciali contra voluntatem testatoris & non habet locum ius adcrescendi vt *d. l. mulieri* Aut admittitur secundum voluntatem testatoris, quamuis de iure speciali, Et tunc Aut ille à quo petitur legatum, succedit contra testatoris voluntatem iure permittente puta per contra tabulas, & tunc etiam cessat ius adcrescendi ex *l.* 3. *§ sed etsi coniunctim & l. filium* 5. *§. si legata D. de legat. præst.* Aut ille à quo petitur succedit secundum voluntatem defuncti, Et tunc est locus iuri adcrescendi, licet legatarius petat de iure speciali *d. l. filium §. fin.* Ibi enim petitur legatum ab eo qui habet portionem hereditatis ex dispositione defuncti. Et idem dicerem, inquit, in minore in integrum restituto ad legatum repudiatum. Nam credo habere illum ius adcrescendi, quamuis veniat de iure speciali, vt *l.* 1. *§.* 1. *De collat bonor.* Quod etiam patet euidenti ratione. Nam portio adcrescit portioni etiamsi sit penes extraneum præter defuncti voluntatem. Multo magis quando est apud alium ex voluntate defuncti. Qua etiā ratione idem dicendum esse vult Bartolus in iis qui petūt vigore edicti, *Si quis omiss. caus. testam.* Habere scilicet eos ius adcrescendi cùm perinde teneatur is qui ab intestato hereditatem possidet acsi adiisset ex testamento *l.* 1. *D. si quis omiss. caus. testam.* quia licet succedat contra defuncti voluntatem, hoc tamen facit iure permittente, & in defuncti voluntate conseruata etiam de iure speciali locum habent omnes leges testamētariæ. *L.* 1. *§ lex falcidia D. ad leg. falci.* Ac quoniā videt Bartolus posse obijci, eos qui succedunt per contra tabulas venire de iure speciali contra ius commune ex *l. quod vulgo* 19. *ff. de bonor. poss. contr. tab.* itémque contra volunta-

tem defuncti iure permittente, & tamen inter eos esse ius adcrescendi. *l. si duobus 12. in princip. D. de bonor. poss. contr. tab. l. 1. § si quis ex nepotibus D. de coniug. cum emancip. liber. eius* Respondet supradictam distinctionem habere locum inter legatarios, sed inter heredes qualitercumque succedant esse locum adcrescendi ne quis decedat pro parte testatus & pro parte intestatus. Fatetur tamen quod si quidam succederent de iure communi & secundum voluntatē defuncti quidam contrà, illi qui succederent secundum voluntatem essent potiores in iure adcrescendi & vltimo deueniretur ad eum qui succederet contra voluntatem defuncti ex *l. sed cum patrono 6. in princip. in vlt. exemplo gloss. & D. de bonor. poss.* Item prædicta vera, inquit, in iure adcrescendi: Sed ius non decrescendi indistinctè habet locum licet quis veniat de iure speciali, vt colligitur ex glos. in *d. l. 3. § sed etsi coniunctim* & in *d. l. filium § vlt. De legat. præst.* In summa distinguit plene vtrum quæras de iure non decrescendi, an de iure adcrescendi & cùm de iure adcrescendi an inter heredes an inter legatarios. Ego distinctiones & subdistinctiones istas omnes cōmentitias esse puto & à recti iuris ratione penitus alienas, Quibus causam certè dedit primus ille error & omnium maximus, quod putauit Bartolus Accursium secutus non posse ius adcrescendi esse in fauorem eius, qui ad partem suam admittitur de iure speciali, Quasi ea sit Papiniani sententia in *d. l. mulieri.* ex quo tamen loco quisquis Papiniani mentem bene percipiet, contrariam potius inferet propositionem. Tractat Papinianus eum casum quo mulieri & Titio coniunctim relictus fuerit vsusfructus fundi Corneliani, sed vtrique sub vnica illa cōdicione *Si mulier nō nupserit.* Et ait, si mulier nupserit quando Titius & viuit & in eodem statu erit, partem duntaxat vsusfructus eam habere. Non dubitat an saltem suam partem habere mulier debeat (hoc enim certum erat, cùm illa condicio *si mulier non nupserit* quatenus mulieri iniuncta est cui perpetuā indicit viduitatē à lege remittatur) sed de illo solū An non nisi partē suā habere debeat, an verò totū vsumfructū. Dubitationē faciebat pro muliere vt totū vsumfructū habere videretur, quod fuerat illa cū Titio coniuncta in legato isto vsusfructus. Coniuncta inquā, quod magis est & re & verbis. Non enim potuerant vtroque modo melius cōiungi quàm ita cōcepto legato, *Titio & Sempronia si Sēpronia non nupserit vsumfructum fundi Corneliani do lego.* Constat autem inter eos qui vel re tantùm coniuncti sunt multo magis si & re & verbis locum esse iuri adcrescendi, quia non habent partes ab initio, sed tantùm per concursum *d. l. re coniuncti 89. iunct. l. coniunctim 80. de legat. 3.* maximè verò in vsufructu eoque nunquam acquisito nec proinde amisso, cùm etiam hoc speciale habeat vsusfructus legatus, vt quamuis & acquisitus & amissus sit, nihilominus admittat ius adcrescendi *l. 1. § interdum cum legib. seq. D. de vsufr. adcres.* Sed tamen Papinianus contra mulierem respondet non habere illam nisi partem vsusfructus legati, Ratione non illa quam adferunt Accursius, Bartolus & cæteri tanquam Papiniano ipso vel subtiliores vel prudentiores, quòd ex speciali non ex cōmuni iure mulier ad suam portionem admittatur, sed alia planè diuersa multòque elegantiore, quòd lex quæ mulieri huius condicionis implendę necessitatem remittit sic accipiēda sit vt non plus mulieri ex legato retinere concedat, quàm quantum esset illa habitura si condicioni paruisset. Quid enim aliud est remitti condicionem quàm haberi vel pro nō scripta vel, quod effectu parum distat, pro impleta ne vnquam sit implenda? Nam & quæ impleta est, cùm desinat esse condicio, necesse est ob hoc ipsum vt habeatur pro non scripta, Atquin etiamsi mulier condicioni

dicioni paruisset, eo scilicet modo quo condicionibus negatiuis pareri potest, præstita cautione Muciana de non faciendo non habuisset illa nisi partē vsusfructus legati, quandiu Titius & vixisset & in eodem statu mansisset hoc est capite diminutus non fuisset: quia condicionis implementum nō minùs Titio quàm mulieri profuisset, nihilq; obstitisset quominùs in ipsius quoque persona legatū vsusfructus pro parte consisteret cùm sola morte vel capitis diminutione vsusfructus acquisitus extinguatur, quoties neque mutatio neque interitus rei in qua vsusfructus cōstitutus est, neque cōsolidatio interuenit. Nō plus ergo iuris habere debet Sempronia quæ non paruit condicioni. Quis enim ferat plus iuris eam nancisci ob id solùm quod condicionem non impleuerit, quàm si impleuisset? Idque adeo verum est vt etiamsi Titius legatum repudiaret, ea tamē res mulieri prodesse non deberet ad totum vsumfructum consequendū, quia cùm ipse condicione defectus sit muliere nubente, ac proinde verum sit dicere legatum quod nō nisi sub ea condicione datum ipsi fuerat *si Sempronia non nuberet* nunquam ei delatum fuisse, (si quidē legati condicionalis ante condicionē existentem nulla delatio, ideóque nec transmissio vlla est *l.5.& pass.D.quand. dies legat. ced.l.cedere diem 213.De verb.signific.*) consequens est nullius momenti esse repudiationem quæ præcesserit delationem quoniam ea tantùm vel nobis acquirere vel repudiare possumus quæ iam sint nobis delata *l.si ita sit scriptum* 45. *§.si sub condicione de legat.*2. Ex quo intelligimus verba illa Papiniani *qui condicione defectus est* non ideo adiecta esse quasi aliud responsurus fuerit Papinianus si ante defectam condicionem eáque adhuc pendente Titius legatum repudiasset (æquè enim est inutilis repudiatio quę vtroque casu fit ante delationem, siue delationis aliqua spes supersit siue nulla) sed quia eum casum tractabat quo iam defecerat condicio cùm mulier nupta proponeretur. Atque hic proculdubio Papiniani sensus nec dubius nec obscurus est, Quo admisso, fatendum est verba illa *quandiu Titius & viuit & in eodem statu erit* quibus tota legis difficultas si qua est continetur, nihil aliud præseferre, quàm vt siue mortuo siue capite minuto Titio totum legatum habere mulier debeat: Alioqui minùs plenum esset beneficium legis quæ remittit condicionem minúsque cōsequeretur ex beneficio legis mulier quàm habitura esset si condicioni paruisset, Quandoquidem impleta per cautionis Mucianæ remedium condicione dubitari non oporteret, quin ius adcrescendi foret inter Titium & mulierem, tanquam inter eos qui non solùm re & verbis coniuncti essent sed etiam in vsufructu, cuius proprium hoc est ius est, vt etiam acquisitus & amissus, nihilominus admittat ius adcrescendi, quia personę adcrescit non portioni, semélque legatus & acquisitus quotidie nouus legari & constitui & acquiri intelligitur, vt supra diximus ex *d.l.1. § interdum l.interdum* 10. *ff.de vsufr.adcresc.* Idem ergo adcrescendi ius quod haberet mulier si condicioni paruisset, habere etiam debet non impleta condicione & consequenter in eundem ipsum casum, qui porro alius esse non potest quàm quo Titius vel mortuus sit vel capite diminutus. In eóque valde imprudenter hallucinatus est Francisc. Duarenus *lib. 2. de iur. adcresc. cap. vlt.* quamquam in hoc probatus ab Andr. Fachineo *lib. 4. Controuers. iur. cap.* 99. existimans Titij quantumlibet mortui vel capite minuti portionem mulieri adcrescere non posse, Illa tantum ratione quòd Papinianus dicat mulierem plus consequi non posse nubendo, & sic condicioni non parendo, quàm consecuta esset si condicioni paruisset, nec nupsisset.

Tunc enim dimidiam tantùm vsusfructus habuisset, inquit Fachin. quia Titius suam quoque legati partem obtinuisset. At ego hucusque quidem virorum doctissimorum ratiocinationem probo, sed mancam esse dico si non progrediatur vlterius, falsam verò si progrediatur. Quamuis enim verum sit impleta per mulierem condicione futurum vt legati vsusfructus partem Titius obtenturus fuerit, non possis tamen ex eo inferre Titio postea mortuo vel capite minuto non æquè futurum vt eius portio mulieri adcrescere non deberet. Nam immò verò adcresceret vt probauimus. Est igitur omnino consequens ratiocinationi Papiniani vt defecta quoque condicione idem ius adcrescendi & in eundem casum sit saluum mulieri vt plenissimo legis fauorabilissimæ ac vtilissimæ beneficio perfruatur. Nec probabile est quod Fachineus tentat supradicta Papiniani verba eò spectare vt intelligamus viuente Titio in eodémque statu manente rationem dubitandi fuisse propter quam videretur mulier debere totum vsumfructum habere quòd cùm Titius condicione defectus nihil posset petere, admittenda esset mulier saltem quoad ipse viueret vt idem ipsum ius haberet, quod habiturus erat Titius si condicione defectus non fuisset. Multo namque maiorem fuisse rationem dubitandi pro muliere post mortem Titij quàm eo adhuc viuente apparet ex eo quod diximus & probauimus viuo Titio & manente in eodem statu, non posse nisi partem consequi mulierem quæ tamen eo siue mortuo siue capite minuto integrum vsumfructum consequeretur. Nam quod idem Fachineus addit, si mortuus esset vel capite diminutus Titius non eandem rationem facturam pro muliere, quia vel capitis diminutione vsusfructus finiatur, redeatque ad proprietatem, tanti viri subtilitate ac ingenio certè indignum est, quia tunc recurrit ad proprietatem finitus vsusfructus, cùm persona coniuncta nulla est cui possit adcrescere, cùm nemo nunquam dubitauerit quin potior hac in re sit causa coniuncti si modo vel re & verbis vel saltem re tantùm coniunctus sit quàm proprietarij *d.l.2.& 3.De vsufr. adcresc.* Atqui in ea specie quam Papinianus tractat erant mulier & Titius coniuncti, & quidem omnium optimo maximóque coniunctionis genere id est & re & verbis. Quid igitur impedire potuisset inter eos ius adcrescendi? At longè grauior alius Duareni error est existimantis in hac ipsa specie Titium quoque suam legati partem obtinere. Pugnat enim id apertissimè, non solum cum Papiniano qui Titium condicione defectũ esse scribit, sed etiã cum eo quod idem Papin. scribit in *l.auia 77.§ Titio eod. tit.* Titium cui legatum est sub ea condicione si non nupserit mulier, neque habere exemplũ cautionis Mucianę vt ante nuptias mulieris petere legatũ possit, neque ad legatum admitti si nubente muliere portio defecerit, nisi illud ipsum legatum eidem mulieri restituere sit rogatus quo casu admittitur ad legatum propter solam mulieris personam vt fideicommissum ei præstare possit, quod alioqui præstare non posset si legatum ipse non haberet. Idque etiam est quod Imp. Gordianus rescribit in *l.1.C. de indict. viduit. tollend.* legatum alij quàm ipsi mulieri relictum sub ea condicione *si mulier non nupserit* contractis postea per mulierẽ nuptijs condicione deficere, ideóque peti legatũ nequaquã posse. Cuius iuris ratio manifesta illa est, quia per huiusmodi cõdicionẽ ita cõceptã neq; mulieri neq; legatario viduitas iniũgitur, ideóq; hæc cõdicio sicut alia quælibet cõdicio habetur Nisi cum adiecta est in fraudem legis vt in exẽplis ab eodem Papiniano positis in *l.heres meus 79.§. vlt. eod. tit. de condic. & demonstr.*

Nam

Nam & valet condicio etiam in persona illius cui iniungitur si non perpetuam viduitatē indicat sed ad tēpus *l. sed si hoc 62. §. vlt. l. cùm tale 72 § Meniæ eod. tit.* aut ratione certæ personæ tantùm vt in *l. cùm ita 63. eod.* aut certi loci *l. hoc modo 64. eod.* quemadmodum & hodie valet in persona eius quæ iam vidua sit non virgo ex Iustiniani constitutione Nouell. 22. *De nupt. cap. 43.* vnde sumpta est auth. cui relictum C. de indict. viduit. tollend. Et verò quænam posset ratio esse dubitandi apud Papinianum in *d. l. mulieri*, cur mulier ad totum legatum admittenda videretur, Titio collegatario partem suam legati obtinente? Aut è contrario cur non deberet admitti ad totius legati petitionem eo saltem casu quo Titius partem suam legati repudiasset? Igitur vt explicato iam Papiniano ad disputationem institutam redeamus cùm in proposita specie possit mulier habere ius adcrescendi Titio mortuo vel capite minuto, apparet non esse verum quod volunt interpretes, ius adcrescendi impediri quoties ad partem suam quis admittitur ex iure speciali. Nec enim aut mors aut capitis diminutio Titij facere potest, vt eo minùs admittatur mulier ex iure speciali contra ius commune cùm admittitur ad legatum condicionale defecta quoque condicione. Sed neque possum illud concoquere quod Bartolus & cæteri eo Papiniani responso abutantur cùm tractant de iure adcrescendi, nec tamen dubitantes quin aliud sit si agatur de iure non decrescendi. Quisnam enim casus expressior & accommodatior dari potest in quo tractandum sit de iure non decrescendi potiùs quàm de iure adcrescendi, si non ille est qui apud Papinianum proponitur in d. l. mulieri? Nam cùm mulieri & Titio vsusfructus coniunctim legatus esset sub eadem condicione, ita vt & re & verbis coniuncti essent, nec vnquam partem Titius mulieri fecisset neque ab initio neque per concursum (quomodo enim potuisset concurrere ante impletam condicionem quæ nō nisi vltimo vitæ mulieris momento impleri potuit?) nō alia quæstio tractari à Papiniano poterat, quàm vtrum esset mulieri ius non decrescendi. Scio Iurisconsultum quendam clarissimum cui ego non modò multum defero, sed etiam plurimum debere me sentio, pro ipsius erga me totamque iurisprudentiam nostram studio singulari, Papinianum ita emendare in illis verbis *quandiu Titius & viuit & in eodem statu erit*, vt pro *Titius* reponat *mulier*, & quod lex de statu ait intelligat de statu matrimonij vt totius legis sensus fiat manifestior, cùm inquit, præcipua legis quæstio sit de muliere. Sed, quod cum bona venia & pace tanti viri dictum cupio, quid necesse est emendare legem quæ tam elegantem certáque interpretationem recipit quam illa est, quæ à nobis allata fuit? Aut quænam erit legis elegantia secundum hanc emendationem? Certum enim est mortua vel capite diminuta muliere fructuaria vsumfructum extingui & finiri *§. finitur Instit. de vsufr.* At non æquè certum erat, quod etiam hodie multi Papiniano inuito negant, mortuo vel capite minuto Titio partem ipsius adcrescere mulieri etiam quæ nupserit, Dignúmque sanè fuit elegantia Papiniani vt moneret meliorem esse debere condicionem mulieris in iure non decrescendi, Titio mortuo vel capite minuto, quàm repudiante. Nam quemadmodum repudiatio facta per Titium qui nihil vnquam iuris habuit in legato cuius condicione defectus est, non potest mulieri prodesse vt ea de causa plus consequi debeat, sicuti Papinianus fatetur, Ita non improbabiliter poterat quis existimare nihil debere mulieri prodesse mortem vel capitis diminutionem eius qui ad legatum vsusfructus nec vnquam admissus fuisset, nec admitti potuisset. Aliter tamen

Papiniano videtur, subtiliter vt solet, animaduertenti plus posse in hac specie mortem vel capitis diminutionem Titij quàm repudiationem, quia repudiatio præsupponit delationem quæ si nulla sit, nec vllius momenti esse repudiatio potest. Mors verò vel capitis diminutio Titij nõ æquè præsupponit quòd fuerit vnquam ei delatus vsusfructus, & quamuis non potuerit ipsius morte vel capitis diminutione finiri vsusfructus quem ipse nunquam habuerit, hoc tamẽ ad rem non pertinet, quia quod Papinianus vult mortuo Titio vel capite minuto vsumfructum solum ad mulierem spectare, non eam rationẽ habet quasi finitus sit vsusfructus qui Titio relictus fuerat cùm nec inceperit vt in *l.Titio vsusfructus 95.eod tit.de condic.& demonstr.* sed quia si mulier condicioni paruisset atque ita Titius quoque ad partem suam legari & admitti potuisset & admissus fuisset, eo postea siue mortuo siue capite minuto ius adcrescẽdi mulier habuisset. Habere igitur debet etiamsi condicione defectus fuerit Titius ne alioqui noceat mulieri quod ipsa nupsit. Dices Eadem ratiocinatione probari posse ei prodesse debere Titij quoque repudiationẽ, quæ haud dubiè prodesset si mulier condicioni paruisset, quandoquidem eo casu nõ fuisset Titius defectus condicione. At iam respondi aliam esse rationem repudiationis quam prorsus necesse est nullius esse momenti, cùm ab eo facta fuit qui repudiationis tempore nullum ius vnquam habuit. Estque multo facilius & fauorabilius vt habeat mulier ius adcrescẽdi in parte Titij in eum casum quo erat habitura etiamsi Titio acquisitus fuisset vsusfructus, quàm vt in eum casum quo Titius repudiauerit, ne minus iuris habeat in portione non acquisita Titio quàm haberet si acquisita fuisset. Solet enim acquisitio minuere potius quàm augere ius adcrescendi quinimò penitus illud extinguere extra causam vsusfructus *d.l.1.§. interdum de vsufr. adcresc.l.vnic.§.his ita definitis C. de caduc. tollend.* Denique ius adcrescendi quod Papinianus dat mulieri in eum casum quo vsusfructus si acquisitus fuisset etiã amissus esset totũ pendet ex beneficio iuris & ex mẽte testatoris, nõ etiã ex Titij siue mortui siue capite minuti voluntate, ob idq; mirũ non est faueri hoc casu mulieri, cui etiã in hoc leges fauẽt vt pro eo habeatur acsi condicionem impleuisset. Habet enim hoc ius adcrescendi suo iure nõ ex persona Titij qui etiamsi vsumfructum aliquando sibi quæsiuisset, desiisset tamen habere finito vsufructu. At ius adcrescendi si quod haberet mulier Titio repudiante, ex sola Titij voluntate proficisceretur, quæ tamen nullo modo curanda est cùm in ipsius potestate non fuit vt legatum sibi acquireret. Nam cũ eius sit nolle cuius est velle vt habet regula iuris, quid interesse potest an legatum repudiet Titius, qui nec posset illud sibi acquirere tametsi maximè vellet? *l.4.l.is potest 18.l.si quis extraneus 21.§.D.de acq here.* & rursus cùm ex persona & ex iure repudiantis admittatur quisquis adcrescendi iure admittitur ad repudiatam portionem quis ferat mulierem quantumuis ex propria persona fauorabilem plus iuris sibi acquirere ex persona Titij qui ius nunquam sibi delatum repudiauit? Atque hanc ego Papinianæ subtilitatis rationẽ adferri posse arbitror. De cæteris partibus supra relatæ distinctionis Bartoli nihil addimus, quia omnes corruunt destructa ea prima propositione quæ habebat ius adcrescendi non esse infautorem illius qui admittitur ex iure speciali. Quam etsi vult etiam probare Bartolus ex *l.3.§.sed etsi cõiunctim & ex l.5.si legata de legat.præst.* nihil tamen agit. Nam in *d.§.sed etsi*, cum Vlpianus ponit coniunctim legatũ fuisse vni qui sit ex liberis vel parentibus, & alteri qui nõ sit ex personis exceptis intelligit de iis qui cõiuncti fuerint verbis tantùm ac proinde qui ab initio partes

partes habuerunt,vt & in *l.planè 34.§ si coniunctim de leg.1.& d.l.re coniunct. de legat.3.*quod & significãt verba illa *Sua tantùm portio ei conseruabitur.*Inter quos ideo prætor non vult esse ius adcrescendi ne sit liberalior testatore si totum det ei cui testator non nisi partem dedit,Non autem,vt vult Bartolus, quòd is qui vellet habere ius adcrescendi ex iure tantùm speciali admittatur. *At in d.§. si legata.*idem Vlpianus cùm ponit legata fuisse relicta liberis & extraneis, neque præstari quæ extraneis relicta sunt,non tractat de legatis quæ & liberis & extraneis simul ac coniunctim relicta fuerint coniunctione aliqua reali, vt propterea mirum non sit legata solis extraneis relicta,in eo testamento quod ruptum fuit per bonorum possessionem contra tabulas sicut extraneis minimè præstantur, ita neque liberis præstari quibus relicta non fuerunt. Cæteri omnes loci à Bartolo adducti probant esse ius adcrescendi:quod ipsum tamen secundum ea quæ in præcedentibus diximus,sic accipi semper debet si adsit aliqua coniunctio realis inter legatarios siue ex iure communi siue ex speciali venientes aut si agatur inter heredes vel bonorum possessores inter quos quantumuis disiunctos semper est ius adcrescendi,Non ratione illa Bartoli,ne quis decedat pro parte testatus & pro parte intestatus, Nec illa rursus quod portio adcrescat portioni etiam inter eos quorum alter nullomodo vocatus sit à testatore(vtrâque enim nos suprà refutauimus)sed ne persona testatoris aut patrisfamilias intestatò defuncti quæ indiuidua est repræsentetur pro parte per heredem aut per bonorum possessorem qui heredis loco est. Semper tamen excipio speciem *d l sed cùm patrono 6.De bonor.poss.*de cuius sententia & ratione iamscripsimus in Err.7.Decadis huius,tam multa vt quicquam addere nunc non sit necesse.

FINIS HEMISCHILIADIS.

Laus Deo,Gloria tota Deo,qui hæc nobis ocia fecit.